

DEBATE



¿Las obligaciones que derivan del derecho internacional humanitario deberían ser realmente iguales para los Estados y los grupos armados?

Marco Sassòli y Yuval Shany

Con la introducción de la nueva sección titulada “Debate”, la International Review se propone contribuir a la reflexión sobre temas de orden ético, jurídico o práctico que actualmente son fuente de controversias en el mundo humanitario. Esta sección presentará a los lectores los principales argumentos esgrimidos sobre un tema de actualidad relacionado con la acción o con el derecho humanitarios.

*Para este primer debate, la International Review ha invitado a dos miembros de su comité de redacción, los **profesores Marco Sassòli y Yuval Shany**, a debatir sobre el tema de la igualdad de los Estados y los grupos armados en el derecho internacional humanitario. Los comentarios del **profesor René Provost** aportan una tercera mirada a estos intercambios.*

La cuestión crucial consiste en determinar si es realista aplicar a los grupos armados no estatales el régimen jurídico vigente. ¿Cómo podrían los grupos armados, que a veces tienen medios muy limitados y una organización rudimentaria, cumplir con las mismas obligaciones que los Estados? ¿Cuál sería la motivación de los grupos armados para respetar las normas establecidas por sus adversarios? ¿Por qué deberían ellos respetar normas cuando el hecho mismo de tomar las armas contra el Estado ya los deja “fuera de la ley”?

Los participantes en este debate aspiran a que todas las personas afectadas por conflictos armados no internacionales gocen de mayor protección jurídica. Los profesores Sassòly y Shany han convenido en presentar dos posiciones “radicalmente” opuestas: el profesor Sassòly destacará la necesidad de reconsiderar la igualdad y de reemplazarla por una gradación de las obligaciones; el profesor Shany refutará ese punto de vista. Luego, el profesor Provost propondrá una reflexión sobre las posiciones expuestas por ambos participantes y nos invitará a repensar la noción de igualdad de los beligerantes.

A fin de ser claros y concisos, ambos participantes en el debate han simplificado la complejidad de su razonamiento jurídico. Cabe señalar que las posiciones de ambos sobre este aspecto del derecho en realidad son más matizadas de lo que puede percibirse en este debate.



¿Habría que introducir una gradación de las obligaciones para remediar la desigualdad fundamental entre los grupos armados y los Estados?

Marco Sassòli*

Marco Sassòli es director del Departamento de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales y profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Ginebra, profesor asociado en la Universidad de Laval y la Universidad de Québec, en Montreal, Canadá. También es miembro del comité de redacción de la *International Review of the Red Cross*.

Cuando les preguntamos si los Estados (y, por ende, las fuerzas armadas gubernamentales que los representan) y los grupos armados no estatales tienen o deberían tener las mismas obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario (DIH), los defensores de ese derecho, que ante todo desean reforzar la protección de las víctimas de los conflictos armados, se ven enfrentados a un dilema. Por un lado, el dogma según el cual todas las partes en un conflicto armado son iguales para el DIH (de aquí en más, el “dogma”) es un principio cardinal de ese cuerpo de derecho, y existen buenas razones en la teoría —y otras aún más imperiosas en la práctica— para aplicarlo también en los conflictos armados no internacionales¹. Por otro lado, es legítimo preguntarse si este principio es realista. Es una pregunta muy pertinente, puesto que las normas que carecen de realismo no

* Marco Sassòli desea agradecer a Lindsey Cameron, LL. M., doctoranda en la Universidad de Ginebra, sus avelados comentarios y la revisión de este texto.

1 Yo mismo he escrito en otro texto: “Si el DIH no respetase el principio de la igualdad de los beligerantes frente al derecho en los conflictos armados no internacionales, no tendría casi ninguna posibilidad de ser respetado”, Marco Sassòli, Antoine Bouvier y Anne Quintin, *Un droit dans la guerre?*, Vol. 1, segunda edición, Ginebra, 2012, p. 414.

protegen a nadie, sino que más bien tienden a debilitar la voluntad de respetar hasta las normas realistas del DIH. Los grupos armados y los Gobiernos también se encuentran frente a un dilema. Las fuerzas gubernamentales quieren que sus enemigos respeten las mismas normas que ellas respetan, lo cual es comprensible. Por otro lado, la simple idea de que un grupo armado (de los que invariablemente los Gobiernos consideran que están integrados por criminales, cuando no por “terroristas”) pueda ser, por el motivo que sea, igual a un Estado soberano constituye una herejía para los Gobiernos que tenazmente defienden la concepción westfaliana de la soberanía estatal. Los grupos armados, por su parte, pueden apreciar la idea de tener los mismos derechos que sus adversarios pero, en su gran mayoría, están mucho menos predispuestos a respetar las mismas obligaciones y, en cierta medida, son incapaces de hacerlo. Veo los riesgos que implica abandonar el dogma y admito que no es fácil ponerse de acuerdo sobre las normas que vinculan a los grupos armados si no existe una igualdad de obligaciones. No obstante, aquí argumentaré a favor del abandono del dogma a fin de iniciar el debate, que la *International Review* ha tenido la gentileza de proponer.

En los conflictos armados internacionales, el dogma resulta de la separación necesaria entre el *jus ad bellum* (que hoy más bien se ha convertido en un *jus contra bellum*, un derecho que prohíbe el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales) y el *jus in bello* (el derecho que rige el empleo de esta fuerza). De vez en cuando, sobre todo cuando están convencidos de la nobleza de su causa, los Estados intentan cuestionar esa separación, que sin embargo han aceptado en las disposiciones del derecho convencional. Desde un punto de vista práctico, sin ella sería imposible lograr que se respete el derecho internacional humanitario, puesto que —al menos entre los beligerantes— la cuestión de determinar cuál de ellos recurre a la fuerza de conformidad con el *jus ad bellum* y cuál infringe el *jus contra bellum* siempre se presta a controversias. Desde un punto de vista humanitario, las víctimas de los conflictos necesitan la misma protección tanto de un lado como del otro y no son necesariamente responsables de las violaciones del *jus contra bellum* cometidas por “su” parte.

En lo que respecta al DIH de los conflictos armados no internacionales, el dogma es menos cuestionado. En efecto, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra establece expresamente que “cada una de las Partes” en conflicto debe respetar sus disposiciones. El Protocolo adicional II se abstiene deliberadamente de pronunciarse sobre la cuestión. El imponente cuerpo de normas consuetudinarias reunidas en el Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y consideradas aplicables a los conflictos no internacionales se basa exclusivamente en la práctica de los Estados. Pero ¿por qué los grupos armados deberían respetar normas establecidas por la práctica y la *opinio juris* de sus enemigos? Además, técnicamente, en el derecho internacional no existe un *jus ad bellum* para los conflictos armados no internacionales, ya que dichos conflictos no están ni justificados ni prohibidos por el derecho internacional. El derecho interno actúa como *jus contra bellum* en el caso de los conflictos armados no internacionales. Los órganos del Estado tienen

el monopolio del uso de la fuerza: esta idea es inherente a la concepción misma del Estado westfaliano. En todos los Estados, el derecho nacional prohíbe a quienquiera que sea, excepto a los órganos del Estado que obran con ese fin, entrar en conflicto armado contra quien sea. El DIH no obliga a los Estados a adoptar legislaciones internas que traten a los miembros de las fuerzas rebeldes y a los de las fuerzas gubernamentales en pie de igualdad. En las legislaciones nacionales, los Gobiernos y los grupos armados ocupan posiciones profundamente desiguales; y esas legislaciones no contravienen el DIH². ¿Esa desigualdad intrínseca de los beligerantes en los conflictos armados no internacionales permite, no obstante, una aplicación equitativa del derecho humanitario?

Aun en materia de DIH, se plantea la cuestión de establecer si es realista poner en pie de igualdad entidades tan profundamente diferentes como los Estados y los grupos armados. Cuando observamos la realidad en el terreno, vemos que la mayoría de los grupos armados son percibidos —con o sin razón— como entidades que ignoran el DIH en los dos sentidos del término: lo desconocen y conducen deliberadamente las hostilidades contradiciendo sus principios fundamentales, en especial el principio de distinción. En efecto, muchos grupos armados consideran que la única forma que tienen de vencer a fuerzas gubernamentales claramente superiores desde un punto de vista militar y tecnológico es atacando “objetivos fáciles”, en otras palabras, atacando a los civiles y la moral de la población civil, con la esperanza de que esta última deje de apoyar al Gobierno. El que está “fuera de la ley” y es militarmente más débil no respeta la ley, sino que más bien ve en el recurso a violaciones, como los ataques terroristas o los actos de perfidia, su única oportunidad de evitar la derrota total. Declarar que cierto grupo armado está “fuera de la ley” o calificarlo de “terrorista” a veces significa llevarlo a convertirse en eso de lo que se lo acusa. Además, los actores humanitarios presentes en el terreno señalan que aun con ciertos grupos armados bien organizados que controlan un territorio, es posible mantener el diálogo sobre problemas humanitarios o sobre el acceso a las víctimas de la guerra, pero no sobre el respeto por parte de esos grupos de las normas de fondo del derecho. Para muchos organismos humanitarios es tan primordial la seguridad de los miembros de su personal y la aceptación de sus actividades que consideran demasiado arriesgado entablar el diálogo sobre las violaciones cometidas por esos grupos. Desde luego, algunas organizaciones no gubernamentales (ONG), como el Llamamiento de Ginebra, han logrado obtener compromisos en cuanto al respeto de las normas en ciertos ámbitos bien definidos, como el empleo de minas antipersonal o la utilización de niños soldado, y garantizar el cumplimiento de esos compromisos. Pero, por otra parte, es más difícil lograr que determinados grupos renuncien a los atentados suicidas contra civiles, a la toma de rehenes o a la utilización de escudos humanos como métodos de guerra ordinarios.

Se puede objetar que este cuadro lamentable también es válido para un gran número de fuerzas armadas gubernamentales que actualmente participan en

2 Como lo ilustra el artículo de Zakaria Daboné en este número de la *International Review*, los Estados (principales sujetos del derecho internacional) y los grupos armados (sus enemigos) también son fundamentalmente desiguales en otras ramas del derecho internacional aparte del derecho internacional humanitario.

conflictos armados. En efecto, son pocas las que pueden decirse campeonas del respeto del DIH. De todos modos, el grado y la envergadura de la inobservancia de las normas por la mayoría de los grupos armados son más importantes que en la gran mayoría de las fuerzas gubernamentales. Por otra parte —y es importante señalarlo— ello parece deberse no solo a una falta de voluntad, sino también, en lo relativo al respeto de ciertas normas, a una falta de capacidad. Además, si bien las fuerzas gubernamentales pueden tomar lícitamente como objetivo a los comandantes de un grupo armado, el hecho de eliminarlos agrava la incapacidad del grupo de atenerse a un gran número de normas, pues a menudo los comandantes son los únicos capaces de lograr que sus subordinados las cumplan.

En los conflictos armados no internacionales, los beligerantes son por definición tanto grupos armados como fuerzas armadas gubernamentales. Si el derecho aplicable solo toma en consideración las necesidades, las dificultades y las aspiraciones de estas últimas, mientras que pretende aplicarse a ambos, será menos realista y eficaz. Si partimos de la idea de que las fuerzas gubernamentales y los grupos armados son iguales, habría que verificar, en el caso de cada norma, si un grupo armado con la voluntad necesaria es capaz de respetar la norma de que se trate sin necesariamente perder el conflicto. Y esto se aplicaría no solo a las normas de DIH existentes, pretendidas o recientemente propuestas, sino también a toda interpretación. Los Estados proceden a ese examen objetivo para ellos mismos, puesto que legislan. Pero, en el caso de los grupos armados, esa confrontación con la realidad no tiene lugar. Entonces, si algunas normas no son realistas para los grupos armados y, no obstante, pretendemos que se apliquen a ellos, dichas normas no solo serán violadas, sino que también se verán reducidos la credibilidad y el efecto protector de *otras* normas a las que un grupo armado *sí* es capaz de atenerse.

Cinco ejemplos permiten ilustrar las dudas que suscita el realismo de determinadas evoluciones del derecho, suponiendo que se apliquen las mismas normas de ambos lados. En primer lugar, la tendencia actual de los tribunales penales internacionales, del CICR y de los especialistas a asimilar el derecho de los conflictos armados no internacionales al de los conflictos armados internacionales, principalmente mediante normas supuestamente consuetudinarias, puede acarrear como inconveniente el hecho de que los grupos armados se consideren supeditados a normas que solo los Estados pueden respetar realmente y que fueron concebidas para los conflictos entre Estados. Más abajo daré el ejemplo de la prohibición de la detención arbitraria. En segundo lugar, la integración progresiva de normas de los derechos humanos al DIH puede conducir a un resultado similar. En tercer lugar, la combinación “edad mínima de 18 años” (para la participación en las hostilidades) y “concepción amplia de la noción de utilización (prohibida) de los niños por parte de los grupos armados” lleva a exigencias por las cuales los miembros de los grupos armados no pueden quedarse más con sus familias y gozar del apoyo del conjunto de la población en nombre de la cual combaten o dicen combatir. En cuarto lugar, la definición ordinaria de pillaje —por ejemplo, la que proponen los que luchan contra el pillaje de los recursos naturales por parte de las empresas en las zonas de conflicto— resulta discriminatoria hacia los grupos armados, puesto que engloba

toda apropiación realizada sin el consentimiento del propietario. Como el propietario no está definido en el derecho internacional, se considera que está definido por el derecho interno. Pero en virtud de ese derecho, el propietario es, en la mayoría de los países, el Gobierno. Esto significa que los grupos armados cometen un crimen de guerra (pillaje) cuando mantienen una explotación ya existente de los recursos naturales en un territorio controlado por ellos, tal vez incluso el territorio de la población para la cual combaten, aunque utilicen los beneficios en favor de la población local o para seguir luchando por esta. En quinto lugar, el recurso por parte de los tribunales penales internacionales y las ONG de defensa de derechos humanos a conceptos como el de responsabilidad del superior jerárquico puede tener el efecto de imponer exigencias poco realistas a los jefes de los grupos armados, al no tomar en consideración que los grupos armados (a menudo forzados a actuar en la clandestinidad) tienen una organización fundamentalmente diferente de la de los Estados.

En mi opinión, estas cuestiones merecen un análisis más profundo, en la medida de lo posible realizado con la colaboración de participantes activos (en este caso, tanto miembros de los grupos armados como soldados), que podría llevarnos a abandonar el axioma de la igualdad de los beligerantes en los conflictos armados no internacionales.

Desde el punto de vista de las numerosas personas que son víctimas de la violencia y de la arbitrariedad en los conflictos armados no internacionales en todo el mundo, sin duda debemos alegrarnos del prodigioso descubrimiento de las normas consuetudinarias aplicables a esos conflictos (que son el equivalente de las normas del derecho convencional aplicables a los conflictos armados internacionales) y del hecho de que el CICR esté decidido a consultar a los Estados sobre la posibilidad de desarrollar el derecho convencional, en particular el derecho aplicable en los conflictos armados no internacionales³. Asimismo, cuanto más se acercan las normas aplicables en los conflictos internacionales a las normas aplicables en los conflictos armados no internacionales, más pierde su interés práctico la cuestión —espinosa desde el punto de vista teórico y delicada desde el punto de vista político— de la clasificación de ciertos conflictos armados (en particular, los conflictos con doble calificación jurídica). También es cierto que las fuerzas gubernamentales serían absolutamente capaces de respetar las mismas normas en las dos categorías de conflictos armados. En cambio, muchos grupos armados no podrían atenerse de ninguna manera al conjunto de normas aplicables a los conflictos armados internacionales.

Esto podría llevarnos a aplicarles una escala móvil de obligaciones. Cuanto más organizado estuviera un grupo armado y cuanto más efectivo fuera el control que este ejerciera sobre su territorio, más similares al conjunto del DIH de los conflictos armados internacionales serían las normas aplicables. Durante la guerra

3 V. Jakob Kellenberger, presidente del CICR, "Fortalecer la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados - Consultas de los Estados y senda futura", 12 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/ihl-development-statement-2011-05-12.htm> (consultado el 15 de mayo de 2011).

civil española, por ejemplo, las dos partes habrían podido respetar prácticamente la totalidad de estas normas, puesto que ambas controlaban y administraban un territorio y combatían principalmente por medio de ejércitos regulares. En cambio, si bien no es indispensable que un grupo armado controle un territorio para que se aplique el DIH de los conflictos armados no internacionales, cuesta imaginar cómo un grupo forzado a ocultarse en un territorio controlado por el Gobierno podría respetar muchas de las obligaciones positivas establecidas por el DIH. Se podría argüir que muchas de esas obligaciones solo surgen si la parte de que se trate emprende determinadas actividades. Así pues, todo grupo armado está materialmente en condiciones de respetar la prohibición consuetudinaria de la detención arbitraria que, según la interpretación del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR, supone que todo arresto debe tener un fundamento jurídico preestablecido, absteniéndose simplemente de detener a quien sea. Sin embargo, semejante exigencia no es realista y podría llevar a la ejecución sumaria de los enemigos que se rindieran.

Naturalmente, las normas que pueden y que, en consecuencia, deben ser respetadas, así como las circunstancias en las que deben serlo, deberían enunciarse con exhaustividad. Lo cual no puede depender de la capacidad de un grupo armado de respetar ciertas normas, sino que debe determinarse de manera general (para ciertas categorías de grupos armados) e *in abstracto*, velando por preservar un mínimo de humanidad. En caso contrario, un grupo armado débil, por ejemplo, estaría autorizado a atacar deliberadamente a civiles, si es la única manera realista que tiene de debilitar al Gobierno.

Esa gradación de las obligaciones no sería en absoluto revolucionaria. El umbral de aplicación del Protocolo adicional II, mucho más elevado que el del artículo 3 común a los Convenios, ya implica una modulación de las obligaciones. Si bien muchas veces se deplora que dicho umbral sea elevado, tal vez sea lo más realista para los grupos armados. En efecto, solo los grupos armados que controlan un territorio (una de las condiciones para que se aplique el Protocolo, pero no el artículo 3) están en condiciones de respetar determinadas normas del Protocolo.

Aplicar una gradación de esa índole a ambos lados sería absurdo. En efecto, cuanto más débiles son sus enemigos, más fácil es para las fuerzas gubernamentales respetar el DIH. Por lo tanto, se debe considerar la posibilidad de abandonar la ficción de la igualdad de los beligerantes y exigir a los Gobiernos que respeten plenamente las normas consuetudinarias y convencionales del DIH, y, a sus enemigos, que las respeten únicamente en función de sus capacidades. De hecho, es lo que esperan concretamente las fuerzas gubernamentales que combaten actualmente contra grupos armados. ¿Qué soldado de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (en Afganistán) espera que los talibanes respeten las mismas normas que las que su comandante le obliga a cumplir? El hecho de comunicar a los Gobiernos y sus soldados que sus enemigos no están sujetos a las mismas normas también reduce el riesgo de que soldados de las fuerzas gubernamentales cometan violaciones en nombre de la reciprocidad por violaciones que habría cometido el enemigo. Aunque por lo general está prohibido violar el DIH en nombre del

principio de reciprocidad, este último sigue sirviendo como pretexto y excusa para muchas violaciones (y puede llevar a una escalada de la barbarie en muchos conflictos armados).

A modo de conclusión, formularé una advertencia: no exageremos la importancia que tendría el abandono del principio de la igualdad de los beligerantes. La mayoría de los sufrimientos causados durante los conflictos armados no internacionales no se deben al desprecio de normas que para algunos grupos armados no estatales puede ser objetivamente difícil respetar. Estos resultan de las violaciones —cometidas por ambas partes— de normas que todo ser humano puede respetar en cualquier circunstancia: no violar, no torturar, no matar a quienes están librados al poder del enemigo o indefensos. Adaptar ciertas normas en función de lo que una parte está efectivamente en condiciones de hacer la dejaría sin una excusa fácil para rechazar el conjunto de las normas. La igualdad de los beligerantes es una ficción en los conflictos armados no internacionales, y las ficciones debilitan el DIH. Ese cuerpo de derecho se aplica a una realidad (deplorable) y, por ende, debe afrontar sus consecuencias humanitarias y tomar en consideración la realidad con todos sus principios y todas sus normas si desea mantener una eficacia real.



Respuesta a los argumentos presentados por Marco Sassòli

Yuval Shany*

Yuval Shany es titular de la cátedra Hersch Lauterpacht de Derecho Internacional Público en la facultad de Derecho de la Universidad Hebreaica de Jerusalén. También es miembro del comité de redacción de la *International Review of the Red Cross*.

* Yuval Shany desea agradecer a Yahli Shereshevsky y a la profesora Gabriella Blum sus valiosos comentarios sobre una versión anterior de este texto.

La propuesta del profesor Marco Sassòli de reexaminar el “dogma” que constituye en DIH el principio de la igualdad de los beligerantes en los conflictos asimétricos entre Estados y actores no estatales puede parecer provocadora, pero sin duda invita a la reflexión. No cabe ninguna duda de que se han observado problemas crónicos de respeto del DIH en los conflictos armados no internacionales que oponen Estados fuertes a grupos militantes débiles que disponen de capacidades limitadas. También es evidente que esos problemas están estrechamente ligados a cuestiones de capacidades y de lógica militar (a saber: las partes que, al atenerse a las normas del DIH, corren el riesgo de verse militarmente desfavorecidas, son más propensas a violarlo). Por otra parte, estos problemas pueden verse exacerbados por las tendencias ideológicas de algunos actores no estatales que rechazan los valores morales sobre los cuales se basa el DIH y por el hecho de que las normas del DIH se han vuelto más exigentes con el paso de los años: cuanto más alta se coloca la vara normativa en los conflictos armados no internacionales (debido a la extensión de las normas del DIH que rigen los conflictos armados internacionales a los conflictos no internacionales y al papel complementario del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional penal a ese respecto), más profunda se vuelve la brecha entre las normas y la manera en que los actores no estatales pueden y desean conducirse. Por lo tanto, Marco Sassòli tiene razón en criticar el exceso de ambición normativa y en considerarlo contraproducente para el respeto del DIH.

No obstante, no perdamos de vista lo esencial. Al abandonar el principio de igualdad de los beligerantes, corremos el riesgo de abrir una “caja de Pandora” que podría poner en peligro la legitimidad y la eficacia del DIH, y de lograr, contrariamente a lo deseado, una mayor inobservancia de sus normas. En primer lugar, relacionar estrechamente la extensión de las obligaciones dimanantes del DIH con las capacidades organizacionales y la lógica militar, como propone Marco Sassòli, significa hacer una peligrosa concesión a las contingencias prácticas, que podría reducir la incitación a respetar el derecho y poner en duda la aplicabilidad del DIH a contextos cambiantes. Si bien es razonable establecer cierto grado de correlación entre los comportamientos esperados en virtud de las normas del DIH y las capacidades de un grupo particular de beligerantes, es conveniente recordar que la principal razón de ser del DIH no es el respeto integral de sus normas, sino más bien la protección de los valores humanitarios (un alto grado de observancia es, entonces, una manera de llegar a ese fin y no un fin en sí mismo). Efectivamente, una gradación de las obligaciones en función de las capacidades reduciría el número de violaciones, pero no incitaría a las partes a mejorar sus capacidades y a atenerse a las normas a fin de lograr una mejor protección humanitaria. Por el contrario, en el régimen propuesto por Marco Sassòli, las partes se verían fuertemente disuadidas de esforzarse por aumentar sus capacidades (por ejemplo, estableciendo campos de prisioneros o dotándose de armas más precisas), pues eso no solo desviaría los muy limitados recursos de sus operaciones militares, sino que también sometería esas operaciones a nuevas restricciones jurídicas. Asimismo, si la capacidad fuese efectivamente un factor determinante en lo que respecta a

la extensión de las obligaciones aplicables del DIH, no vemos por qué ese razonamiento no se aplicaría a los conflictos asimétricos entre Estados desarrollados y Estados en vías de desarrollo. Así pues, el establecimiento de una relación entre la extensión de las obligaciones y la capacidad de respetarlas podría traducirse en una lamentable “nivelación hacia abajo” que conllevaría una erosión considerable de las protecciones humanitarias en muchos conflictos armados, cuando no en la mayoría.

En el mismo orden de ideas, la posición adoptada por Marco Sassòli, que considera que es “poco realista” esperar que actores no estatales respeten determinadas obligaciones del DIH (como el principio de distinción) que los perjudicarían en el plano militar, parece dar demasiado peso a las consideraciones militares, a expensas de la misión humanitaria del DIH, que limita el espacio dejado a la razón de Estado en la concepción y la ejecución de las operaciones militares. Admitir que las partes en un conflicto armado —sean estatales o no— puedan dar a la victoria una prioridad mayor que al respeto del DIH podría ser un duro golpe contra la imagen del DIH en su calidad de cuerpo no negociable de restricciones indirectas que limitan las opciones militares de las partes beligerantes. Así pues, en vez de exigir a los beligerantes que canalicen la violencia hacia comportamientos lícitos y se doten de estrategias militares adecuadas y de las capacidades necesarias para ese efecto, terminaremos aceptando tácticas de combate incompatibles con los valores humanitarios. Además, si se sacrifica el principio de igualdad de los beligerantes en pos del oportunismo militar, resulta difícil no autorizar concesiones similares a la razón militar en otras situaciones de conflicto. Y si en determinados casos se autoriza una excepción al principio de igualdad de los beligerantes, no será posible insistir con la misma legitimidad para que se lo aplique en otros casos.

En segundo lugar, retroceder sobre el principio de igualdad de los beligerantes podría deslegitimar el DIH a los ojos de actores clave en el seno de los Estados partes en conflictos asimétricos y reducir la motivación de esos Estados de cumplir con los compromisos contraídos en virtud del DIH. En efecto, los Estados que participan en conflictos asimétricos ya se quejan de que el principio de igualdad de los beligerantes se ve afectado por la negligencia de los actores no estatales a la hora de cumplir sus obligaciones en virtud del DIH, de que la institución de las represalias ha perdido su sustancia y de los inconvenientes que surgen en el terreno para respetar el DIH cuando se lucha contra fuerzas irregulares que operan entre la población civil. Asimismo, el respeto de las obligaciones por parte de los Estados suele ser objeto de un examen más atento y de medidas de control más rigurosas que en el caso de los actores no estatales. Sin embargo, el principio de igualdad de los beligerantes, portador de la promesa —por más simbólica que sea— de una reciprocidad en el respeto de las disposiciones, es útil porque favorece el respeto del DIH por parte de los Estados. El principio —o el mito— de la igualdad de los beligerantes es simbólico del lazo que existe entre el DIH y las nociones de caballería, profesionalismo, *fair-play* y justicia que, a lo largo de la historia, han ido construyendo poco a poco la legitimidad del DIH a los ojos de los combatientes y la opinión pública. También explica la determinación de los Estados a extender la aplicación del DIH a los

conflictos armados no internacionales (como demuestran los trabajos preparatorios y los comentarios oficiales sobre el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, el artículo 43 del Protocolo adicional I y el artículo 1 del Protocolo adicional II). Cabe señalar que, incluso en condiciones de respeto desiguales, los Estados partes pueden estimar oportuno cumplir con las obligaciones dimanantes del DIH, en la medida en que ello pueda ayudarlos a conservar una superioridad moral frente a sus adversarios no estatales que violan el derecho. Trastocar el equilibrio existente entre respeto y legitimidad, al exigir a los Estados que se atengan a normas jurídicas más elevadas, sin el beneficio de la reciprocidad o de una ganancia de legitimidad asociada a un mayor respeto, podría llegar a privarlos de una fuerte motivación para respetar el DIH y a que intenten sustraerse lisa y llanamente de las obligaciones dimanantes de este (por ejemplo, negando la aplicabilidad del DIH o tildando de “abstrusas” las normas esenciales de ese derecho).

En consecuencia, me pronunciaría en contra del abandono del dogma de la igualdad de los beligerantes, puesto que tal medida no podría traducirse sino en una mejora modesta del respeto del DIH por parte de ciertos actores no estatales. Además, se incitaría a otros beligerantes —estatales y no estatales— a cuestionar la legitimidad y la aplicabilidad de importantes principios de ese derecho. Por ello, la renuncia al dogma podría llegar a hacer más mal que bien. Dicho esto, Marco Sassòli tiene razón en señalar que las normas del DIH deberían ser realistas y no estar desconectadas de la realidad de los campos de batalla y las capacidades materiales. Entonces, ¿cómo conciliar el dogma con las disparidades reales que caracterizan los conflictos asimétricos por lo que respecta a las necesidades y las capacidades militares? Por mi parte, propondría tres ejes posibles para salir de ese *impasse*: aceptar un marco de “responsabilidades comunes pero diferenciadas” para determinadas normas del DIH⁴, completar el DIH con el derecho de los derechos humanos y adoptar estrategias de aplicación matizadas, tomando en consideración las diferencias de capacidades mencionadas más arriba. Colectiva e individualmente, esas medidas de adaptación admiten la necesidad de cierta modulación de las obligaciones (o de las expectativas en cuanto al respeto de las obligaciones), sin por ello abandonar completamente el principio de igualdad de los beligerantes.

En primer lugar, se puede esgrimir que el DIH ya contiene normas diferentes para los beligerantes, por ejemplo, las normas relativas a la necesidad de “tomar todas las precauciones factibles” para evitar o reducir los daños colaterales (artículo 57 del Protocolo adicional I), o “adoptar las medidas necesarias” para evitar o sancionar las infracciones (artículo 86 del Protocolo adicional I), o bien “tomar todas las medidas posibles” para buscar a los muertos y los heridos (artículo 8 del Protocolo adicional II). Como lo que es prácticamente posible depende del contexto y de las capacidades, es justo suponer que se esperará más de las fuerzas armadas de un Estado beligerante con recursos que de una milicia no estatal de desaharrapados. Así pues, Gabriella Blum, profesora de Harvard, observa muy acertadamente que el DIH, al igual que el derecho internacional del medio

4 Sobre este tema, v. Gabriella Blum, “On a Differential Law of War”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 52, N° 1, 2011, p. 163.

ambiente, no es incompatible con una doctrina de “responsabilidades comunes pero diferenciadas”, que autoriza ciertas diferencias en las obligaciones impuestas a las partes beligerantes. (Blum esgrime, por ejemplo, que “un principio de proporcionalidad común pero diferenciado y la obligación de tomar precauciones en el ataque podrían imponer a los Estados ricos y equipados con tecnologías de avanzada un grado de responsabilidad considerablemente superior al de los Estados pobres”)⁵.

No obstante, cabe señalar que el enfoque de las responsabilidades comunes pero diferenciadas es a la vez más amplio y más estrecho que el enfoque propuesto por Marco Sassòli. Es más amplio en el sentido de que no se aplica exclusivamente a los conflictos armados no internacionales; por el contrario, la doctrina se presenta como inherente al DIH, que se aplica de manera general a todos los conflictos entre fuerzas armadas disparejas. Y es más estrecho en el sentido de que no engloba a la gran mayoría de las normas del DIH, sino solo a un pequeño número de normas que dependen del contexto. Por esa razón, su impacto negativo en los valores humanitarios esenciales es limitado. En el fondo, podemos sostener que el enfoque de las responsabilidades comunes pero diferenciadas no cuestiona el principio de igualdad de los beligerantes, sino que más bien constituye una aplicación de dicho principio: para lograr una igualdad concreta, se debe tratar de manera diferenciada a sujetos de derecho con situaciones diferentes.

La segunda medida de adaptación que por mi parte propondría consiste en completar las normas del DIH con normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. Marco Sassòli nos advierte acertadamente contra un exceso de ambición normativa (en otras palabras, nos desaconseja imponer a las partes en conflictos armados no internacionales obligaciones (y normas de derecho internacional penal) que razonablemente no podrían respetar en lo inmediato o en un futuro cercano. Pero ¿es realmente necesario complementar esas obligaciones básicas del DIH, que atañen a todas las partes, con otras normas que solo se aplicarían al Estado parte en el conflicto (violando el principio de igualdad de los beligerantes)? La respuesta no es evidente. Podría ser preferible mantener *inter partes* el principio de igualdad de los beligerantes —que, como se ha explicado antes, confiere legitimidad a las normas del DIH y puede alentar a las partes en conflicto a respetar sus obligaciones mutuas en virtud del DIH— y a aplicar normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos (cuando estas sean aplicables a las circunstancias de que se trate) a otros aspectos del comportamiento de los Estados que pueden atentar contra los valores humanitarios. A diferencia del DIH, el derecho de los derechos humanos no se basa en una noción de igualdad o de reciprocidad; por lo tanto, una aplicación no equitativa de ese derecho (suponiendo que los actores no estatales tengan en materia de derecho menos obligaciones que los Estados) suscita menos objeciones doctrinales que una violación del principio de igualdad de los beligerantes en DIH. Como no carga con el peso de la reciprocidad, a diferencia de las normas del DIH, el derecho de los derechos humanos se presta mejor que éste al desarrollo de obligaciones asimétricas.

5 Ibid., p. 194 (traducción del CICR).

Asimismo, el recurso al derecho de los derechos humanos puede entenderse como una medida destinada a corregir en parte la desigualdad relativa al estatuto de los beligerantes en un conflicto armado no internacional. Como señala Marco Sassòli, el actor no estatal involucrado en el conflicto ve aplicársele el derecho penal del Estado sobre cuyo territorio opera; así pues, los milicianos que respetan el DIH podrían tener que responder individualmente, pese a todo, por delitos penales en virtud del derecho nacional. Del mismo modo, obligar a los Estados a respetar normas internacionales de los derechos humanos significa introducir normas externas que a veces son más exigentes que las del DIH. Así, el principio de igualdad de los beligerantes se ve preservado y no violado; las dos partes están sujetas a las mismas normas del DIH (matizadas por el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, antes mencionado), así como a normas de derecho suplementarias provenientes de otras fuentes del DIH.

La última medida de adaptación que propongo se refiere a la aplicación de las normas. Si bien rechazamos la sugerencia de Marco Sassòli de aplicar a los Estados y a los actores no estatales obligaciones diferentes en virtud del DIH, no obstante podemos considerar la utilidad práctica de adoptar medidas de aplicación diferentes para las violaciones cometidas por Estados y las violaciones cometidas por actores no estatales. En determinadas situaciones de conflicto, hacer respetar las normas del DIH a los Estados puede ser, sin duda, una estrategia económicamente más eficaz para los organismos externos encargados de la aplicación de esas normas, dados los numerosos medios de presión que es posible contra los Estados (pero no contra actores no estatales). Además, la comunidad internacional a veces, aunque no siempre, se muestra menos tolerante frente a las infracciones del derecho cometidas por uno de sus miembros establecidos que frente a las infracciones cometidas por un grupo fuera de la ley, peor equipado para hacer respetar el derecho (del mismo modo que, a nivel nacional, los agentes de la fuerza pública prefieren dedicar más tiempo y energía a investigar la corrupción en las altas esferas que en niveles inferiores de la administración). En esos casos, una aplicación selectiva puede parecer una medida correctiva que compensa en cierta medida el hecho de que los Estados gocen de un estatuto superior al de los actores no estatales en la vida internacional y de que tengan una mayor influencia en la elaboración del DIH. En todo caso, la aplicación selectiva (que suscita sus buenos problemas de legitimidad y eficacia) no cuestiona abiertamente el principio o el mito de la igualdad de los beligerantes. Además, mientras sea posible mantener una “división estanca” entre medidas de aplicación reales y potenciales, se puede informar a todas las partes en conflicto de las expectativas en cuanto a respeto pleno y equitativo.

Para resumir, el principio de igualdad de los beligerantes desempeña un papel útil, puesto que legitima el DIH y alienta a que se respeten sus normas. Si bien Marco Sassòli tiene razón en advertir contra un exceso de ambición normativa y contra expectativas superiores a las capacidades de los actores no estatales, es más conveniente, para paliar las disparidades de capacidades entre los Estados y los actores no estatales, aplicar el principio de las “responsabilidades comunes pero diferenciadas” en ciertos ámbitos del DIH, apelar a las normas de los derechos

humanos para que los Estados Partes respeten normas de comportamiento más exigentes y, de ser necesario, aplicar el DIH de manera selectiva. Estas estrategias, que pueden emplearse de forma separada o conjunta para corregir las disparidades, ofrecen perspectivas más prometedoras que el liso y llano abandono del principio de igualdad de los beligerantes.

