

Hacia una igualdad concreta en derecho internacional humanitario: respuesta a los argumentos de Marco Sassòli y Yuval Shany

René Provost

René Provost es profesor agregado en la facultad de Derecho de la Universidad McGill en Canadá y director fundador del Centro de derechos humanos y pluralismo jurídico en la misma universidad.

La argumentación de Marco Sassòli en favor del abandono de la igualdad de las obligaciones que vinculan a los Estados y los grupos armados no estatales en virtud del DIH, y más claramente aún la de Yuval Shany en favor de su mantenimiento, parten del principio de que es esa una igualdad adquirida en derecho internacional. Me veo tentado a empezar cuestionando fuertemente la exactitud de ese retrato del estado actual del derecho de la guerra. Como Marco Sassòli señala con justa razón, los tribunales penales internacionales han tendido a borrar poco a poco, a través de sus decisiones, la distinción entre el régimen jurídico aplicable a los conflictos armados internacionales y el concebido para los conflictos armados no internacionales. Esa jurisprudencia, presentada por estos tribunales como un reflejo del derecho consuetudinario, ha sido consagrada en gran medida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), hoy ratificado por más de la mitad de

los Estados del planeta. Cabe hacer dos observaciones al respecto: en primer lugar, la responsabilidad penal por los crímenes de guerra cometidos en el contexto de un conflicto armado no internacional parece haberse desarrollado a partir de los mandatos del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Ese vínculo orgánico resulta mucho más de la lógica procesal de los juicios penales que de un análisis general y exhaustivo de la realidad contemporánea de las guerras civiles tal como es vivida por todos los campos y de las normas propias para regir esa realidad en el derecho internacional. En segundo lugar —y esta observación está ligada a la primera—, la representación del derecho de la guerra aplicable a los conflictos armados no internacionales que encontramos en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y el Estatuto de la CPI corresponde a una construcción formalista y positivista del derecho, muy alejada de las prácticas y las opiniones de los sujetos de derecho cuyo comportamiento se busca reglamentar, en este caso, los combatientes insurgentes. En otras palabras, se puede defender la idea de que esta visión de las cosas corresponde al “derecho” en el perímetro de La Haya, pero no mucho más allá de este. Esta observación va en el sentido del llamado de Marco Sassòli en favor de un DIH cuyas normas sean realistas (en otras palabras, que tomen en consideración al menos en cierta medida los intereses de los grupos no estatales), aunque el profesor Sassòli plantea este punto en el marco de una argumentación en favor del abandono del principio de la igualdad de los beligerantes, mientras que yo, personalmente, veo ahí la prueba de que dicho principio hoy no existe por lo que respecta a los conflictos armados internos.

Más allá del debate sobre la cuestión de si hay que abandonar la igualdad formal de los beligerantes en DIH o concluir que esta no existe (debate que puede parecer excesivamente teórico), ¿cómo deberíamos reaccionar ante la pregunta planteada por los redactores de la *International Review*: “¿Las obligaciones que derivan del derecho internacional humanitario deberían ser realmente iguales para los Estados y los grupos armados?”. Desde un punto de vista puramente humanitario, el hecho de que las violaciones padecidas sean imputables a un Estado o un grupo armado no estatal no debería significar diferencia alguna para las víctimas de un conflicto armado; lo esencial es saber si se atentó contra sus derechos fundamentales como seres humanos, tal como los reconoce el DIH. El enfoque sobre el derecho de la guerra que adopta Yuval Shany en su respuesta parece haber sido sobre todo el enfoque dominante en el análisis de los tribunales penales internacionales, que se alinea con el derecho internacional de los derechos de la persona en lo que respecta a la protección de los individuos. Va de la mano de una tendencia a apoyarse más en las normas internacionales de los derechos de la persona en las situaciones de conflicto armado, en particular en los conflictos internos. Según esta visión del derecho humanitario, el principio de igualdad de los beligerantes parece no solo compatible, sino también necesario. Sin embargo, si vemos en el derecho humanitario un intento de conciliar los intereses estratégicos de los beligerantes y cierto grado de protección para las víctimas de la guerra —aspiración totalmente distinta de la que ha motivado las normas relativas a los derechos de la persona— el cuadro adquiere más matices y apela a un régimen más modulado en el que deben hacerse

concesiones a todos los intereses legítimos¹. Uno de esos intereses legítimos no es otra cosa que el deseo de ganar la guerra, que ilustra la disociación entre la reglamentación de la conducción de las hostilidades según el *jus in bello* y la ilegalidad eventual del empleo de la fuerza según el *jus ad bellum*. Este modelo muestra que las posiciones relativas —y en consecuencia los intereses estratégicos— de cada parte en un conflicto armado no internacional no son idénticas. Incluso es posible que, frente a un Estado parte en un conflicto, por un lado, y un grupo insurgente, por el otro, los intereses de las víctimas individuales no sean constantes. Cuando se trata, por ejemplo, de los intereses sociales y económicos, los individuos pueden tener reivindicaciones diferentes según su interlocutor sea un Estado o un grupo rebelde. Desde el momento en que se acepta la naturaleza fluctuante de los intereses que están en juego, el principio de una igualdad formal de los beligerantes, que establece que se apliquen las mismas normas a todas las partes, se vuelve más difícil de imaginar como componente fundamental del DIH aplicable a las guerras civiles.

Hasta el momento, el debate se ha centrado principalmente en los conflictos armados no internacionales. Pero, con esos mismos argumentos, se podría cuestionar la adecuación de un principio de igualdad para los conflictos armados internacionales. En primer lugar, las situaciones en las cuales grupos armados no estatales participan en un conflicto internacional, con el modelo de la acción partisana durante la Segunda Guerra Mundial, suscitan en parte las mismas objeciones que las que se han señalado en el contexto de un conflicto interno entre un Estado y un grupo insurgente o entre diversos actores no estatales. En segundo lugar, y de manera mucho más radical, podemos esgrimir que la igualdad soberana teórica de todos los Estados en derecho internacional muy pocas veces se traduce en una igualdad de armamento en el terreno. Y ello se debe a una razón de *realpolitik*: en efecto, los Estados tienden a retroceder frente a una resolución militar de sus diferendos con otros Estados militarmente iguales. En su conjunto, salvo algunas excepciones, los conflictos tienden a oponer Estados poderosos a vecinos más débiles. Si tomamos como ejemplo la campaña militar de Estados Unidos contra Irak, es fácil ver que su ventaja tecnológica y su potencia de fuego superior colocaban a Estados Unidos en una posición muy diferente de la de Irak. Se ha señalado que algunas normas humanitarias, que ofrecen una libertad bastante grande en cuanto a su interpretación y hacen depender las obligaciones de las informaciones disponibles en el momento de la decisión (por ejemplo, las que proporcionan los satélites de vigilancia, los vehículos aéreos no tripulados, etc.) o de la posibilidad de recurrir a otras armas (por ejemplo, las armas llamadas “inteligentes”, los sistemas de armas automáticos, etc.) o a otras tácticas (interferencia radial provocada, desinformación, etc.) para obtener una ventaja militar comparable, se traducen, al aplicarse, en deberes mucho más pesados para un país como Estados Unidos que para Irak. Como señaló Yuval Shany, esto tiene una incidencia directa en la interpretación y la aplicación, en circunstancias específicas, de una serie de normas que dependen del contexto.

1 Este tema se trató con exhaustividad en René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Se puede argüir que ello es injusto y que implica convertir el derecho en una táctica en manos de la parte más débil. Pero ante tales argumentos, se puede replicar que las normas del derecho de la guerra en general legitiman la táctica de los más poderosos e invalidan la de los más débiles. Más allá de la simple interpretación y aplicación de normas uniformes, el surgimiento, en estas últimas décadas, de “responsabilidades comunes pero diferenciadas” en otras disciplinas del derecho internacional ha hecho entender que un régimen jurídico puede ser sólido y equitativo y, al mismo tiempo, imponer formalmente a los Estados participantes obligaciones de distinto grado y naturaleza. Se podría proceder del mismo modo con el DIH aplicable a los conflictos armados entre Estados y así abandonar la exigencia de una igualdad formal.

De la pregunta que nos plantean los redactores de la *International Review*, se desprende una segunda pista de estudio que concierne la noción de igualdad, presente no solo en este interrogante, sino más generalmente en la doctrina de análisis del DIH. La igualdad, tal como se la menciona en los debates sobre el derecho de la guerra, parece basarse necesariamente en la similitud. Esencialmente, los beligerantes pueden ser iguales si son idénticos, lo cual sin duda hace fruncir el ceño a algunos —y da lugar a planteos— cuando nos preguntamos si un principio de igualdad es válido entre las fuerzas armadas de un Estado y los grupos insurgentes en un conflicto armado no internacional. En efecto, si examinamos los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales, así como el derecho consuetudinario, parecería que la aplicabilidad del derecho de la guerra se basa en cierta medida en la capacidad de los insurgentes para transformarse en proto-Estado o en gobierno en potencia que espera reemplazar al que tiene actualmente las riendas del Estado. Hay una huella de este supuesto en la idea de que los rebeldes deben controlar una parte del territorio nacional y estar dotados de estructuras de mando e instituciones que les permitan aplicar el derecho humanitario. Esto recuerda la noción de igualdad postulada por primera vez por un grupo de juristas feministas liberales en los años 1970, que estimaban, esencialmente, que si las mujeres eran tratadas como hombres, prevalecería la justicia. Luego, otras feministas criticaron violentamente ese punto de vista, moñándose de la idea de que transformar a las mujeres en hombres pudiera realmente ser la solución al problema de la negación de igualdad para las mujeres. Según ellas, las mujeres son simplemente *diferentes* de los hombres; por lo tanto, la solución debe nacer del reconocimiento de esas diferencias y permitir llegar a un régimen que tome en consideración la diversidad de los sexos en vez de imponer un modelo masculino como referencia necesaria y concepto estructurante. La tendencia es similar en el debate sobre el principio de la igualdad en DIH: más allá de lo que hagamos para que los grupos armados no estatales se asemejen más a los Estados, dotados de tribunales que den todas las garantías de equidad y así sucesivamente, en realidad, *no* son Estados en absoluto. Pero la igualdad no implica necesariamente transformar a las mujeres en hombres o a los grupos insurgentes en Estados: se puede dejar de aspirar a la similitud sin por ello abandonar la idea de la igualdad. Lo cual nos lleva a concluir que el derecho humanitario puede estar impregnado de un principio de igualdad concreta sin que las obligaciones de los distintos tipos de actores sean idénticas.

Cabe observar que el paso de una igualdad formal a una igualdad concreta en el derecho humanitario aplicable a los conflictos internos no implica necesariamente el rechazo de la reciprocidad de las obligaciones. La noción de reciprocidad, tan criticada, muchas veces ha sido reducida a una simple excusa dada a una parte en conflicto para justificar la propia negativa a respetar las normas humanitarias. Un estudio más exhaustivo del fenómeno deja pensar no solo que esta práctica no ha sido “generalmente prohibida”, como sugiere Marco Sassòli, sino también que desempeña un papel crítico en la creación y la aplicación de las normas humanitarias, conclusión que Marco Sassòli no necesariamente cuestiona. El peligro aquí consiste en definir la reciprocidad como un simple procedimiento de ojo por ojo, es decir que los beligerantes deben tener las mismas obligaciones (igualdad formal) y que la naturaleza vinculante de cada obligación depende de su respeto por la otra parte. Por otro lado, no es necesario aferrarse a un modelo basado en la similitud de las obligaciones para conservar el beneficio de la reciprocidad como medio para inducir el respeto, como sugiere Yuval Shany. Al mismo tiempo, debemos rechazar una concepción empobrecida de la reciprocidad y revalorizar la noción como portadora de una dinámica normativa más amplia, según la cual las obligaciones de todos los participantes de un régimen jurídico están estrechamente ligadas entre sí. En un modelo de ese tipo, los insurgentes y el Estado pueden estar sujetos a obligaciones distintas, pero el respeto de las obligaciones por una parte exige también el respeto de las obligaciones por la otra. En definitiva, este enfoque ofrece la posibilidad de adoptar normas aplicables a la guerra de insurrección que tomen en consideración los intereses legítimos de los grupos armados no estatales sin por ello abandonar el logro normativo que representan el artículo 3 común, el Protocolo adicional II y el derecho consuetudinario aplicable a las fuerzas armadas gubernamentales².

Reflexionemos, por último, en la manera en que podría repensarse la noción de igualdad de los beligerantes, habida cuenta de la realidad de las relaciones internacionales y del lugar central que ocupan los Estados en el derecho internacional. No alcanza con argüir que los Estados, o los tribunales internacionales que estos han creado, han llegado a la conclusión de la existencia de ciertos deberes para los insurgentes en el contexto de una guerra civil. Lo que es fascinante en el derecho de la guerra para quien se interesa por la naturaleza del discurso jurídico es el hecho de que se intente definir un comportamiento y una toma de decisión directa en un contexto donde el sentido de la colectividad parece ausente y donde ninguna institución judicial clásica puede intervenir (después de todo, los tribunales intervienen *a posteriori*). Hay que explicar la fuerza del derecho de una manera que trascienda la simple soberanía del Estado. El pluralismo jurídico abre muchas perspectivas a este respecto y postula que el derecho existe más allá del Estado, en esferas paralelas o que se superponen. Las normas jurídicas aparecen en cualquier lugar donde existan comunidades de prácticas que vinculen a los actores en función

2 V. René Provost, “Asymmetrical Reciprocity and Compliance with International Humanitarian Law”, en Benjamin Perrin (ed.), *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations and the Law*, UBC Press, Vancouver, 2012, pp. 17-42.

de sus prácticas o intereses comunes. Lo que sugiere que un proceso que se proponga definir normas pertinentes y útiles para los insurgentes debe centrarse en sus prácticas. Así pues, un estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario que excluye de su ámbito el impacto de las prácticas de los actores no estatales sobre el derecho no tiene ningún sentido para estos últimos.

En cambio, es posible orientarse hacia la elaboración de un código para insurgentes, que puede ser el equivalente de los deberes de los Estados en el derecho de la guerra, asociando a él directa y exclusivamente a grupos armados no estatales, pero a ningún Estado. A ese respecto, consideremos el trabajo del Llamamiento de Ginebra, una ONG con sede en Suiza que se dedica a lograr que grupos armados no estatales se comprometan a no usar más minas terrestres ni niños soldado. Desde el año 2000, el Llamamiento de Ginebra también logró convencer a más de 35 grupos no estatales involucrados en conflictos armados en Asia y África de firmar un “acta de compromiso” mediante la cual renuncian a usar minas terrestres. Aunque la organización está inspirada en la Convención de Ottawa de 1997 que prohíbe las minas antipersonal³, sus actividades no se inscriben dentro de un marco reglamentario concebido por los Estados y, de hecho, la mayoría de los grupos insurgentes que firmaron el acta de compromiso operan dentro del territorio de un Estado que no ha ratificado la Convención de Ottawa. Lo que sorprende de ese procedimiento no es el diálogo con los grupos rebeldes en sí, actividad que el CICR lleva adelante desde hace años en el marco de sus tareas de difusión. La novedad reside en la dimensión normativa de la iniciativa, en el hecho de intentar generar el tipo de compromiso normativo que Robert Cover considera esencial para dar sentido a toda norma de derecho⁴. No queda nada claro si el Llamamiento de Ginebra considera su acto de compromiso como jurídicamente vinculante para los rebeldes, aunque su propia denominación y la ceremonia oficial de firma apunten sin ambigüedad hacia una invocación ritualista de la fuerza y la majestad de la ley. Pienso que, cuando aceptan respetar ciertas normas humanitarias —ya sea que ese consentimiento se exprese mediante la firma formal de un acta de compromiso o simplemente mediante la promesa verbal de un jefe rebelde— los actores no estatales contribuyen a moldear el DIH de una manera tan concreta y quizá tan eficaz como los Estados cuando ratifican un tratado internacional sobre el mismo tema. Todos contribuyen de una manera asimétrica, pero íntimamente ligada a la creación de una comunidad de prácticas que puede dar muestra de puntos de vista comunes sobre los límites aceptables de la guerra.

3 *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción*, 36 I.L.M. 1507 (1997, entrada en vigor el 1 de marzo de 1999) (Convención de Ottawa).

4 Robert Cover, “Nomos and Narrative”, en *Harvard Law Review*, Vol. 97, N° 4, 1983.