

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO

*El derecho internacional Humanitario
como instrumento de paz*

18 DE ABRIL DE 2002

**JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-
VILLASANTE Y PRIETO**

DOCTOR EN DERECHO. GENERAL DE DIVISIÓN.
CONSEJERO TOGADO.

DIRECTOR DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERE-
CHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE LA CRUZ
ROJA ESPAÑOLA.



INTRODUCCIÓN. LA PAZ COMO META DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

PAZ Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El 12 de agosto de 1999, al conmemorar el cincuenta aniversario de los Convenios de Ginebra de 1949 (normas básicas del Derecho Internacional Humanitario), el Secretario General de las Naciones Unidas hizo un llamamiento solemne a todos los pueblos, naciones y gobiernos para que *«rechacen la idea de que la guerra es inevitable y combatan sin tregua sus raíces, se exija a todos los involucrados en los conflictos armados que respeten los principios elementales de humanidad y las normas del derecho internacional, protejan a los civiles de los horrores de la guerra y fomenten las relaciones entre individuos, entre pueblos y entre naciones sobre la base del respeto de la dignidad humana, la compasión y la solidaridad»*. En definitiva, se expresan dos ideas fundamentales: que la humanidad no está condenada a la guerra y que en los conflictos armados se deben respetar esas normas mínimas de humanidad aceptadas convencionalmente por todos los pueblos.

El principio de humanidad, que parte de una ética de solidaridad humana, está indisolublemente unido a la irrenunciable meta de conseguir una paz justa y duradera.

Ya desde la Conferencia Mundial de la Cruz Roja sobre la Paz (Belgrado, junio de 1975), el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja aprobó en el preámbulo de su Programa (*«Acción de la Cruz Roja como factor de paz»*) la siguiente declaración:

«La Cruz Roja no considera la paz simplemente como la ausencia de guerra, sino más bien como un proceso dinámico de cooperación entre todos los Estados y todos los pueblos, cooperación que debe fundarse en la libertad, la independencia, la soberanía nacional, la igualdad, el respeto de los derechos humanos, y

en la distribución equitativa de los recursos para atender a las necesidades de los pueblos.

La Cruz Roja considera que el respeto, en todas las circunstancias, de las reglas de humanidad es esencial para la paz».

Para comprender mejor este mensaje de paz, implícito e inescindible de las normas de Derecho Internacional Humanitario, basta con analizar el Principio de Humanidad que es el primero de los que se proclaman como fundamentales para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Estos principios, no lo olvidemos, se han aprobado en las Conferencias Internacionales de la institución, en las que participan como miembros los Estados Partes en los Convenios de Ginebra (189 en la actualidad).

Dice el Principio de Humanidad: *«El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de la humanidad en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos».*

Como afirma Jean Pictet en este entorno se sitúa el cometido de la Cruz Roja a favor de la paz, que no se debe contentar con atenuar los efectos de la guerra sino que debe participar, en la medida de sus posibilidades y dentro de los límites de su neutralidad política, en la lucha contra la guerra, esforzándose por lograr que se solucionen por vía pacífica los conflictos entre los Estados y los pueblos.

Siguiendo a este autor podríamos destacar el mismo origen del humanitarismo y el pacifismo (la moral social, verdad universal que es también denominador común de las grandes religiones), el desarrollo de un espíritu de paz que debe sembrarse en lo más profundo de cada persona (la educación para la paz), el rechazo de la violencia y la tolerancia (enseñar a las nuevas generaciones la absoluta inutilidad de las guerras), el valor del ejemplo de la asistencia o acción humanitaria (que significa el respeto de la persona humana en tiempo de conflicto armado) y la denuncia de los males de la guerra. A lo que podíamos añadir la reconciliación (al finalizar los conflictos) pues, como ha escrito Michael Ignatieff, hay que proclamar *«la interminable futilidad de los intentos de vengarse de los que ya no existen, porque la única certeza es que matar no devuelve la vida a nadie».*

Por eso al lado de la divisa tradicional de la Cruz Roja *«Inter armas caritas»*, hoy se ha adoptado *«Per humanitatem ad pacem»*.

En definitiva, proteger a la persona humana en todas las circunstancias es creer en la dignidad inherente al ser humano, que es incluso anterior a su reconocimiento legal, constituye el fundamento del orden social e integra el núcleo irreductible de los derechos humanos que deben respetarse también en tiempo de conflicto armado.

El Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja Cornelio Sommaruga, con ocasión del asesinato de seis delegados de la institución que realizaban su labor humani-

taria en Chechenia (entre los cuales estaba la española Fernanda Calado), lo expresó de esta manera: *«Luchamos porque creemos que el ser humano conserva un mínimo de su condición aun en las guerras mas depravadas. Hechos como los que hemos vivido podrían hacernos dudar, pero si nos dejamos convencer de lo contrario tendríamos que admitir que el hombre no se distingue nada de las bestias, y no estamos dispuestos a admitirlo».*

HACIA UN NUEVO ORDEN HUMANITARIO INTERNACIONAL

Aún cuando se habla hoy de un nuevo orden jurídico internacional, no debemos olvidar que permanece inalterado el sistema establecido en la Carta de las Naciones Unidas, por lo que se ha podido aludir al continuismo de la Carta. Y su presupuesto sigue siendo la coexistencia de los Estados (cooperación institucionalizada entre las Naciones) no subordinados a una autoridad política superior. Ahora bien, en el momento actual el Derecho Internacional está presidido por algunos principios fundamentales, entre los que destacamos:

- 1º. La prohibición de uso o amenaza de la fuerza.
- 2º. El respeto de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.
- 3º. La no intervención o injerencia en los asuntos internos de los Estados.

Propósitos recogidos en la propia Carta y en la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625 de la Asamblea General de la ONU, de 24 de octubre de 1970).

En nuestra época se abre paso un nuevo orden humanitario internacional (el humanismo del Derecho internacional), que intenta trasladar el protagonismo (que los Estados monopolizaron en otras épocas) a la persona humana. Y ello significa una novedosa interpretación de la Carta de las Naciones Unidas, siendo decisiva la convicción de que el respeto de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (la protección de la persona en todas las circunstancias) guarda relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Así el Consejo de Seguridad justifica determinadas medidas de injerencia humanitaria, adoptadas en el ámbito del Capítulo VII de la Carta, autorizando incluso el uso limitado de la fuerza por motivos humanitarios.

Aparece así, al lado del concepto de paz estricto y meramente formal (la ausencia de guerra) que contemplaba la interpretación clásica del Capítulo VII de la Carta, la noción de paz estructural que tiene en cuenta los factores que están en el origen de los conflictos armados. La lucha profiláctica contra la guerra, en palabras de Jiménez de Aréchaga. La erradicación de las causas de los conflictos.

En este campo, como en ningún otro, se observa el desgaste de la soberanía de los Estados frente a los deberes humanitarios de alcance universal. Y se advierte una evidente aproximación entre el «*ius ad bellum*» (sistema institucionalizado de seguridad colectiva)

y el «ius in bello» o Derecho Internacional Humanitario. Se nos dirá que ningún Estado puede ser considerado como propietario de los sufrimientos que engendra o ampara, lo que no deja de ser el reconocimiento expreso de que debe prevalecer el principio de humanidad sobre el de no intervención en los asuntos internos de los Estados.

Naturalmente, la injerencia humanitaria (aún la autorizada por una norma habilitante del Consejo de Seguridad) no deja de ofrecer graves problemas, derivados del carácter político y no democrático del Consejo de Seguridad, de sus actuaciones asimétricas, de las dudas que suscita el abuso de determinadas acciones «humanitarias» o de la moral de doble estándar que convierte la intervención humanitaria en un instrumento de poder de los Estados más poderosos.

Pero estas dificultades, a las que habría que sumar las que presenta la más problemática intervención unilateral de los Estados con motivación humanitaria pero sin la autorización expresa del Consejo, no son obstáculos decisivos para la progresiva humanización del Derecho internacional. De esta forma podemos concluir que el Derecho Internacional Humanitario, además de hacer posible la asistencia humanitaria imparcial y neutral a las víctimas de los conflictos armados, cumple también una función importante como instrumento de paz entre los pueblos. Y ello durante y una vez finalizada la lucha armada. En este sentido, frente al papel tradicional del Derecho Internacional Humanitario durante los conflictos, se destaca hoy su función en el post-conflicto como instrumento de paz, particularmente en relación con el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y las llamadas «Comisiones de la verdad».

Este esfuerzo por la paz no es tampoco ajeno a la actuación del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyo primer principio fundamental es el de Humanidad, caracterizado por la prevención y alivio del sufrimiento humano en todas las circunstancias (protección de la vida y la salud y el respeto a la persona humana), pero también por el favorecimiento de la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos (Principios Fundamentales del Movimiento).

La Cruz Roja, en efecto, no considera la paz como la ausencia de la guerra sino como un proceso de cooperación entre las Naciones. Proceso dinámico que comprende actividades de la Institución, tales como acciones para paliar la violencia (aún en ausencia de guerra), cooperación entre los Estados y los pueblos, respeto por los Derechos Humanos y distribución equitativa de los recursos para atender a las necesidades de los pueblos.

«IUS AD BELLUM» Y «IUS IN BELLO». EL CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La evolución histórica de lo que hoy se denomina Derecho Internacional de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario merece un intento clarificador, con el fin de distinguir lo que pertenece al «ius ad bellum» y lo que corresponde al «ius

in bello». Podemos sintetizar la mencionada evolución histórica a través del examen de tres procesos diferentes, aunque no falten interrelaciones entre ellos e incluso aproximaciones a través de un renovado protagonismo de las normas emanadas de las Naciones Unidas.

EL CONTROL DE LA GUERRA («IUS AD BELLUM»)

El primer proceso histórico se concreta en la regulación internacional del uso de la fuerza por los Estados (control de la guerra), a través de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales (con las excepciones del Derecho inminente de legítima defensa o del sistema de seguridad colectiva establecido en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas), el desarme o control de armamentos y la represión de la guerra misma (como crimen contra la paz) o de los crímenes de guerra. En un proceso relativamente reciente que culmina en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, donde el tradicional «ius ad bellum» se convierte en un «ius contra bellum». Su máximo garante es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que puede acordar las medidas establecidas en el capítulo VII de la Carta en caso de amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales.

EL DERECHO A LA GUERRA

Por el contrario, el viejo Derecho a la Guerra o «ius in bello», que regula los medios o modos de conducción de las hostilidades y recibe la denominación de Derecho de la Haya, es tan antiguo como la propia guerra y a este origen consuetudinario se refieren los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 que constituyen –todavía– el núcleo de sus normas.

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En tercer lugar, el Derecho Internacional Humanitario o Derecho de Ginebra va dirigido a la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir, a la protección de los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y, por extensión, bienes culturales, bienes indispensables para la supervivencia de la población civil o medio ambiente natural. Nace con el Convenio de Ginebra de 1864 y, en la actualidad, se concreta en los cuatro convenios de Ginebra de 1949, en el Convenio de la Haya de 1954, sobre bienes culturales y en los dos Protocolos de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra. Suiza es el país depositario de los Convenios, en cuya aplicación destacan las organizaciones humanitarias como el Comité Internacional de la Cruz Roja.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

A partir de la Resolución 2.444 (1968) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respeto de los Derechos humanos en los conflictos armados, se produce una convergencia entre el Derecho de la Guerra (Regulación de los medios y modos de hostilizar) y el Derecho Internacional Humanitario (protección de las víctimas de los

conflictos armados), puesto que se cae en la cuenta que, para proteger con mayor eficacia a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y bienes culturales, es preciso limitar el uso de la fuerza estableciendo reglas sobre la conducción de las hostilidades. El mejor ejemplo de la aproximación entre estas dos partes del Derecho de los Conflictos Armados es la Sección I (Protección general contra los efectos de las hostilidades) del título IV (población civil) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

DEFINICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS O DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En consecuencia, podemos elaborar una definición del Derecho Internacional de los Conflictos Armados (D.I.C.A.) o Derecho Internacional Humanitario en sentido general, en la forma siguiente:

- Conjunto de Normas Jurídicas (Conjuntos internacionales y costumbre internacional)
- que regulan:
 - a. Los derechos y deberes de los que participan en un conflicto armado y los medios y modos de combatir. (Derecho de la Guerra o de la Haya).
 - b. La protección de las personas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y población civil) y de los bienes, víctimas de la acción hostil. (Derecho Internacional Humanitario o Derecho de Ginebra).
- limitado el uso de la fuerza.
- sin afectar al estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

En los orígenes de la humanidad se pueden encontrar normas que tratan de regular la conducta en la guerra, costumbres humanitarias y prácticas (derivadas de imperativos morales, religiosos, políticos, militares y hasta económicos) que exigen que se respete a quien no combate o no puede ya combatir y se le dé un trato humano. Estas normas nacen de la guerra misma (tratados entre jefes militares o prácticas seguidas por los hombres de armas a lo largo de la historia) y se convierten en reglas consuetudinarias que reglamentan la guerra. Son las «Leyes, usos y costumbres de la guerra».

Los usos reglamentaron algunas cuestiones de las hostilidades, el comportamiento de las fuerzas armadas en campaña, el respeto a las poblaciones civiles, los poderes del ocupante de territorio enemigo y –en contraste con la práctica anterior– adoptaron progresivamente los principios de necesidad (sólo está justificado hacer uso de la cantidad y clase de fuerza necesaria para derrota del enemigo), humanidad (la obtención del objeto

de la guerra es compatible con el respeto a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y población civil), lealtad y cierto respeto mutuo.

Mientras el recurso a la guerra era una prerrogativa de la soberanía nacional la justicia de las causas de la guerra no tenía relevancia jurídica, de forma que toda guerra era «justa». Sin embargo, la evolución de la Comunidad Internacional después de la Primera Guerra Mundial ha cambiado radicalmente este planteamiento. En efecto, la abolición de la guerra como instrumento de política nacional se establece en el Tratado de París de 27 de Agosto de 1928, llamado Pacto Brid-Kellogg. Posteriormente, el artículo 2, párrafos 3 y 4, de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe terminantemente el recurso a la guerra, extendiendo esta proscripción a todo acto de fuerza y a toda amenaza de emplear la guerra en las relaciones internacionales.

Como consecuencia de esta evolución, algunos autores sostuvieron la opinión de que estando prohibida la guerra, sería minar la confianza de la opinión pública sobre la eficacia de la Organización de Naciones Unidas, la aprobación de normas de aplicación en la guerra (Derecho de la guerra); y ello significó el escaso desarrollo de las reglas internacionales sobre el uso de la fuerza (Derecho de La Haya). Por el contrario, el Comité Internacional de la Cruz Roja fue más pragmático al promover el progreso del Derecho Internacional Humanitario (Derecho de Ginebra, sobre protección de las personas contra el abuso de las fuerzas en caso de conflicto armado), pues las guerras se producen a pesar de todo y hay situaciones en las que se admite recurrir a la fuerza, conforme a la Carta de las Naciones Unidas (legítima defensa, acción preventiva o represiva ordenada por el Consejo de Seguridad de la ONU o aplicación del principio el derecho de los pueblos a su libre determinación). En las guerras hay siempre personas que sufren y a ellas se aplica el Derecho de los conflictos armados –particularmente el Derecho Internacional Humanitario– con independencia de las causas del conflicto armado.

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Siguiendo a Eric David, en su estudio introductorio al Derecho Internacional Humanitario, podemos distinguir unos principios estructurales de unos principios sustanciales.

Los principios estructurales pueden, a su vez, subdividirse en unos principios externos e internos.

El primero de los principios estructurales externos se deriva de la convicción de que los conflictos armados son una materia regulada por el derecho. La guerra puede ser antijurídica pero no es «metajurídica», sino uno de los ámbitos de la regulación jurídica internacional y nacional. Se trata de una relación humana objeto de las normas del derecho.

El segundo principio constata que la regulación de los conflictos armados forma parte del Derecho Internacional, por lo que es de aplicación la teoría de sus fuentes nor-

mativas y se significa que se encuentra bajo el signo de la relatividad propio de esta rama del Derecho. Así, las normas convencionales (tratados o convenios internacionales) se basan en el consentimiento de los Estados y algunas de ellas no han alcanzado la deseable universalidad.

El tercer principio caracteriza al Derecho Internacional Humanitario como un derecho simple y complejo a la vez. Simple por la existencia de un mínimo de sentido moral compartido por todos y fácilmente explicable a la opinión pública. Pero también complejo por la variedad y extensión de sus textos convencionales (Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, Convenios de La Haya, Convenio sobre bienes culturales, Convención sobre armas convencionales y sus Protocolos, Convenciones sobre otras armas, Estatuto de la Corte Penal Internacional y otras normas), a lo que hay que añadir las normas de derecho consuetudinario y de derecho interno.

Los principios estructurales internos, siempre siguiendo a Eric David, se podrían enunciar de esta manera:

- 1º. Igualdad entre los beligerantes, de forma que cuando comienza la lucha armada son indiferentes las causas del conflicto y su legitimidad (o ilegitimidad) para la protección de las víctimas de la guerra y de las obligaciones de los combatientes.
- 2º. El Derecho Internacional Humanitario es un derecho de geometría variable. Esto quiere decir que la aplicación de determinadas normas de este derecho dependerá de la intensidad o naturaleza del conflicto armado, de que se trate de un conflicto armado internacional o interno y, dentro de éstos, de un conflicto armado interno generalizado (Protocolo II Adicional) o no (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra). Por otra parte es también difícil la misma distinción entre los conflictos armados y las graves tensiones y disturbios interiores que no alcanzan la entidad de los conflictos internos.
- 3º. El Derecho Internacional Humanitario es un derecho de destinatarios múltiples. Así, los Estados, en primer lugar como sujetos principales del derecho internacional, pero también las organizaciones internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales, los movimientos de liberación nacional, las colectividades infra-estatales e incluso las personas físicas.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

ANTES DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL

En la segunda mitad de Siglo XIX comienza la codificación internacional de las normas –hasta ahora internas o consuetudinarias (usos o costumbres)– de la guerra. La primera norma verdaderamente internacional es la Declaración de París de 1856 sobre la

Guerra Marítima (prohibición del corso, relación buque-mercancía y bloqueo). En 1862 publica el ginebrino Henry DUNANT su «Recuerdo de Solferino», relatando los horrores vividos en el campo de Solferino (Lombardia, 1859) y nació el «Comité de los Cinco» origen del Comité Internacional de la Cruz Roja. La primera consecuencia fue la convocatoria por el Gobierno suizo de la Conferencia Diplomática de 1864, que concluyó con la firma del Convenio de Ginebra del 22 de Agosto de 1864, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña. A partir de ahí, nace la Cruz Roja, cuya labor es decisiva para el desarrollo del llamado Derecho Internacional Humanitario.

Muy pronto, en 1868, se aprueba la Declaración de San Petersburgo a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra.

A finales del siglo XIX se celebran en LA HAYA las conferencias de la Paz de 1899 y 1907, que constituyen el más notable intento codificador del Derecho de la Guerra.

La segunda conferencia (1907) revisó y amplió la primera, aprobando catorce Convenios con el siguiente contenido:

- Convenio I. Arreglo pacífico de los conflictos internacionales.
- Convenio II. Limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas.
- Convenio III. Ruptura de hostilidades.
- Convenio IV. Leyes y costumbres de la guerra terrestre que tiene como anejo el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. España no lo ratificó, por lo que está vigente el Convenio sobre esta materia aprobado por la Conferencia de la Paz de 1899 ratificado por nuestro país, con su Reglamento anexo.
- Convenio V. Derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre.
- Convenio VI. Régimen de los buques mercantes al empezar las hostilidades.
- Convenio VII. Transformación de buques mercantes en buques de guerra.
- Convenio VII. Colocación de minas submarinas automáticas de contacto.
- Convenio IX. Bombardeo de fuerzas navales en tiempo de guerra.
- Convenio X. Ampliación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra. Este Convenio se inspira ya en el Convenio de Ginebra de 1906. Mucho más desarrollado que el primitivo 1864.
- Convenio XI. Restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima.
- Convenio XII. Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas.
- Convenio XIII. Derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima. Este convenio no fue ratificado por España que, sin embargo, lo asumió como derecho interno de modo provisional durante la Primera Guerra Mundial por Real Decreto de 24 de Noviembre de 1914.

- Convenio XIV. Declaración acerca de la prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde globos.

Mientras tanto, continuaba el desarrollo del Derecho de Ginebra o Derecho Internacional Humanitario con el nuevo Convenio de Ginebra de 1906 para aliviar la suerte corrida por los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

EL PERIODO ENTRE GUERRAS

Desde el campo del control de la guerra, hay que citar el Tratado de Versalles de 1919, que condenó las guerras de agresión, asimismo prohibidas por el Pacto de la Sociedad de Naciones de 1920 y, finalmente, el Pacto Briand-Kellogg de 1928, de renuncia a la guerra como instrumento de política internacional.

Volviendo a la reglamentación de la conducción de la guerra, hay que citar el Protocolo de Ginebra de 17 de Junio de 1925 sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos. Sin embargo, fracasan las Reglas sobre la Guerra Aérea (La Haya, 1922-1923).

Antes de la Segunda Guerra Mundial destacan, dentro del Derecho Humanitario, los Convenios de Ginebra de 27 de Julio de 1929, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el relativo al trato de los prisioneros de guerra.

La Guerra Marítima fue regulada, además de por los Convenios VI, VII, VIII, X, XI y XIII de La Haya de 1907, por el Tratado de Montreux de 1936. Normas convencionales o doctrinales sobre el Derecho de la guerra marítima son el Código Stockton de 1900 de la Declaración Naval de Londres de 1909 relativa a las leyes de la Guerra Naval, el Manual de Oxford de 1913, el Tratado de Whashington de 1922 (referente a los submarinos) y la Convención de la Habana de 1928 sobre la neutralidad marítima.

DESPUÉS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

La Segunda Guerra Mundial significó la quiebra del tradicional Derecho de la Guerra, ya que a parte del Derecho Internacional Humanitario y alguna otra regulación de menor importancia, lo único que ha preocupado es la represión de la guerra misma. Así ya la Carta de Londres de 1945 incriminó la guerra, la Carta de las Naciones Unidas –como hemos visto– prohibió la guerra e incluso la amenaza y el uso de la fuerza, salvo los casos de legítima defensa; habiéndose llegado en 1974, por el Comité Especial de las Naciones Unidas, a una definición y codificación de lo que debe entenderse por «agresión». Al mismo tiempo, comienza la persecución, ya ensayada sin éxito por el artículo 227 del Tratado de Versalles de 1919, de los crímenes contra la paz, contra la humanidad y crímenes de guerra por los Tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, y también por los otros tribunales nacionales. Particularmente debe ser citada la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 260 A (III) del 9 de Diciembre de 1948.

La característica más importante del periodo que siguió a la Segunda Guerra Mundial, en cuanto a la regulación del Derecho de los conflictos Armados, fue el gran desarrollo alcanzado por el Derecho Internacional Humanitario, llamado también «Derecho de Ginebra» o Derecho Humanitario Bélico. En efecto el 12 de Agosto de 1949 se firmaron en Ginebra los cuatro Convenios básicos del moderno Derecho Humanitario:

- I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- II Convenio Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección de la vida de las personas civiles en tiempo de guerra.

Todos estos Convenios han sido ratificados por España y por la inmensa mayoría de los Estados que integran la Comunidad Internacional, hasta el punto de que son Parte 189 Estados y solo 2 no los han ratificado (año 2002).

La evolución posterior de la regulación jurídica de los conflictos armados o Derecho de la Guerra hizo desaparecer la frontera, siempre artificial, entre el «Derecho de La Haya» (reglas interestatales sobre el uso de la fuerza o conducta de la guerra) y el «Derecho de Ginebra» (protección de las personas afectadas por los males de los conflictos armados o abuso de la fuerza), una vez superada la etapa en que se detuvo la obra iniciada en La Haya. Inspirándose en la idea de que sería abuso reglamentar la guerra que se trataba de proscribir totalmente.

Muy pronto se acordó en La Haya la Convención del 14 de Mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que algunos autores consideran que forma parte, por extensión, del Derecho Internacional Humanitario (protección de los bienes que no tiene directa relación con las operaciones militares). Ha sido ratificada por 101 Estados. La Convención ha sido desarrollada por dos Protocolos (el último de 1999, establece la llamada «protección reforzada») y por un Reglamento.

LA ÉPOCA ACTUAL

Como culminación de este proceso de afirmación del Derecho Humanitario y fruto de la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra desde 1974 a 1977, se aprobaron dos Protocolos Adicionales a los de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. El Protocolo I relativo a la protección de la víctimas de los conflictos armados internacionales y el II aplicable a los conflictos armados sin carácter Internacional. Ambos tienen fecha del 8 de Junio de 1977 y han sido ratificados por España. Los Protocolos, verdadera norma internacional para los Estados partes (a pesar de su modesta denominación), no pretenden sustituir ni modificar, sino ampliar y complementar los básicos convenios de Ginebra de 1949. El Protocolo I ha sido ratificado por 159 Estados y el Protocolo II por

151. Han aceptado la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta 60 Estados (Datos de 2002).

La existencia real de guerras o conflictos armados, pese a su prohibición formal, impulsó la continua adaptación de la regulación jurídica de la guerra a las armas, convencionales o no, utilizadas por las partes adversas. En cuanto a las armas no convencionales hay que destacar el Convenio de 10 de Abril de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, ratificado por 144 Estados.

Los criterios humanitarios tradicionales –prohibición de utilizar medios de guerra que causen «males superfluos» o «sufrimientos innecesarios» o «no discriminación»– han dejado paso al nuevo principio: el criterio ecológico. Así, se aprobó el Convenio del 10 de Octubre de 1976, sobre la prohibición de utilizar las técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (resolución 31/72 de la Asamblea general de las Naciones Unidas de 10 de Diciembre de 1976).

La labor de las Naciones Unidas en la regulación de los conflictos armados se extendió también a las armas convencionales. Así, la conferencia de las Naciones Unidas sobre las prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales, que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, aprobó en Ginebra el 10 de Octubre de 1980 los siguientes instrumentos: Convenio sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o efectos indiscriminados (ratificado por 88 Estados). Protocolo sobre fragmentos no localizables (Protocolo I, ratificado por 87 Estados), Protocolo sobre prohibiciones o restricciones sobre el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II, ratificado por 79 Estados) y Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III, ratificado por 83 Estados). Además, en su periodo de sesiones de 1979, la Conferencia aprobó la resolución sobre los sistemas de armas de pequeño calibre. En Viena (1995) se aprobó un Protocolo IV que prohíbe emplear como método de guerra las armas láser que causan ceguera (ratificado por 60 Estados). Y en Ginebra el 3 de Mayo de 1996 se modificó el Protocolo II por lo que se refiere al empleo de las minas antipersonal, ratificado por 63 Estados.

En París el 13 de Enero de 1993 se aprobó la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y/u sobre destrucción (firmada por 160 Estados y ratificado por 145, entre ellos España). Y, finalmente, en 1997 se abrió a la firma y ratificación de los Estados el Tratado de Ottawa sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción, ratificado por 122 Estados.

Pese a esta preocupación de las Naciones Unidas, no puede decirse que sea satisfactorio el estado actual de la regulación jurídica de los conflictos armados pues, con excepción del Derecho Internacional Humanitario, puede calificarse de caótico y ausente de la necesaria codificación, precisando de una revisión de sus textos fundamentales (Convenios de La Haya de 1889 y 1907), Derecho de la guerra marítima y falta de regulación de

materias tan importantes como la guerra aérea, algunas armas convencionales (armas de pequeño calibre, de fragmentación y de efecto expansivo) o no convencionales, como las radiológicas (desechos radiactivos) o el arma nuclear.

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

CLASES DE FUENTES

No cabe duda que el Derecho de los conflictos armados ha tenido un dilatado origen consuetudinario, es decir, nació de la aceptación por los Estados de lo que, aún hoy, llamamos los «usos y costumbres de la guerra». Estos usos, a través de la costumbre y de los Tratados, llegaron a ser reglas jurídicas. Los autores suelen identificar las fuentes del Derecho de los conflictos armados con el sistema de fuentes del Derecho Internacional. Sin embargo, es preciso establecer que al lado de las fuentes convencionales del Derecho de la Guerra, existen fuentes de origen interno de valor no despreciable.

De manera que las fuentes del Derecho de los Conflictos Armados son:

I. Normas internacionales.

Derivadas del consentimiento directo de los Estados, bien de forma expresa o escrita como los TRATADOS, o de forma tácita y normalmente no escrita como la COSTUMBRE INTERNACIONAL. Los PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO también se derivan del consentimiento de los Estados, aún cuando hay que deducir su formulación del conjunto de normas generalmente aceptadas por la Comunidad internacional.

II. Normas de derecho interno de los Estados.

Particularmente aquéllas que establecen las «reglas de conducta» de sus fuerzas en los conflictos armados y las que castigan los crímenes de guerra.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Son la primera y más importante fuente del Derecho de los conflictos armados. En los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales se manifiesta de modo expreso y escrito el consentimiento de los Estados como creadores de normas jurídicas internacionales. Sin negar la importancia de los llamados tratados bilaterales o multilaterales no normativos (particularmente aquellos que ponen fin a la guerra, como el Tratado de paz), en la regulación jurídica de los conflictos armados tienen la mayor importancia los denominados tratados multilaterales normativos, para los que se reserva el nombre de CONVENIO O CONVENCIONES.

Hay que tener en cuenta que los llamados PROTOCOLOS, pese a su denominación más modesta derivada de su carácter complementario de un Convenio, tienen la misma eficacia y valor que un Tratado Internacional.

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Se ha dicho que los usos y costumbres de la guerra son la fuente originaria del Derecho de la Guerra y muchas de sus normas continúan en vigor. Suele citarse el Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1970, en el sentido de que la idea que preside estas Convenciones es la de revisar las «leyes» y «costumbres» de la guerra y, en defecto de regulación convencional, tanto la población civil como los beligerantes están protegidos por los principios del Derecho de las naciones «tal como resulta de los usos establecidos entre los pueblos civilizados».

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Fuente supletoria de la máxima importancia para el Derecho de los conflictos armados son los principios generales del derecho de gentes reconocidos por la Comunidad Internacional.

Existe un explícito reconocimiento de los principios generales de derecho en «los principios y normas generalmente reconocidos de derecho internacional aplicables en los conflictos armados» (artículo 2, apartado b) del Protocolo I de 1977) y en los «principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública» (artículo 1, número 2 del mismo Protocolo Y).

LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS COMO FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Ya hemos dicho que el sistema de fuentes del Derecho Internacional no agota en la actualidad –ni tampoco ha sido así históricamente– la regulación jurídica de los conflictos armados. Y ello, tanto en las normas positivas que establecen las «reglas de conducta», en los conflictos armados, como en las disposiciones penales –comunes o militares– que castigan las infracciones de las leyes y usos de la guerra. Entre las primeras existen algunas que pueden alcanzar el máximo rango constitucional (República Federal de Alemania, Dinamarca, Países Bajos) siendo habitual que estas normas de conducta se establezcan en las Ordenanzas, Reglamentos de disciplina o Manuales de Leyes y costumbres de la Guerra de las Fuerzas Armadas de los diferentes países. Así, son ejemplos Francia (Reglamento General de Disciplina de las Fuerzas Armadas), Suiza (Manual de las Leyes y costumbres de la guerra), Estados Unidos de América (Manual «The Law of Land Warfare»), Marruecos (Reglamento de Disciplina general de las FAR) y España (Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, Ordenanzas particulares de cada Ejército, Reglamento de Campaña de 4 de Enero de 1982 y con valor exclusivamente interno e informativo, las «Orientaciones, Derecho de los Conflictos Armados» del Ejército de Tierra).

En el campo puramente penal no es aventurado decir que los delitos contra las leyes y costumbres de la guerra constituyen el contenido tradicional de los Códigos de Justicia Militar, Leyes Penales Militares o capítulos especiales de los Códigos Penales Ordinarios, al lado de otras infracciones militares o comunes. No falta tampoco en el

Código Penal español de 1995 los delitos donde se tipifican las infracciones del Derecho de los Conflictos Armados (Delitos contra personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado, Arts. 608 a 616), ni en el Código Penal Militar un Título dedicado a los delitos contra las Leyes y usos de la guerra (artículos 69 a 78).

LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Concretándonos a la primera fuente –los Tratados Internacionales– la doctrina distingue cuatro fases en su elaboración: a) Negociación, b) Adopción del texto, c) Autenticación del mismo, y d) Manifestación del consentimiento; a las que podíamos añadir una fase más, e) Entrada en vigor e incorporación al ordenamiento interno de los Estados.

En la primera fase, se suele iniciar la negociación mediante la convocatoria de una Conferencia Diplomática por un Estado interesado, por la Organización de las Naciones Unidas u otra Organización internacional.

Los artículos 13, número 1 y 62, número 3 de la Carta de las Naciones Unidas confieren a esta Organización las atribuciones precisas para promover esta actividad normativa convencional, contando con la iniciativa de los Estados u otras Organizaciones Internacionales (Cruz Roja Internacional, fundamentalmente), convocando Conferencias Diplomáticas, preparando los textos de los tratados o incluso aprobando dichos textos normativos. Pero quizás el documento más revelador de esta actividad de las Organizaciones internacionales es la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respeto de los Derechos Humanos en los conflictos armados (2.444/XXXIII) del 19 de Diciembre de 1968. En este texto, la Asamblea General afirma una serie de principios que deben ser observados por todas las autoridades responsables de las operaciones en los conflictos armados (actividad normativa) e invita al Secretario General para que, consultado el Comité Internacional de la Cruz Roja y otras Organizaciones Internacionales adecuadas, estudie «la necesidad de nuevas convenciones humanitarias internacionales, o de otros instrumentos jurídicos apropiados para asegurar la protección mejor de los civiles, prisioneros y combatientes en todo conflicto armado y la prohibición y limitación de empleo de ciertos métodos y medios de guerra» (estímulo de la actividad normativa convencional).

En esta labor de iniciativa no se puede silenciar el papel del Movimiento internacional de Cruz Roja y de la Media Luna Roja desde sus orígenes y en relación con el llamado Derecho Internacional Humanitario o Derecho de Ginebra.

A iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja, que suele reunir previamente una Conferencia de expertos gubernamentales, el gobierno suizo convoca y organiza la correspondiente Conferencia Diplomática para el «perfeccionamiento y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados», en calidad de depositario de los Convenios de Ginebra y conforme a una tradición centenaria. Debemos resaltar que el depositario –Gobierno suizo– y el Comité Internacional de la Cruz Roja intervienen en el procedimiento de elaboración y desarrollo de los Convenios de Ginebra como está expresamente establecido en los Convenios del 12 de Agosto de 1949 y en los

Protocolos Adicionales del 8 de Junio de 1977 (artículo 92 y siguientes). No podemos olvidar que una de las misiones principales del Comité Internacional de la Cruz Roja es «trabajar para el perfeccionamiento del Derecho Internacional Humanitario, y para la mejor comprensión y difusión de los Convenios de Ginebra y preparar eventuales desarrollos de éstos (artículo 4, apartado g) de los Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja de 21 de Junio de 1973.

En el Derecho español, la correspondencia para la negociación de los tratados pertenece al Ministerio de Asuntos Exteriores, Departamento a quien compete promover, proyectar, dirigir y ejecutar dentro de las directrices determinadas por el Gobierno, la política exterior del Estado y concretar sus relaciones con otros Estados y Entidades internacionales.

Finalizada la negociación de un tratado se entra en la fase de adopción del texto, bien por acuerdo unánime de los Estados participantes en su negociación, bien –en el caso de Conferencia Internacional debidamente convocada– por votación mayoritaria de dos tercios al menos de los Estados presentes y votaciones (artículo 9 del convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de Tratados).

La fase siguiente es la firma o autenticación del texto que ha de hacerse en una de las siguientes formas: a) la establecida en el mismo Tratado. b) la convenida por los Estados participantes. c) la firma «ad referéndum» o la rúbrica de los representantes de los Estados (artículo 10 del Convenio de Viena de 1969). En España, es competencia del Consejo de Ministros autorizar la firma de los tratados o Convenios Internacionales. El Ministro de Asuntos Exteriores podrá, en casos muy especiales, firmar «ad referéndum» un tratado o autorizar la firma al representante del Estado en estas condiciones, solicitando inmediatamente la aprobación por el Consejo de Ministros. Hay que destacar que la firma de un Convenio internacional no supone la prestación definitiva del consentimiento del Estado, a excepción de acuerdos de poca importancia no contenidos en la relación del artículo 94 de la Constitución española.

La etapa final y decisiva del procedimiento de elaboración de una norma convencional es la manifestación del consentimiento del Estado, momento en que comienza a obligarse como parte contratante en tal acuerdo. La forma más solemne y habitual de manifestar este consentimiento es la «ratificación», pero el Convenio de Viena sobre Derecho de tratado (artículo 11) admite también la firma, el canje de instrumentos que integran el tratado, la aceptación, la aprobación, la adhesión o cualquier otra forma convenida.

En España, corresponde al Rey manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 63 de la Constitución). La forma puede ser cualquiera de las previstas en el Convenio de Viena: la ratificación, firma, canje de instrumentos, aceptación o cualquier otra forma convenida.

Ahora bien, el Rey antes de manifestar el consentimiento del Estado precisa la autorización de las Cortes que adopta las formas siguientes:

- a) Se instrumenta como Ley Orgánica la autorización para la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencia derivadas de la Constitución.
- b) Es suficiente con la previa autorización de Las Cortes para los tratados de paz (artículo 63.3 de la Constitución) y para los convenios importantes por su contenido (de carácter político o militar que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales, que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública o que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución) relacionados en el artículo 94.1 de la Constitución.

En los restantes Tratados la intervención de Las Cortes consiste en recibir información oficial inmediata y posterior a su celebración. En estos casos, es necesario únicamente el refrendo del Presidente del Gobierno, y en su caso, del Ministro de Asuntos Exteriores (artículo 64 de la Constitución).

Cumplidos los trámites, parlamentarios o no, el instrumento de ratificación o adhesión al tratado o convenio internacional llevará la firma del Rey con el refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores.

Hay que tener en cuenta, finalmente, que los Tratados internacionales válidamente celebrados sólo formarán parte del ordenamiento interno «una vez publicados oficialmente en España» (artículo 96 de la Constitución). Sin embargo, la publicación no condiciona la validez y eficacia del tratado, ni siquiera su entrada en vigor u obligatoriedad para el Estado español, sino su aplicabilidad como fuente directa del derecho interno español.

EL SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, COMO INSTRUMENTO DE PAZ

PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Ante las frecuentes violaciones de las normas protectoras de las víctimas de los conflictos armados cabe preguntarse sobre la eficacia de los mecanismos jurídicos previstos para su aplicación. Siguiendo, fundamentalmente, a Veuthey diremos que existen los siguientes mecanismos para salvaguardar los derechos de las víctimas:

- 1º. La responsabilidad primera y colectiva de los Estados partes en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. En efecto, las Altas Partes contratantes se comprometen no sólo a respetarlos, sino a hacerlos respetar en cualquier circunstancia (art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I de 1977). Asumen así, los Estados, la responsabilidad colectiva de procurar que las normas sean respetadas por los otros estados partes en un conflicto armado.

- 2º. La institución de la Potencia Protectora. Se trata de un Estado neutral que, designado por un Estado que participa en un conflicto armado y aceptado por la parte adversa, está dispuesto a salvaguardar los derechos de las víctimas del conflicto, particularmente de los prisioneros de guerra y de los internados civiles del Estado que representa.
- 3º. La labor del Comité Internacional de la Cruz Roja. El papel del CICR es el de servir de intermediario neutral entre las partes en un conflicto para llevar protección a las víctimas, según Veuthey, a través de las siguientes actuaciones:
- a) visitar a los prisioneros de guerra, detenidos e internados civiles.
 - b) socorro a la población civil de los territorios ocupados.
 - c) buscar a las personas desaparecidas y transmitir mensajes a familiares de los prisioneros de guerra.
 - d) facilitar, a través de sus buenos oficios, el establecimiento de zonas y localidades sanitarias y de seguridad.
 - e) recibir pedidos de ayuda de parte de personas protegidas.
 - f) ejercer el llamado «derecho de iniciativa», consistente en proponer a las partes en conflicto que el CICR realice otras funciones humanitarias en conflictos armados internos, sin que se considere esta propuesta injerencia en los asuntos internos.
 - g) funcionar en calidad de sustituto de la Potencia Protectora.
- 4º. La intervención de la Organización de las Naciones Unidas. No es, desde luego, desdeñable el papel de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el desarrollo del Derecho de los conflictos armados (resolución 2.444/1968), del Consejo de Seguridad en la prevención y humanización de la guerra e injerencia humanitaria, así como la del Secretario General ante las partes en conflictos para recordarles la necesidad de observar las normas del Derecho de los Conflictos Armados.
- Conforme al artículo 89 del Protocolo Adicional I, en los casos de violaciones graves de las normas de Derecho Internacional Humanitario, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas y conforme a la Carta.
- 5º. El procedimiento de «encuesta». El artículo 90 del citado Protocolo Adicional I introdujo el establecimiento facultativo de la Comisión Internacional de Encuesta, que se ha constituido una vez que más de veinte Estados han aceptado expresamente su actuación, consistente en la investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave, tal como se define en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I.
- Sistema dotado de cierta eficacia para hacer cesar las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, pero todavía muy alejado de un deseable Tribunal Internacional. La competencia de la comisión Internacional de Encuesta fue aceptada por España al ratificar en 1989 los Protocolos Adicionales de 1977.

- 6°. La represión interna de los crímenes de guerra. No faltan autores, como Bassiouni, que consideran que el instrumento más eficaz para garantizar el cumplimiento del Derecho de Guerra es la obligación de los Estados partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, de incriminar las infracciones graves previstas en los mismos, determinando las adecuadas sanciones penales en los Códigos comunes o militares aplicables. Responde al cumplimiento de esta obligación la tipificación contenida en los artículos 69 a 78 del Código Penal Militar de 1985 (delitos contra las leyes y usos de la guerra) y en los artículos 608 a 616 del Código Penal de 1995 (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado).
- 7°. El sistema de reparaciones. El éxito o fracaso del enjuiciamiento (por Tribunales internacionales o nacionales) de los individuos culpables de crímenes de guerra es independiente de la responsabilidad del Estado infractor que debe compensar el daño causado en forma de «reparaciones». La Parte en conflicto que violara las disposiciones convencionales del derecho de la Guerra y derecho Internacional humanitario, estará obligada a indemnizar y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus Fuerzas Armadas.

ANTES Y AL FINALIZAR LOS CONFLICTOS ARMADOS

a. La difusión del Derecho Internacional de los conflictos armados

Afirma Nahlik que en el actual estado del Derecho de los conflictos armados ya no faltan reglas, sino más bien la voluntad de observarlas. Desde mi punto de vista, el grado actual de cumplimiento del Derecho de los conflictos armados guarda relación con tres cuestiones fundamentales:

- a) la actualización y «codificación» de las normas del Derecho de los conflictos armados.
- b) la difusión de estas normas, particularmente entre los llamados a aplicarlas.
- c) la constitución de un auténtico Tribunal con Jurisdicción Penal Internacional, competente para juzgar las infracciones graves o crímenes de guerra.

Hay que destacar la importancia de una labor adecuada de difusión, pues se ha demostrado que muchas infracciones tienen su origen en la ignorancia de las normas del Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados, tanto de Derecho Internacional Humanitario como de Derecho de Guerra. El artículo 83 del Protocolo Adicional I de 1977 establece el compromiso de los Estados para difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, los convenios (de Ginebra de 1949) y el presente Protocolo, especialmente incorporado su estudio en los programas de instrucción militar y fomentado su estudio por parte de la población civil. Esta es la labor que realiza, desde su creación, el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

b. El enjuiciamiento de los crímenes de guerra

El Derecho Penal Internacional, como sistema normativo, nace –preciso es reconocerlo– con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» que, paradójicamente, no eran castigados por la inadecuación «de facto» del Derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos.

Por ello, han existido grandes dificultades para la creación de un tribunal con Jurisdicción Penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra o infracciones graves de los Convenios y Protocolos. Algo más que la mencionada Comisión Internacional de Encuesta. La creación de un Tribunal Penal Internacional «ad hoc», para juzgar a los responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, fue el comienzo de la institucionalización de un sistema de enjuiciamiento de las infracciones graves, más allá de los actuales Tribunales nacionales a los que puede reprocharse la falta de eficacia o parcialidad. Posteriormente se ha constituido otro Tribunal Penal Internacional para Ruanda, también creado «ad hoc» por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Sin embargo, el paso decisivo se dio en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998 que aprobó, por una cualificada mayoría (120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones), el Estatuto de la Corte Penal Internacional con competencia para enjuiciar (entre otros delitos) los crímenes de guerra.

Como en tantos otros aspectos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional también significó un paso de gigante en la configuración del fundamento del «*ius puniendi*» que, ahora, en buena parte los Estados confían a un Tribunal supranacional.

Ahora bien, si el propósito de la constitución de la Corte, confesado en su preámbulo, es sencillo (poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes: la prevención general), el instrumento elaborado (Estatuto de la Corte) es de una gran complejidad. Y ello, por el carácter complementario de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1 del Estatuto), que se complementa en el preámbulo con la proclamación de un principio fundamental: «...es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales». Esto explica, entre otros, preceptos tales como los artículos 10, 17, 21 y 80 del Estatuto.

Examinando los fines de la pena en el sistema de justicia penal internacional que consolida el Estatuto de Roma, podemos afirmar que el fin de la retribución figura claramente expresado en el preámbulo del Estatuto («...poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes»), que proclama también el fin de prevención general (...contribuir así a la prevención de nuevos crímenes»), sin que sea tampoco ajena a los propósitos de los creadores de la Corte la idea de prevención especial, que centra el efecto de la pena en la persona que ha cometido un crimen para que no vuelva a delinquir.

De forma que la prevención general, precisamente la negativa, es uno de los fines perseguidos por la creación de la Corte, mediante el efecto intimidatorio del enjuiciamiento («...para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia»), de la pena y de su ejecución. Aunque objeto de crítica por la moderna doctrina, resulta particularmente atractivo en el momento actual de la justicia penal internacional el concepto de la prevención general positiva o de integración, como mecanismo conformador de la conciencia jurídica colectiva, contribuyendo a la socialización del individuo mediante las funciones explicativa, legitimadora y limitadora de la pena.

Y, en este sentido, el enjuiciamiento de los crímenes de guerra como parte del sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario significa una decisiva contribución al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

c. El Derecho Internacional Humanitario en el post-conflicto

Es relativamente reciente el interés doctrinal por el papel que juega el Derecho Internacional Humanitario en las situaciones posteriores a un conflicto armado, pues estas normas jurídicas apenas se aplicaban en tales escenarios, fundamentalmente por la inexistencia de un sistema de justicia penal internacional y por la inactividad de los Tribunales nacionales en el enjuiciamiento de los crímenes de guerra.

Para Colm Campbell, tres factores han contribuido al actual desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en el post-conflicto. El primero consiste en el proceso de convergencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. El segundo factor se deriva, a su vez, de dos acontecimientos: La construcción de procesos de paz en determinados conflictos estancados en el tiempo (tratando de reconciliar a las partes enfrentadas) y el desarrollo de procesos de transición política (de regímenes militares a civiles en Iberoamérica o a sistemas distintos de los extinguidos Estados comunistas en la Europa del Este). Así ha nacido la denominada «justicia transicional», que sirve de paraguas a esta delicada tarea consistente en pasar (de modo pacífico) de un sistema político a otro. El tercer factor está integrado por los esfuerzos de la comunidad internacional para constituir Tribunales Penales Internacionales para enjuiciar los crímenes de guerra, como los Tribunales Penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda o la Corte Penal Internacional.

Todos estos factores resaltan el protagonismo de las normas humanitarias, que parecían «dormidas» en el escenario del post-conflicto y ahora son tenidas en cuenta en el difícil debate conocido como «Paz frente a responsabilidad». En efecto, la necesidad de buscar y «hacer la paz» como exigencia de la *realpolitik* debe ser compatible con la exigencia de responsabilidad por graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos.

En este sentido, las normas humanitarias pueden contribuir a la estabilidad de la situación del post-conflicto y al proceso de reconciliación a través de instrumentos como los juicios penales por crímenes de guerra y la constitución de «Comisiones de la verdad». Asimismo sirven para la concesión de reparaciones a las víctimas o contribuyen a la

creación de un ambiente de respeto al derecho y actuaciones responsables en el entorno posterior al conflicto, mediante la difusión de los principios del Derecho Internacional Humanitario.

Es muy destacable la utilidad de los juicios penales como medio de establecer la verdad de hechos controvertidos por las partes, tanto en los procesos que se sustancian ante Tribunales penales nacionales como en aquéllos que son decididos por Cortes criminales internacionales. Otra de las consecuencias positivas del enjuiciamiento de los crímenes de guerra es el efecto de la disuasión o prevención general y especial, que favorece un clima de conformidad con los principios humanitarios fundamentales y propicia la paz. Naturalmente los efectos preventivos de las condenas sólo se pueden comprobar a largo plazo, pero son la mejor garantía para que no vuelvan a cometerse aquellas violaciones graves.

Por otra parte, la utilización de las normas del Derecho Internacional Humanitario en la exigencia de responsabilidades penales puede servir para dar satisfacción a las víctimas del conflicto. Sin embargo, paradójicamente esta persecución judicial puede conseguir los efectos contrarios y ser profundamente contraproducente (a pesar de tratarse de una justa lucha contra la impunidad), provocar una reacción extrema que comprometa la transición a un régimen democrático y conducir a un mayor número de violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. No obstante, si la justicia obra con la imparcialidad e independencia exigibles, la aplicación de las normas humanitarias puede ser la clave de la clarificación de la verdad, la afirmación del derecho, la reparación de las víctimas, la prevención de futuros crímenes, la consecución de una reconciliación general y la construcción de una paz duradera.

También las «Comisiones de la verdad», constituidas al finalizar los conflictos, pueden proporcionar a las víctimas y a sus familiares una plataforma adecuada para reparar los daños causados y evitar nuevos abusos. Asimismo, aquí el Derecho Internacional Humanitario es una importante referencia para regular la conducta tanto de las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad gubernamentales como de la parte adversa (contraria al Gobierno), en un conflicto armado no internacional. Ello significa que los grupos armados y organizados no gubernamentales han ajustado o pueden acomodar su actuación al respeto de las normas humanitarias.

En resumen, concluimos poniendo de manifiesto el relevante papel del Derecho Internacional Humanitario a través del proceso judicial penal o las «Comisiones de la verdad», como vías más apropiadas para la exigencia de responsabilidades individuales, fines preventivos de la pena, difusión de los principios humanitarios, clarificación de la verdad y contribución a la reconciliación en el entorno del post-conflicto. Conviene destacar que las normas de Derecho Internacional Humanitario ofrecen ventajas adicionales sobre las propias del Derecho de los Derechos Humanos, particularmente en relación con la actuación de los actores no gubernamentales en un conflicto armado. Y, como afirma C. Campbell, el Derecho Internacional Humanitario puede también jugar un papel mucho más significativo en el entorno del post-conflicto que algunas de las más simplistas

formulaciones de la dicotomía «Paz frente a responsabilidad» (*peace versus accountability*) podrían sugerir.

d. Conclusión

En todo caso, la mera existencia de las normas propias del Derecho Internacional de los conflictos armados y la posibilidad de enjuiciamiento de los responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (crímenes de guerra) constituyen un positivo avance para un aceptable cumplimiento de este sistema normativo, por su propia racionalidad (muchas veces coincidente con el interés militar), aceptación universal por los Estados, temor a las represalias, impacto en la opinión pública mundial (cada vez más sensibilizada ante las violaciones del Derecho Internacional de los conflictos armados) y consenso de la comunidad internacional (organización de las Naciones Unidas, Estados y Organizaciones no gubernamentales) sobre la necesidad de respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario como instrumento de paz para la supervivencia de la humanidad.