

PLURALISMO JURÍDICO Y PLURALISMO CULTURAL EN LA REGULACIÓN DE CONFLICTOS ARMADOS

René Provost^{1*}

RESUMEN

El autor plantea una serie de lineamientos que pretenden llegar a solucionar la controversia acerca del papel de la normatividad y quienes la aplican, frente a las violaciones que en forma constante surgen contra el Derecho Internacional Humanitario. Ello, a partir de un proyecto que trata sobre la interacción entre el Derecho de la Guerra y la diversidad cultural. Dentro del proyecto se plantean tres sistemas de respuestas ante las violaciones al Derecho Internacional Humanitario, a saber: regulación normativa del conflicto armado; instituciones confiables para llevar a cabo una aplicación coercitiva de las leyes; y modalidades de acercamientos al logro de los fines buscados, es decir, al cumplimiento de las normas. No obstante, el autor argumenta que la literatura jurídica no se preocupa por la relación entre las normas humanitarias y los individuos, siendo necesario reformar y fortalecer el Derecho Humanitario y aumentar la protección de las víctimas de la guerra.

PALABRAS CLAVES

Derecho Internacional Humanitario, Derecho de la Guerra, Pluralismo Jurídico, Violaciones, Conflicto Armado, Leyes, Diversidad Cultural, Víctimas de la Guerra.

¹ Profesor de Derecho Internacional y Director del Centro de Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico, McGill University, Canadá. Quiero agradecer al Lic. Carlos Iván Fuentes, O'Brien Fellow en el Centro de Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico, por su ayuda en la preparación de este ensayo.

ABSTRACT

The author intends to give some guidelines in order to resolve the conflict regarding the role of law in the International Humanitarian Law, starting with the interaction between law of war and cultural diversity. The project proposes three approaches to give answers to the violations of International Humanitarian Law: regulating the armed conflict, strong and reliable institutions that apply these regulations and verify by coercive ways their compliance. However, the author explains that the literature of law on this subject does not clarify the relationship between humanitarian regulation and individuals, when it is completely necessary to reform and solidify the human rights regulation and increase protection of war victims.

KEY WORDS

International Humanitarian Law, Law of War, Legal Pluralism, Violations, Armed Conflict, Law, Cultural Diversity, War Victims.

INTRODUCCIÓN

Enfrentamos constantemente violaciones masivas y sistemáticas del Derecho Internacional Humanitario. De vez en cuando, podemos apreciar directamente las violaciones, como el caso de las ejecuciones de civiles por milicias en la villa Bosnia de Srebrenica o la tortura de prisioneros por soldados de los estadounidenses en Abu Graib, Irak. ¿Cuál puede ser el papel del Derecho ante esta tendencia hacia la inhumanidad? ¿Cómo puede el Derecho reaccionar en un contexto tan poco receptivo a la normatividad, si no a la racionalidad? ¿Cómo se puede intentar presentar la normatividad jurídica más pertinente a los ojos los de que deberán elegir entre torturar o no, desaparecer o no, violentar o no? Quiero ofrecer algunas pistas de solución, que constituyen una pequeña parte de un proyecto de investigación más amplio y quizás demasiado ambicioso en el que ya he invertido algunos años. Este proyecto trata sobre la interacción entre Derecho de la Guerra y diversidad cultural (utilizaré las expresiones Derecho Internacional Humanitario y Derecho de la Guerra como sinónimas). Las siguientes son consideraciones bastante teóricas, pero trataré de presentarlas sin empezar por una danza del vientre como otrora sugería Tercio de Albuquerque.

Comenzaré por presentar brevemente una crítica de los tipos de soluciones que se ofrecen habitualmente para mejorar el respeto del Derecho de la Guerra. Seguidamente quiero sugerir que una visión del derecho que rechaza el positivismo a favor del pluralismo jurídico puede ofrecer una comprensión diferente del fenómeno de las violaciones del Derecho Humanitario. Finalmente hablaré de la pluralización cultural del Derecho Humanitario que ocurre si se adopta una perspectiva de pluralismo jurídico.

REACCIONES JURÍDICAS A VIOLACIONES CONTINUADAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Se pueden definir, en el análisis jurídico, tres grandes categorías de reacción ante este estado de cosas:

Una primera serie de respuestas puede centrarse en la regulación normativa del conflicto armado. Una herramienta valiosa en la protección de las víctimas del conflicto armado es un código comprensivo que precisa obligaciones detalladas a aquellos que tienen poder sobre otros durante periodos de guerra. El Derecho Internacional Humanitario se ha codificado a un grado significativo en los tratados que han atraído la ratificación casi universal de los Estados del mundo. Seguramente siempre podremos imaginar maneras de mejorar las normas, pero no parece que las violaciones del Derecho Internacional Humanitario deben ser imputadas a una debilidad particular del régimen jurídico.

Una segunda serie de respuestas al problema que entraña las violaciones continuas del Derecho Internacional Humanitario se centra en las instituciones confiadas con la aplicación coercitiva (*enforcement*) de estas reglas. Es trivial indicar que la debilidad institucional es una característica que define el sistema jurídico internacional en su totalidad. El Derecho Internacional Humanitario sufre de este defecto también, con un régimen históricamente descentralizado e ineficaz en la aplicación. Tenemos hoy nuevas instituciones como la Corte Penal Internacional que ofrece vías para la aplicación del Derecho de la Guerra, y que es una de las respuestas a la crítica de la debilidad institucional del Derecho Internacional Humanitario. Podemos soñar en una Corte Penal Internacional con competencia obligatoria y universal, pero no creo que eso pudiera transformar radicalmente la protección de las víctimas en conflictos armados.¹

Un tercer sistema de respuestas a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario se podría agrupar bajo amplia etiqueta de acercamientos al cumplimiento (*compliance*). Mientras que no haya distinción clara y expedita entre la aplicación y el cumplimiento, se podría decir generalmente que las medidas del cumplimiento (*compliance*) intentan inducir el respeto voluntario por normas, mientras que la aplicación (*enforcement*) apunta a no dejar ninguna otra posibi-

¹ Gerry Simpson, "War Crimes: A Critical Introduction" in Gerry Simpson & Timothy McCormack, eds., *The Law of War Crimes. National and International Approaches* (The Hague: Kluwer Law International, 1997) 1; Payam Akhavan, "Beyond Impunity: Can International Justice Prevent Future Atrocities?" (2001) 95 A.J.I.L. 7.

lidad que no sea la obediencia a la regla.² Las medidas de cumplimiento pueden centrarse en la disuasión o la cesación de violaciones del Derecho Humanitario. Con respecto a la disuasión, la educación se considera generalmente como un elemento crítico y esencial de cualquier tentativa de fomentar mayor cumplimiento. En este respecto, la contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja parece fundamental. Con respecto a la cesación de violaciones, hay organismos de la sociedad civil como Human Rights Watch que tratan de movilizar la opinión pública mundial para influir en los gobiernos que no respetan las normas humanitarias.³

Estas respuestas a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que se centran en la normatividad, la aplicación y la conformidad destacan importantes características del régimen humanitario de protección de las víctimas de los conflictos armados. Ellas contribuyen, en un grado variable de éxito, al mayor respeto por el Derecho de la Guerra. Como tal, los esfuerzos de reforzar las normas, instituciones y prácticas relacionadas con esta gama de respuestas deberían ser aplaudidos y apoyados. Al mismo tiempo, quiero sugerir que estas respuestas no son suficientes para aumentar la protección de las víctimas de la guerra. En mi opinión, una perspectiva basada en el pluralismo jurídico parece ofrecer vías de protección más amplias. En parte, el pluralismo jurídico impone un grado de pluralismo cultural que resulta en la pluralización del Derecho Internacional Humanitario.

PLURALISMO JURÍDICO

La discusión académica del Derecho Internacional Humanitario se ha preocupado esencialmente en los esfuerzos resaltados en la sección anterior; aquello en detrimento de una reflexión sobre la interacción entre la normatividad y el individuo. La importancia de la educación individual en los principios de base del Derecho Humanitario se reconoce extensamente. Esto como parte de los deberes formales de Estados para diseminar el contenido de los Convenios de Ginebra y

² Cf., e.g., Abram Chayes & Antonia Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995); Hanspeter Neuhold, "The Foreign Policy Cost-Benefit Analysis Revisited" (1999) 42 *German Ybk. Int'l L.* 84; Harold Koh, "Why Do Nations Obey International Law?" (1997) 106 *Yale L. J.* 2599; Markus Burgstaller, *Theories of Compliance with International Law* (Leiden: Brill Academic Publishers, 2005).

³ François Buigion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre* (Geneva: ICRC, 2000) 1090-91; Michel Veuthey, "Implementation and Enforcement of Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts: The Role of the International Committee of the Red Cross" (1983) 33 *American University Law Rev.* 83; Hans Peter Gasser, "Scrutiny" (1985) 9 *Aust. Y.B. Int'l L.* 345; David Weissbrodt, "The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflict" (1988) 21 *Vand. J. Transnat'l L.* 313.

como foco constante de los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja de generar mayor conformidad con estas normas. Habiendo dicho esto, la literatura jurídica no se ha preocupado mucho de la relación entre las normas humanitarias y los individuos. De hecho, la literatura presenta al individuo como objeto monolítico de la difusión, sujeto al entrenamiento para ser mejorado. La manera en la que el individuo puede reaccionar al Derecho Humanitario no se ha explorado perceptiblemente, a pesar del hecho de que es individual la decisión de respetar o violar el derecho internacional, el cual constituye el último foco de reglas humanitarias y el detonante potencial de la responsabilidad criminal. La diversidad ilimitada en la construcción individual del derecho y del contexto es presentada como impertinente a la fuerza de principios legales.

Durante conflictos armados, cuando los individuos tienen que elegir entre respetar o faltar a las reglas humanitarias, es poco probable que los mecanismos legales formales desempeñen un papel significativo. Existen ejemplos como el de Israel, en donde se conjuga la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el funcionamiento efectivo de instituciones jurídicas, en particular las judiciales; pero estos ejemplos son bastante raros. En la mayoría de situaciones de conflictos armados, las instituciones jurídicas del Estado están disminuidas en su capacidad institucional y política. En un contexto marcado por el caos, las fuerzas y los mecanismos informales parecen sitios primeros de la normatividad para el Derecho Internacional Humanitario. Esto parece más evidente para los agentes no-estatales, no conectados de manera orgánica con el Estado como los insurgentes o los no-combatientes que actúan fuera de cualquier estructura pero que sin embargo están gobernados por el Derecho de la Guerra. Aplicable igualmente a los miembros de las fuerzas armadas oficiales que, así mismo en los mejores ejércitos del mundo, serán llamados ocasionalmente para tomar decisiones autónomas en el uso del Derecho Humanitario.⁴

Una de las herencias penetrantes de Austin, Hobbes y Bodin, entre otros, ha sido la excesiva atención dada por los juristas al Estado y a sus subproductos normativos. Esta postura positivista y la definición estrecha del derecho que representa, han conducido a una negligencia peserosa de otras facetas importantes de la normatividad jurídica. Refiriéndome nuevamente a la tortura de prisioneros en Abu Ghraib y a las ejecuciones de civiles en Srebrenica, el tipo de comportamiento que intentamos regular firmemente con el Derecho Internacional Humanitario nos recuerda que ni el Estado ni cualquier otra construcción abstracta similar están en una posición a actuar sin agencia humana. Los Estados y otras

⁴ René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) 75-102.

entidades pueden ser las fuentes, tema y objeto de normas jurídicas, pero el proceso mediante el cual estas normas son acatadas, debe ser transmitido y aceptado por los individuos. La transmisión de normas al individuo y la traducción de estas normas generales en reglas directamente aplicables a las situación específica no pueden ser neutrales en ningún sentido. Son la creación de significado legal en una narrativa que tiende un puente sobre la brecha entre la proyección normativa de un mundo idealizado (en el derecho) y la experiencia de una persona o una comunidad (en la realidad). De ninguna manera pretendo sugerir que la función interpretativa es provincia exclusiva de los individuos que actúan de manera autónoma. La creación del significado legal que Robert Cover llama *jurisgénesis*, cubre narrativas privadas y públicas, individuales y colectivas, informales y oficiales.⁵ El punto sobre el pluralismo jurídico que quiero hacer ver aquí es que el Estado no se puede considerar como el intérprete exclusivo de las normas, y que los individuos desempeñan un papel central en este proceso. Esto es particularmente cierto para el Derecho de la Guerra: un cuerpo de reglas dirigido a un grupo muy amplio y diverso de individuos con distintas categorías en el campo. Para los soldados de algunos ejércitos del mundo, este Derecho toma la forma de una pequeña tarjeta de diez principios de base, dejando un espacio considerable para la interpretación de cada individuo. El principio es que cualquier traducción incorpora un choque entre la voluntad del autor del texto y la del traductor y, como se dice en italiano, *traduttore, traditore*. Mientras que el sentido de fidelidad al texto inicial refleja la idea fundamental de la traducción, en comparación con la creación o la crítica, parece imposible negar que el traductor no pueda abandonar su propia identidad en este acto. Por el contrario, la traducción requiere una aserción de su identidad. Bajo esta luz, el individuo se convierte en mucho más que el mero mecanismo de ejecución en el extremo de la tubería normativa, pasando a tener un papel central en el proceso esencialmente cultural mediante el cual las normas son desarrolladas y aplicadas constantemente.⁶

PLURALISMO CULTURAL

La inserción del individuo en el razonamiento no es equivalente a la expulsión de la ley del análisis, ni a una vuelta a la moralidad. Es una reflexión de la opinión que la ley no se puede aislar enteramente del contexto moral, social y cultural, mientras que esté mediado por el individuo. La diversidad cultural se presenta ineluctablemente dentro de la ley una vez que abandonemos la visión esencialista

⁵ Robert Cover, "Nomos and Narrative", in Martha Minow, Michael Ryan & Austin Sarat eds., *Narrative, Violence and the Law - The Essays of Robert Cover* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993) 95, 101.

⁶ James Boyd White, *Justice as Translation* (Chicago: University of Chicago Press, 1990) 263-64.

y positivista que encuentra en la normatividad jurídica una explicación completa de la fuerza de la ley. El triste expediente del cumplimiento con el Derecho Internacional Humanitario se erige como demostración suficiente de la escasez de tal postura y la necesidad de una investigación más profunda y más amplia.

Hay un grado de correspondencia entre, de un lado, el positivismo y universalidad, y en el otro, pluralismo jurídico y diversidad cultural. El positivismo autoriza un foco estrecho en la normatividad producida por el Estado, que refleja las características institucionales del modelo occidental de Estado exportado por vía del colonialismo al resto del mundo. Mientras que los gobiernos particulares pueden proponer perspectivas divergentes o defender intereses en oposición, ensamblan también un discurso que afirma la centralidad del Estado. El pluralismo jurídico, por el contrario, rebasa los límites de nuestro concepto del Derecho para abarcar formas de normatividad más allá de aquellas conectadas de cualquier manera con el Estado. Separada de características institucionales comunes ligadas con el Estado, la normatividad jurídica aparece más maleable y variable según contextos particulares, culturales, etc. El pluralismo, al devolver la mirada, termina poniendo los ojos sobre sí mismo; llama para un rechazo de cualquier definición esencialista del derecho y puede acomodar la normatividad centrada en el Estado así como otros acercamientos. Lo contrario, sin embargo, no es verdad; el positivismo no puede acomodar la normatividad fuera del Estado. Se podría decir que el positivismo y el pluralismo reflejan diversas construcciones de las realidades sociales que se interceptan en un cierto grado.⁷

Considerando el Derecho Internacional Humanitario específicamente, los diversos intereses centrales de los participantes en el conflicto parecen incorporados de diferentes maneras a cada acercamiento del derecho. El punto crítico sería que una lectura positivista del Derecho Internacional Humanitario no puede representar la totalidad de intereses que se intentan proteger por ese cuerpo de derecho. Más radicalmente, sugiero que esta lectura puede reflejar solamente de manera muy débil los intereses presentados como los más centrales al Derecho Humanitario, que es la protección de las víctimas de la guerra. Esto debido al peso acordado a los intereses del Estado en esta rama del Derecho que se supone constituye un equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones humanitarias. Quizás paradójicamente, se sugiere que un enfoque más diverso está jus-

⁷ Mireille Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel: les forces imaginantes du droit* (Paris, Seuil, 2004); id., *Les Forces imaginantes du droit II: Le pluralisme ordonné* (Paris: Sueil, 2006); Anne Griffiths, "Legal Pluralism", in Reza Banakar & Max Travers eds., *An Introduction to Law and Social theory* (Oxford: Hart, 2002) 289; Sally Engle Merry, "Legal Pluralism", (1988) 22 *L. & Soc. Rev.* 869; Günther Teubner, "The Two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", (1992) 13 *Cardozo L. Rev.* 1443.

tificado por razones utilitarias, que se genera para comprender mejor cómo se le puede dar significado a la ley y cómo se le podría diseñar para favorecer un mayor cumplimiento. La referencia a un sentido de la fidelidad al texto original en el acto de la traducción social de normas subraya el hecho de que una de las funciones primeras del Derecho es establecer los parámetros dentro de los cuales la diversidad puede prosperar. Al mismo tiempo, las normas jurídicas desprovistas de legitimidad cultural no pueden ser efectivas; les faltaría lo que la teoría de las relaciones internacionales describe en inglés como el *compliance pull*. En esta perspectiva, el Derecho Internacional Humanitario debe navegar entre la universalidad rígida y la anarquía; la diversidad cultural debe legitimar normas y así atraer con éxito mayor cumplimiento, pero rechazar variaciones incontroladas e ilimitadas en el contenido de normas.

¿Cuáles son las implicaciones prácticas de la lectura del Derecho Internacional Humanitario que sugiero aquí? La implicación más fundamental es una fragmentación limitada de este derecho. En parte, evoca el debate sobre el relativismo cultural en el campo de los Derechos Humanos. En otro ensayo, demostré que no existe ninguna base para negar la pertinencia para el Derecho de la Guerra de los desafíos culturales dirigidos a los Derechos Humanos. El objetivo, claro, no es de destruir el Derecho Humanitario, sino por el contrario es el de darle mayor legitimidad y eficacia, y también permitir una evolución de las normas sin exigir una universalidad absoluta de valores.

Puedo ofrecer un ejemplo, bastante simple: imaginemos que soldados canadienses en Afganistán detienen a una mujer embarazada, una persona protegida según el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, y que los canadienses niegan a esta mujer la posibilidad de obtener un aborto. No existe hoy en el Derecho Humanitario un derecho claro a un aborto. La cuestión sería la de saber si se puede desarrollar la protección de la mujer para incluir un derecho al aborto. Si el criterio es la existencia de un consenso mundial sobre el derecho de la mujer a elegir libremente la terminación del embarazo, será muy difícil establecer la existencia de una obligación a cargo de los canadienses bajo el Derecho Humanitario. Si, como sugiero, el criterio es la legitimidad del aborto en Canadá, no parece problemático desarrollar el derecho para concluir que tal negación por parte de los soldados constituye una violación del Derecho Humanitario por Canadá. La consecuencia es que existiría, bajo el Derecho de la Guerra, una obligación por soldados canadienses de respetar el derecho de la mujer a obtener un aborto si lo quiere, pero que la misma obligación no existe en relación con los soldados de otras partes de mundo donde el aborto no es aceptado.

Claro que lo que sugiero es polémico, pero creo que es necesario para reforzar el Derecho Humanitario y aumentar la protección de las víctimas de la guerra.