

EL TIEMPO DE LOS DERECHOS - HISTORIA DE LOS DERECHOS, SIGLO XX: EL DERECHO DE LA GUERRA EN EL SIGLO XX*

TIME OF RIGHTS - HISTORY OF RIGHTS, TWENTIETH CENTURY: THE LAW OF WAR IN THE TWENTIETH CENTURY

*JOANA ABRISKETA URIARTE***

1. INTRODUCCIÓN: NUEVAS FORMAS DE GUERRA, NUEVAS CUESTIONES.

La guerra, tan antigua como la existencia del ser humano, se transformó durante el siglo XX. La revolución industrial y los avances tecnológicos mostraron durante las dos guerras mundiales una mutación radical de los medios utilizados para ejercer la violencia. A los combates terrestres se sumaron los enfrentamientos aéreos y navales. Posteriormente, los procesos de descolonización en África, las guerras en Oriente Próximo y los movimientos revolucionarios en América latina propagaron la guerra de guerrillas y pusieron de manifiesto la asimetría entre las fuerzas confrontadas, desequilibrio que obligó a desarrollar nuevas estrategias para contrarrestar las diferencias

* Este trabajo ha sido realizado dentro del proyecto “Historia de los derechos. Siglo XX”, financiado por el Banco de Santander y en el marco del Proyecto Consolidar-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007).

** Doctora en Derecho Internacional Público, Profesora de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto (Bilbao); Coordinadora Académica del Máster en Acción Internacional Humanitaria adscrito al Instituto de Derechos Humanos de dicha Universidad. E-mail: joana.abrisketa@deusto.es.

objetivas entre los grupos armados¹. Ya no se trataba de ejércitos estructurados, enfrentados entre sí en un campo de batalla geográficamente definido. Hoy, la guerra contra el terrorismo, como la calificaron los Estados Unidos tras los atentados del 11-S, la violencia estructural en los Estados fallidos, la omnipresencia de las nuevas tecnologías y la privatización de la fuerza armada, han llevado al cambio tanto en los factores que desencadenan la guerra como en las consecuencias de la misma².

La historia del Derecho internacional ha sido estudiada por la doctrina en múltiples ocasiones³ y, sirviéndonos de este marco, enlazaremos la evolución del Derecho de los conflictos armados, también llamado Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), con los últimos aportes de la Corte Internacional de Justicia y de los Tribunales internacionales *ad hoc*. Las líneas

-
- 1 MÜNKLER, H., “Las Guerras del siglo XXI”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n. 849, 2003, documento impreso desde el sitio web del CIRC <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TEDFY>.
 - 2 AA.VV., *Las nuevas guerras y la polemología*, Monografías CESEDEN 11, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009; CREVELD, M., *The transformation of War*, Simon & Schuster, Nueva York, 1991; KALDOR, M., *New and Old Wars: Organized Violence in Global Era*, Stanford University Press, California, 1999; KENNEDY, D., *Of War and Law*, Princeton, Oxford, 2006; LÓPEZ MARTÍNEZ, M., (dir.), *Enciclopedia de Paz y Conflictos*, EIRE y Universidad de Granada, 2004; MACK, A. y NIELSEN, F., (dir.), *Human Security Report 2009: The Shrinking costs of war*, Simon Fraser University, Canadá, 2009; RAMÓN CHORNET, C., “Nuevos conflictos, nuevos riesgos para la seguridad humana”, en *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 355-370.
 - 3 La bibliografía es abundante y plural. CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, 1991; NUSSBAUM, A., *Historia del Derecho Internacional*, trad. de F.J. Osset, Madrid, 1949; STADMÜLLER, G., *Historia del Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1961; NIPPOLD, O., “Le développement historique du Droit International depuis le Congrès de Vienne”, en *R. des. C.*, 1924, vol. 2, pp. 1-121; PASTOR RIDRUEJO, J.A., *La protección de la población civil en tiempo de guerra*, Universidad de Zaragoza, 1959, pp. 25- 94; PELÁEZ MARÓN, J., “El Derecho Internacional Humanitario antes y después de la Segunda Guerra Mundial”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria- Gasteiz*, 1991, pp. 61-94; TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, versión española de P. García Picazo, Tecnos, Madrid, 1998; ZORGIBE, Ch., *Historia de las relaciones internacionales*, 2 tomos, trad. de M.A., Vecino Quintana, Madrid, 1997.

de fuerza que han influido en la codificación y en el desarrollo progresivo del DIH no han sido, ni son siempre las mismas. Sin embargo, se puede decir que las sucesivas adaptaciones se han caracterizado por la búsqueda de una mayor protección del ser humano y de un mayor alcance de sus normas. Históricamente, cada 25 años, el DIH ha sido sustancialmente revisado en esta dirección.

En perspectiva histórica y jurídica, los avances más relevantes del proceso de formación del DIH tuvieron lugar a finales del siglo XIX y durante el siglo XX. Obviamente, el desarrollo del DIH estuvo condicionado por los conflictos armados que se fueron sucediendo y un análisis exclusivamente jurídico sería insuficiente. Dentro de lo que es el objeto principal del estudio, la regulación jurídica internacional, incorporaremos las secuencias históricas más trascendentales. El objetivo es analizar los hitos fundamentales en la codificación internacional de las normas relativas a los conflictos armados e identificar qué es lo que vemos hoy como determinante en este proceso. En un mundo en el que se estima que al menos dieciséis Estados se hallan inmersos en conflictos armados de intensidad alta y media⁴, el estudio se centra en los avances relacionados con la ampliación del ámbito de protección personal.

2. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS: EL *IUS IN BELLO* Y EL *IUS AD BELLUM*.

El DIH o el Derecho de los conflictos armados constituye una rama del Derecho internacional dirigida a regular situaciones anárquicas, muchas veces ilegales, ingobernables y a su vez,

4 Los datos sobre 2009 varían sensiblemente entre las dos instituciones de referencia: Stockolm International Peace Research Institute - SIPRI Yearbook 2010, Estocolmo. En <http://www.sipri.org/yearbook> y ESCOLA DE CULTURA DE PAU, *Alerta 2010! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Icaria, Barcelona, 2010.

cotidianas en las relaciones internacionales. En el Derecho de la guerra por definición se vive la contradicción entre la ruptura del orden y el desencadenamiento de la violencia, de un lado, y el Derecho que exige orden y contención de la fuerza, de otro. Paradójicamente el DIH fue una de primeras áreas del Derecho internacional objeto de codificación, que se inició durante la segunda mitad del siglo XIX⁵.

No se puede considerar una conquista –y nunca mejor dicho– exclusivamente lo recogido en el Derecho internacional convencional en materia de conflictos armados. Debemos recurrir a los antecedentes que en forma de costumbre vinieron a fijar las primeras pautas en torno a lo que después sería la regulación convencional. De hecho, la clásica definición del DIH recogen los dos tipos de fuentes, la convencional y la consuetudinaria:

el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o *consuetudinario*, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto armado a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a la persona y a los bienes afectados o que pueden estar afectados por el mismo⁶.

El término DIH contiene dos ideas clave: la limitación de los métodos de guerra y la protección de las víctimas. Se trata de los dos ámbitos que tradicionalmente se han empleado para designar los componentes del DIH. Las normas relativas a la conducción de las hostilidades, –o lo que es lo mismo, la limitación de los métodos de combate–, se recogen en el Derecho de La Haya. Las normas relativas a la protección de las personas que están fuera de combate o que no participan en las hostilidades

5 SCHINDLER, D., “L'évolution du Droit de la guerre. Des Conventions de La Haye aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève”, en *Revue de Droit Penal Militaire et Droit de la guerre*, vol. 21, 1982, pp. 23-33.

6 SWINARSKI, Ch., “Introducción al Derecho Internacional Humanitario”, <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDL7W#2>, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984.

(heridos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil) – protección de las víctimas de la guerra– se asocian con el Derecho de Ginebra. Sin embargo, la fragmentación entre Derecho de La Haya y Derecho de Ginebra se debe matizar puesto que ambos cuerpos de normas se entrelazan. Dicha distinción no es real⁷. No existe una línea divisoria entre ambos. BUGNION explica que se trata de “un continuum de normas agrupadas bajo nombres distintos”⁸.

El marco conceptual sobre el DIH quedaría incompleto si no se vinculara con la clásica institución del *ius ad bellum*, esto es, las condiciones en las que puede ser considerado lícito el uso de la fuerza por los Estados. El “derecho a hacer la guerra” (*ius ad bellum*) y el “derecho en la guerra” (*ius in bello*) responden a dos preocupaciones unidas pero distintas que han venido a ser objeto de regulación internacional por diferentes vías. La norma que proscribe el uso y la amenaza de la fuerza en las relaciones

7 La simbiosis y las sinergias entre Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya las describe, entre otros, la Corte Internacional de Justicia: “Estas dos ramas del Derecho aplicable en casos de conflicto armado han llegado a estar tan relacionadas entre sí que se considera que poco a poco se han convertido en un régimen complejo único, conocido actualmente como Derecho internacional humanitario” en la *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, versión en español, A/51/218, 19 de julio 1996, paras. 79, 80 y 81. El origen de la distinción se encuentra en el Convenio de Ginebra de 1864 para la mejora de la suerte de los militares heridos en la medida en que este Convenio, implícitamente aisló y separó las normas relativas a la protección de las víctimas del resto de las reglas de la guerra. Desde entonces, el CICR y la Confederación suiza consideraron que su tarea era velar por el perfeccionamiento de los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de la guerra, y convocar las conferencias internacionales necesarias a tal fin. No se ocuparían del Derecho de La Haya. Sin embargo, desde una visión general, el Derecho de la guerra comprende “La Haya y Ginebra”. Tan es así que en los Convenios de La Haya se regulan cuestiones que pertenecen por su naturaleza al Derecho de Ginebra y para las que se adoptaron posteriormente convenios especiales, se trataba en particular de los prisioneros de guerra y de los territorios ocupados. Otro signo de confluencia reside en el hecho de que en las dos Conferencias de La Haya se adoptó el Convenio para adaptar a la guerra marítima los principios del Convenio Ginebra. NAHLIK, S.E., “Droit dit de Genève et droit dit de La Haye: unicité ou dualité”, en *Annuaire Française de Droit International*, vol. XXIV, 1978, pp. 9-27, p. 17.

8 BUGNION, F., “El Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 844, 2001, pp. 901-922.

internacionales –el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas– no se considera en sí misma DIH. A juicio de la autora PETIT DE GABRIEL⁹, el *ius ad bellum* pertenece a la esfera del Derecho de la paz puesto que el recurso a la guerra tiene sentido sólo desde una situación de paz previa. En apoyo a esta teoría la vulneración del *ius ad bellum* constituye un crimen contra la paz¹⁰, no un crimen de guerra. Pero en este trabajo dejaremos de lado los problemas relacionados con el *ius ad bellum* y analizaremos el estadio posterior, esto es, el *ius in bello*, el Derecho *en* la guerra, independientemente de que el recurso a la misma haya sido lícito o no.

3. EL MARCO CONVENCIONAL MULTILATERAL EN SUS INICIOS.

A lo largo de los siglos XIX y XX se suscribieron numerosos convenios internacionales sobre el Derecho de la guerra. Entre ellos, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977 fueron los que tuvieron mayor transcendencia especialmente porque protegieron a la población civil y porque regularon los conflictos internos. El camino para lograr el acuerdo en torno a los vigentes Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977 no fue sencillo. En este epígrafe resumimos sus antecedentes.

Diversos factores contribuyeron a que durante la segunda mitad del siglo XIX emergiera la necesidad de codificar las normas relativas a la guerra. Pese a que acotamos el objeto de estudio al siglo XX, dejando de lado las innumerables contribuciones anteriores, –desde FRANCISCO DE VITORIA– conviene enlazar el primer periodo del DIH con algunas aportaciones sobre la teoría de la guerra. En la época medieval las guerras habían sido

9 PETIT DE GABRIEL, E., *Las exigencias de humanidad en el Derecho Internacional tradicional (1789-1939)*, Tecnos, 2003, p. 120.

10 PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 191.

privadas, de ejércitos mercenarios. A partir del siglo XVII, en el periodo de la monarquía absoluta en Francia, el ejército pasó a ser una de las instituciones del Estado. Éste empezó a preocuparse por la regulación de la guerra¹¹. ROUSSEAU en *El contrato social* (1762) afirmó que “la guerra no es una relación de hombre a hombre, sino de Estado a Estado, en la cual los particulares son enemigos sólo accidentalmente, no como hombres, sino como ciudadanos, como soldados”¹². Con esto, el autor razonaba en términos de Estado soberano, ponía el acento en la implicación directa y exclusiva del Estado como único sujeto activo. Este protagonismo hoy queda modulado porque en la guerra participan otros actores precisamente no estatales¹³.

Después de las guerras napoleónicas, la idea guerra *versus* paz como dos realidades cuyas aproximaciones metodológicas debían diferir comenzaban a insinuarse lentamente en Europa. En Londres se había creado la “*Peace Society*” en 1816 y en Ginebra la “*Société de la Paix*” en 1830. Pero en la mayoría de los demás países europeos la preocupación por la paz era insignificante. En el primer Congreso de la Paz llamado “internacional” reunido en Londres en 1842 se constató que una gran parte de los participantes eran ingleses y americanos. Poco después, en 1848, tuvo lugar en Bruselas el auténtico primer congreso internacional en el que se formularon las dos reivindicaciones que posteriormente se convertirían en el núcleo de la propaganda pacifista: el arbitraje y el desarme¹⁴.

11 PETIT DE GABRIEL, E., *Las exigencias de humanidad en el Derecho Internacional tradicional (1789-1939)*, cit., p. 137.

12 ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social o Principios de derecho político*, trad. por M.J. Villaverde, 5ª ed., Tecnos, 2007, Madrid, p. 11.

13 Hasta tal punto que MÜNKLER se refiere a la “desmilitarización de la guerra”, ya que en el siglo XXI las guerras se librarán sólo en parte por soldados y no estarán dirigidas contra objetivos militares, en MÜNKLER, H., “Las Guerras del siglo XXI”, cit. p. 6.

14 WEHBERG, H., “La contribution des Conférences de la Paix de La Haye su progrès

Podríamos decir que el inicio de la codificación se remontó a las décadas posteriores a la publicación de la obra póstuma del teórico prusiano Carl von CLAUSEWITZ *De la guerra* (1832). La obra parte de la idea de que la Paz de Westphalia había marcado el inicio del sistema internacional organizado sobre la base de los Estados soberanos. La guerra, por tanto, se hacía por los Estados, era la continuación de la política por otros medios. La guerra en aquel momento histórico era un medio lícito de resolución de los conflictos internacionales. Para CLAUSEWITZ, si antes las guerras en Europa tenían lugar entre actores sociales diversos – la Iglesia, los feudos, las ciudades e incluso los particulares,– a partir del siglo XIX la guerra se consideraría como algo que sólo podría hacerse entre los Estados soberanos, a través de sus ejércitos, separando la población civil de los beligerantes. La función preponderante que *de facto* ejercían los Estados en la guerra enlaza con su rol esencial, aunque no exclusivo, en los avances y retrocesos de su desarrollo convencional a lo largo del siglo XIX¹⁵.

3.1 EL PUNTO DE PARTIDA: EL CONVENIO DE GINEBRA DE 1864.

El libro *Recuerdo de Solferino*, publicado en 1862, fue el punto de partida y la raíz del llamado DIH contemporáneo. En él, Henry DUNANT (1828-1910) describió los daños sufridos y las carencias padecidas por los ejércitos de Francia y Cerdeña y del Imperio austro-húngaro durante la guerra de unificación italiana. Se refirió a las 40.000 víctimas resultado de la batalla que tuvo

du Droit International”, *R.des C.*, T. 37, 1931, III, pp. 527-669.

15 Autores como AGO y ROLDÁN BARBERO, entre tantos, han explicado que la ciencia jurídica del Derecho internacional nace en el siglo XIX con motivo de la aparición del positivismo voluntarista fundamentado en la concepción absoluta de la soberanía estatal. En ROLDÁN BARBERO, J., “La investigación en Derecho Internacional Público”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2009 y AGO, R., “Science juridique et droit international”, en *R. des C.*, T.90, 1956, II, pp. 857-958.

lugar el 24 de junio de 1859 en Solferino¹⁶, pequeño pueblo al norte de Italia, y advirtió que los servicios sanitarios de ambos ejércitos no pudieron atender a los miles de militares heridos. Su propuesta era doble: que se constituyeran organizaciones nacionales preparadas para atender a las víctimas de la guerra y que se redactara un tratado internacional en el que los Estados se comprometieran a proteger a los heridos¹⁷.

Coincidiendo en el tiempo, el presidente de Estados Unidos de América, Abraham Lincoln, promulgó el “Código Lieber” (1863), también llamado “Instrucciones para la conducción de los Ejércitos de Estados Unidos en campaña” –primera codificación gubernamental sobre las leyes de la guerra–. El código fue preparado durante la guerra de Secesión estadounidense (1861-1865) por Francis LIEBER, jurista, politólogo y filósofo, alemán de nacimiento y americano de adopción, que había participado con el Ejército de Prusia en la batalla de Waterloo (1815). Aunque no tuviera el valor de tratado ya que estaba destinado únicamente a las fuerzas estadounidenses que luchaban en la guerra civil, el Código Lieber representó el primer intento de codificar las leyes de la guerra, además de ser un manual consagrado en Estados Unidos¹⁸. Obligatorio solamente para el ejército de los Estados

16 Un claro resumen sobre los deseos, los logros y los fracasos de Napoleón III asociados a la batalla de Solferino en el prólogo escrito por GARCÍA ARIAS, L., en el libro de PASTOR RIDRUEJO, J.A., *La protección de la población civil en tiempo de guerra*, cit., pp. 7-15.

17 Pero no sólo Henry DUNANT tras la batalla de Solferino, también Florence Nightingale y el príncipe Davidoff durante la guerra de Crimea (1853-1856), plantearon la necesidad de adoptar un convenio internacional que rigiera en tiempo de guerra. El número creciente de víctimas por el aumento de los efectivos y por el perfeccionamiento de las armas durante el siglo XIX, fue uno de los motivos que llevaron a plantear la necesidad de su codificación. Más que de la iniciativa propiamente gubernamental, como ocurrirá más adelante, se trataba en estos casos de propuestas particulares, en REYDAMS, L., “A la guerre comme à la guerre: patterns of armed conflict, humanitarian law responses and new challenges”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, núm. 864, diciembre 2006, pp. 729-756, p. 734.

18 CARNAHAN, B., “The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity”, en *American Journal of International Law*, vol. 92, n. 2, 1998, pp. 213-231 y SCOTT,

Unidos, se correspondía con las costumbres de la guerra existentes en aquel momento histórico¹⁹. Destacamos las características de este Código puesto que marcaron las pautas para los posteriores Convenios de La Haya (1899 y 1907):

- a) La necesidad militar consiste en tomar las medidas indispensables para garantizar el fin de la guerra. No admite la crueldad, ni la venganza, ni herir a alguien fuera del combate.
- b) Se ha de distinguir entre los ciudadanos y los hombres armados de un país hostil. Se ha de respetar la vida, los bienes y el honor del civil desarmado.
- c) El prisionero de guerra no ha de sufrir castigo por ser enemigo público, ni se le ha de infligir intencionalmente penalidades.

De manera que en la década de 1860 se explicitan por primera vez los dos polos de la dialéctica presente siempre en la regulación de la guerra: encontrar lo que RODRÍGUEZ-VILLASANTE denomina “el delicado equilibrio entre las necesidades militares y el principio humanitario”²⁰. El DIH se ha ido perfilando en torno a estas dos ideas que en términos generales podríamos identificar con la ponderación entre el realismo –las necesidades militares– y el idealismo –las necesidades humanitarias–. Ésta fue la mayor contribución teórica del Código Lieber, aplicado en la guerra civil estadounidense (1861-1865) y posteriormente en la guerra franco-prusiana (1870-1871). Aún

J.B., *Les Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907*, Pedone, París, 1927, p. 448.

19 *Instructions for the Government of Armies in the Field*, de 24 de abril de 1863, promulgadas por el presidente Lincoln en “General Orders n. 100”.

20 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en el conflicto de Bosnia-Herzegovina”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 65, 1995, p. 307.

hoy, más de cien años después, los problemas teóricos y prácticos del DIH giran en torno a los mismos fundamentos cuyo corolario se traduce en tres principios vigentes: la proporcionalidad, la prohibición de los ataques indiscriminados y la protección de la población civil.

Entre tanto, la petición de Henry DUNANT no se hizo esperar. Primero se celebró la Conferencia de Ginebra de 1863 en la que se adoptaron diez resoluciones sin forma de tratado, y posteriormente se aprobó el Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864, el primer tratado dirigido a mejorar la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña²¹. Se trataba de un tratado multilateral auspiciado por el llamado “Comité de los Cinco”²² que inicialmente se denominaría “Comité Internacional para el Socorro de los Heridos” y después se convirtió en el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR).

En lo sustantivo eran dos los rasgos más destacables del Convenio de 1864 –compuesto únicamente por diez artículos–. Establecía la obligación de que los militares heridos y enfermos fueran recogidos y cuidados, fuera cual fuese la nación a la que pertenecieran; además, para respetar e identificar al personal y el material sanitario se emplearía un signo distintivo, el emblema de la Cruz Roja. Desde entonces la Cruz Roja se erigió en el símbolo universal de la organización a la que se añadiría la Media Luna Roja y el Cristal Rojo.

21 El Convenio de Ginebra de 1864 para mejorar la suerte de los militares heridos y enfermos de las fuerzas armadas ejércitos en campaña era el nombre oficial del tratado. El gobierno suizo había aceptado organizar la conferencia diplomática y dirigió una carta de invitación a todos los Gobiernos de Europa, así como a los de Estados Unidos, Brasil y Méjico. Antes de finalizar 1864 el Convenio había sido ratificado por varios países: Francia, Suiza, Bélgica, Países Bajos, Italia, España, Suecia, Noruega, Dinamarca y el Gran Ducado de Baden.

22 Lo componían el empresario Dunant, el abogado Moynier, el general Dufour y los médicos Appia y Maunoir. En “La fundación y los primeros años del CICR”, documento impreso desde el sitio web del CICR, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMXA> (9.7.2010)

3.2. LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE 1899: LA PRIMERA CODIFICACIÓN DE LAS LEYES Y USOS DE LA GUERRA TERRESTRE.

No transcurrió mucho tiempo sin que el problema de la guerra se planteara en términos nuevos. El centro de atención ya no sería sólo la protección y el cuidado de los militares heridos sino el desarme y la conducta a la que se debían ceñir los beligerantes²³. Entramos aquí en el llamado Derecho de La Haya cuyo antecedente inmediato fue la Declaración de San Petesburgo de 1868 sobre la prohibición del empleo de ciertos proyectiles²⁴. Aunque la Declaración de San Petesburgo aludía solamente a un tipo de proyectil, lo relevante es que recogía los principios generales del Derecho de la guerra que se retomaron después. Lo esencial de los principios de la Declaración de San Petesburgo se puede resumir en tres ideas:

a) Los ataques deben limitarse a los objetivos militares y a las fuerzas armadas. Las personas civiles y los bienes de carácter civil gozan de protección general.

23 Ministère des Affaires Étrangères, *Conférence Internationale de la Paix, La Haye 18 Mai-29 Juillet 1899*, Imprimerie Nationale, La Haya, 1899, p. 13.

24 Declaración de renuncia a la utilización, en tiempo de guerra, de proyectiles explosivos de menos de 400 gramos de peso, de 11 de diciembre de 1868, San Petesburgo. El gobierno ruso, preocupado porque los británicos, -con los que estaba en guerra por Asia central y el acceso al Índico-, habían desarrollado un tipo de balas de material inflamable y explosivas, decidió prohibir el empleo de tales balas a sus ejércitos si los demás Estados también lo hacía. Por este motivo convocó la conferencia en la que se aprobó la Declaración de San Petesburgo. Firmaron y ratificaron la Declaración: Austria-Hungría, Baden, Baviera, Bélgica, Brasil, Dinamarca, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Países Bajos, Persia, Portugal, Prusia y la Confederación de Alemania del Norte, Federación de Rusia, Suecia y Noruega, Suiza, Turquía, Reino Unido y Wurtemberg. En BUGNION, F., "El Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 844, 2001, pp.901-922. El texto de la Declaración de San Petesburgo en ORIHUELA, E., *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, McGrawHill, Madrid, 1998, pp. 75-76 y FLECK, D. (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995, p. 119.

b) El derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos de guerra no es ilimitado.

c) Se prohíbe utilizar armas u otros medios de guerra que causen males superfluos.

Los principios no podían ser más claros, exigían la humanización de la conducta bélica, el único objetivo legítimo era el debilitamiento del enemigo. Pero la Declaración de San Petesburgo no tenía carácter vinculante y sus efectos no quedaban garantizados de ningún modo. De hecho, coincidiendo en el tiempo con la Declaración de San Petesburgo se sucedieron dos guerras: la guerra austro-prusiana (1866)²⁵ y la guerra franco-prusiana (1870-1871)²⁶ en las que se pusieron a prueba las insuficiencias del Convenio de 1864 y se hizo patente la antítesis paz-guerra así como el necesario desarrollo normativo de esta última. Pocos años después, a la vista de lo acontecido en la guerra franco-prusiana, a iniciativa del Zar Alejandro II de Rusia se organizó en Bruselas una conferencia para discutir un proyecto de leyes y costumbres de la guerra terrestre que avanzara un paso más respecto a la Declaración de San Petesburgo²⁷. En esta

25 La guerra entre la Confederación Germánica liderada por el Imperio austriaco, por un lado, y el Reino de Prusia con su aliado Italia, por otro, que terminó con la victoria de estos últimos.

26 El conflicto entre el Segundo Imperio francés de Napoleón III y el Reino de Prusia, que tuvo como resultado el fin del Imperio francés y el nacimiento de la III República francesa. Además de las dos guerras mundiales, y después de la revolución francesa y las guerras napoleónicas, WILHEM otorga a la guerra franco-prusiana una importancia capital en la evolución del DIH. La Declaración de Bruselas de 1974 se aprobó con la mirada puesta en la guerra franco-prusiana. En WILHELM, R.J., “Quelques considérations générales sur l'évolution du droit international humanitaire”, en Delissen, A.J.M. y Tanja, G. J., (dir. pub.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, in Honour of F. Kalshoven*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp.39-66, p. 42.

27 Participaron Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Rusia, Suecia y Noruega, Suiza y Turquía, en SCHINDLER, D., y TOMAN, J., (eds.), *The Laws of Armed Conflict: a collection of conventions, resolutions and other documents*, Martinus Nijhoff, 1988, p. 27.

reunión se redactaron 60 artículos bajo el nombre de Declaración de Bruselas de 1874²⁸ que, aún cuando fue firmada, nunca llegó a ser ratificada porque los Estados no se mostraron dispuestos a reconocer el carácter obligatorio de sus reglas. El proyecto de Bruselas sirvió de modelo para los convenios posteriores²⁹.

Entre tanto, la experiencia bélica que definitivamente impuso la necesidad de un tratado internacional con carácter vinculante fue la guerra entre Serbia y Bulgaria (1885). Durante el conflicto, las dos partes beligerantes tuvieron que retirarse dejando heridos en ambos bandos. En cada uno de los países existían Sociedades Nacionales de la Cruz Roja que durante el conflicto garantizaron la atención esencial a los heridos. La Cruz Roja Austriaca creó en Viena una Agencia Internacional que se encargó de ayudar a los heridos y envió delegados a Serbia y a Bulgaria que visitaron los hospitales, evaluaron las necesidades y organizaron la ayuda³⁰. Se puso en evidencia la necesidad urgente de un nuevo Convenio que complementara los aspectos de la guerra no cubiertos por el único tratado internacional existente hasta entonces, el Convenio de Ginebra de 1864³¹.

Entre las circunstancias preliminares a la Conferencia de Paz de La Haya de 1899 WEHBERG describe las divergencias entre dos Ministerios rusos, el Ministro de la Guerra – Kouropatkine– y el Ministro de Finanzas –De Witte–. El primero exigía el incremento del presupuesto para reforzar la artillería rusa y el segundo, en contra, consideraba que el aumento del

28 El texto en SCHINDLER, D., y TOMAN, J., (eds.), *The Laws of Armed Conflict: a collection of conventions, resolutions and other documents*, cit., pp. 25-34.

29 Ministère des Affaires Étrangères, *Conférence Internationale de la Paix, La Haye 18 Mai-29 Juillet 1899*, cit. pp. 47-53.

30 “La guerra serbo-búlgara de 1885”, Documento impreso desde el sitio web del CICR URL: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMYJ>.

31 BOISSIER, P., *Histoire du Comité International de la Croix-Rouge, De Solférino à Tsoushima*, cit., p. 412.

presupuesto para armamento desbarataría todos sus planes financieros³². Se abría la oportunidad para que el Ministro de Asuntos Exteriores del Zar Nicolás II, el conde Mouraviéff, promoviera la celebración de la Primera Conferencia de Paz y designara la ciudad de La Haya como sede de la misma. Remitió una primera convocatoria en la que proponía revisar la Declaración de Bruselas de 1874 y debatir las cuestiones relacionadas con el desarme y la prevención de la guerra³³. Paradójicamente, las razones que impulsaron a Rusia a convocar la conferencia de paz fueron su insuficiente capacidad industrial y la escasez de material bélico con el que en ese momento contaba el país, que considerado como una amenaza, le llevó a proponer a los demás gobiernos la reducción de sus armamentos³⁴. Pero como explica JIMÉNEZ PIERNAS, la propuesta, excesivamente amplia y general, suscitó tantas reservas en la opinión pública y en las cancillerías europeas que el Gobierno ruso tuvo que remitir una segunda invitación con un programa de trabajo más concreto, ceñido al arreglo pacífico de controversias y a la reglamentación de la guerra terrestre y marítima³⁵.

32 WEHBERG, H., “La contribution des Conférences de la Paix de La Haye su progrès du Droit International”, en *R.des C.*, T. 37, 1931, III, pp. 527-669, p. 535.

33 Nota del Conde Mouraviéff de 12 de agosto de 1898, en Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores Español AMAE, *Tratados y Negociaciones*, (s. XIX), núm. 558.

34 Hay que recordar que el final del XIX se caracterizó por el afán de los Estados por la industrialización (Estados Unidos y Alemania) y por la expansión económica (Francia, Austria-Hungría, y la Rusia zarista). El lado oscuro del proceso de expansión tecnológica y económica fue la concentración de un enorme poder militar en manos de los Estados, que hizo que la guerra fuera inevitable. En MURRAY, W., “Historia de la guerra mundial” en PARKER, J. (ed.), *Historia de la guerra*, trad. de J.L. Gil Aristu, AKAL, Madrid, 2010, pp. 253-279.

35 JIMÉNEZ PIERNAS, C., “El papel de España en la Conferencia de Paz de La Haya de 1899”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, 1999, núm. 2, pp. 775-782. AMAE, Nota del Conde Mouraviéff de 30 de diciembre de 1898, *Tratados y Negociaciones*, cit., la página.

En la Primera Conferencia de Paz de La Haya de 1899 se reunieron 26 Estados, la mayor parte europeos³⁶. Los dos únicos Estados del continente americano eran Estados Unidos de América y México; asistieron los representantes de cuatro Estados asiáticos, China, Japón, Persia y Siam, –que no estaban sujetos a dominación colonial– y no hubo participación africana. Protagonizada por los países europeos, pero no sólo, por primera vez en la historia, a las puertas del siglo XX, los representantes de más de 20 Estados intervinieron en una reunión nueva en la forma y en el fondo para debatir problemas de interés general asociados a la guerra y a la paz.

En este marco de las relaciones internacionales caracterizado aún por el eurocentrismo y la industrialización, si el espíritu que animó la Conferencia de Ginebra de 1864 referida anteriormente era el de innovar partiendo de cero; en el caso de la Conferencia de La Haya de 1899 se puso especial cuidado en no ir más allá de lo que ya estaba estipulado en los manuales militares de las principales potencias. La guerra se concebía como un medio útil de la política y los avances legales en torno a su limitación estaban destinados a ser escasos³⁷. Todas las cuestiones controvertidas y al mismo tiempo delicadas se esquivaron artificialmente en busca del éxito de un acuerdo tanto fácil como banal³⁸. En lugar de innovar, en La Haya se codificaron las normas consuetudinarias sobre la guerra, dando valor al Derecho positivo en una época en la que no era precisamente la fuente principal

36 Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Bulgaria, China, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Montenegro, Países Bajos, Persia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Rusia, Serbia, Siam, Suecia, Turquía y Noruega.

37 Recuérdese la frase pronunciada por Otto von Bismarck ante el Parlamento prusiano en 1862 “las grandes cuestiones de la época no las deciden ni los discursos, ni los acuerdos por mayoría; [...] las deciden el hierro y la sangre”, en SCHULZE, H., *Breve historia de Alemania*, Alianza, 2007, Madrid, p. 115.

38 LAPRADELLE, A., “La Conférence de la Paix (La Haye, 18 mai-29 juillet 1899)”, en *Revue Générale de Droit International Public*, Tomo 6, 1899, pp. 746-830.

de obligaciones para los Estados. Ahora bien, aunque el avance fuera menor, no podemos decir que la Conferencia de La Haya de 1899 se redujo a mera retórica³⁹.

Se adoptaron tres convenios que coincidían con las tres áreas tratadas en las sesiones de la Conferencia de La Haya de 1899:

1. El Convenio (I) para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales;
2. El Convenio (II) relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, y su Anexo, el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre;
3. El Convenio (III) para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864.

Dejando de lado el Convenio (I) para el arreglo pacífico de controversias internacionales, ya que escapa del *ius in bello*, nos centramos en el célebre Convenio (II) relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y su Anexo. Bajo la dirección del ruso MARTENS, la Comisión encargada de elaborar este código de normas empleó como base de las discusiones los tres textos existentes: el Código Lieber de 1863; la Declaración de San Petesburgo de 1868 y la Declaración de Bruselas de 1874 –a la que se alude constantemente en las Actas de la Conferencia de 1899⁴⁰–.

39 Un balance positivo sobre la Conferencia en LAPRADELLE, A., “La Conférence de la Paix (La Haye, 18 mai-29 juillet 1899)”, cit., pp. 746-830. Los balances negativos en JIMÉNEZ PIERNAS, C. “El papel de España en la Conferencia de Paz de La Haya de 1899”, cit., p. 778 y NIPPOLD, O., “Le développement historique du droit international depuis le Congrès de Vienne”, *R. de C.*, Tomo 2, 1924-I, pp. 5-121, p. 86.

40 Ministère des Affaires Étrangères, *Conférence Internationale de la Paix, La Haye 18 Mai-29 Juillet 1899*, cit. pp. 47-83. También se utilizó, aunque en menor medida, el Manual de Oxford aprobado por el Instituto de Derecho Internacional en 1880.

El Convenio (II) se inspiraba en la idea de que la guerra era una relación de Estado a Estado que debía limitarse *en tanto que fuera posible* a los beligerantes armados que portaran las armas abiertamente y fueran reconocibles a distancia, por su uniforme, o por otros signos distintivos. Las grandes potencias participantes quisieron vincular los actos de guerra exclusivamente a los ejércitos de los Estados, que serían considerados como los únicos beligerantes y así, los Estados asumieron el deber de dar instrucciones a sus fuerzas armadas. Los restantes actores del conflicto serían tratados como quienes, sin razón aparente, se sublevaran contra el enemigo. Sin embargo, el Convenio (II) introdujo una definición de beligerante que iba mucho más allá de la propia idea del Ejército, ya que también era aplicable a las milicias y a otros grupos armados que reunieran determinadas condiciones⁴¹. Incluso la población de un territorio no ocupado que al acercarse el enemigo tomara espontáneamente las armas, sin haber tenido tiempo de organizarse, sería considerada beligerante si respetaba las leyes y costumbres de la guerra.

Aunque no significaba una obra maestra de la codificación, el Convenio (II) de La Haya representaba un primer intento de codificar ciertas normas del Derecho de gentes de la época así como la intención de las potencias de alcanzar acuerdos. Éstas son las razones por las que la primera Conferencia de Paz de La Haya de 1899 marcó un hito de obligada referencia no sólo en la historia del Derecho de la guerra, sino del Derecho internacional general⁴². Además de lo sustantivo, la Conferencia de Paz de La Haya simboliza lo que BOISSIER denomina la “apertura de una esclusa”, de una tendencia que se abre sin precedentes para controlar la conducción de la guerra.

41 Las condiciones que establece el artículo 2 se corresponden con las siguientes características: 1. Tener a su frente una persona responsable de sus subordinados; 2. Tener algún distintivo fijo y perceptible a distancia; 3. Llevar armas abiertamente; y 4. Sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.

42 SCOTT, J.B, *Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et de 1907*, cit., p. 440.

3.3 LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE 1907: CONTINUIDAD Y CAMBIO EN LAS LEYES Y LOS USOS DE LA GUERRA TERRESTRE.

Después de varias iniciativas frustradas por motivos políticos y dificultades diplomáticas, la conferencia que tuvo lugar en Ginebra durante el verano de 1906 culminó con la modificación del primer Convenio de Ginebra de 1864, también llamado “el “segundo” Convenio de Ginebra⁴³. Amplió “el primero” para extender la protección de los heridos y enfermos de la guerra en tierra a los marines de un conflicto armado en el mar. De diez artículos pasó a treinta y tres.

El Convenio de 1906 disponía que los militares heridos o enfermos debían ser respetados y cuidados, sin distinción de nacionalidad, por el beligerante que los tuviera en su poder. El soldado herido no sería ya un enemigo, sería un enemigo herido, idea que no había quedado del todo clara en 1864. Esta idea se introdujo como norma de primer orden. Se avanzó en la ampliación del ámbito de protección personal.

A pesar del Convenio de Ginebra de 1864 (reemplazado en 1906) y de los Convenios de La Haya de 1899, las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX se caracterizaron por ser una época en la que la guerra constituía un medio legítimo de resolución de conflictos. Los precedentes de la Conferencia de 1907 fueron dos cruentos episodios bélicos: la segunda guerra de los Bóers en Sudáfrica (1899-1902)⁴⁴ y la guerra ruso-japonesa

43 PICTET, J., *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Ginebra, Martinus Nijhoff, Henry Dunant Institute, 1985, pp. 34-35 y RENAULT, L., “Convention for the Adaptation of the Principles of the Geneva Convention to Maritime Warfare”, en *American Journal of International Law*, vol. 2, n. 2, 1908, pp. 295-306.

44 El factor desencadenante de la guerra de los Boers fue el descubrimiento de oro en la comarca de Witwatersrand (Transvaal) en 1886, que hizo aumentar el valor de las reservas minerales de las repúblicas de los Boers. La tensión entre los británicos y los Boers no se hizo esperar y los primeros, superiores en recursos materiales y humanos, concentraron su poder soberano en Sudáfrica. El impacto de la guerra en el ejército

(1904-1905)⁴⁵.

El Presidente de Estados Unidos Theodore Roosevelt convocó la Segunda Conferencia de Paz de La Haya de 1907⁴⁶. El objetivo de la convocatoria coincidía con el de 1899, restringir los gastos militares, limitar los armamentos y reducir el sufrimiento del militar en la guerra. Si en 1899 participaron 26 Estados, en 1907 fueron 44, entre ellos, numerosos iberoamericanos⁴⁷. Como señala TRUYOL Y SERRA, habría que esperar a la Conferencia de 1907 para que el conjunto del nuevo mundo participara en una reunión internacional con Europa, a la que también se sumaron los cuatro Estados asiáticos que habían participado en la primera Conferencia de La Haya de 1899 –China, Japón, Persia y Siam–.

británico se tradujo en la necesidad de revisar e insistir en el adiestramiento de los soldados, en PARKER, J. (ed.), *Historia de la guerra*, cit., p. 263.

- 45 La guerra se desencadenó por las pretensiones de Japón y de la Rusia zarista de controlar Corea y Manchuria. Si bien en un primer momento las fuerzas de ambos ejércitos resistieron, las tropas rusas se vieron superadas y vencidas por el adversario japonés, MURRAY, W., “Historia de la guerra mundial”, cit., p. 263.
- 46 La Unión Interparlamentaria había propuesto convocar una conferencia de paz. Ésta se había creado tras la iniciativa de los parlamentarios franceses e ingleses para favorecer la celebración de tratados de arbitraje internacional. Constituida por parlamentarios que actuarían a título individual, se transformó en una organización internacional en la que sus delegados representaban a Estados soberanos, amplió su ámbito de actuación y propuso la celebración de la Segunda Conferencia de Paz de La Haya de 1907. El Presidente de Estados Unidos Theodore Roosevelt recogió la propuesta de la Unión Interparlamentaria, en CRESPO, E., “La Segunda Conferencia de Paz de La Haya (1907) y la posición de España”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, núm. 1, 2008, pp. 113-128, p. 115 y WEHBERG, H., “La contribution des Conférences de la Paix de La Haye au progres du Droit International”, *R.des C.*, T. 37, 1931, III, pp. 527-669, pp. 536-540.
- 47 La participación de países no sólo europeos se traducía en la apertura de nuevos escenarios de comunicación más allá de las relaciones diplomáticas bilaterales. Los 44 Estados participantes eran: Alemania, Argentina, Austria-Hungría, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Chile, China, Colombia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, España, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Irán, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Montenegro, Noruega, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Países Bajos, Perú, Portugal, Reino Unido, República Dominicana, Rumania, Federación de Rusia, Serbia, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela, en *Acta Final de la Segunda Conferencia de Paz*, La Haya, 18 de octubre de 1907.

En la Conferencia de La Haya de 1907 se aprobaron trece convenios, tres de los cuales eran revisiones de los Convenios de 1899 y diez eran completamente nuevos⁴⁸. Podemos decir que desde entonces el Convenio de La Haya IV sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y el Reglamento anejo –en vigor desde el 26 de enero de 1910 y del que forman parte 37 Estados⁴⁹– ocupó y ocupa un lugar determinante. Fijó los principios generales del DIH y contribuyó definitivamente al proceso de maduración de estas normas como Derecho consuetudinario⁵⁰.

La particularidad de las Conferencias de La Haya de 1899 y de 1907 en relación con los congresos que los habían precedido radicaba en que tenían un objetivo más ambicioso que el de poner fin a un conflicto concreto acontecido o en curso, la meta era prevenirlos y limitar sus consecuencias. Si la Conferencia de 1899 fue el impulso, la de 1907 trató de revisar lo establecido, abarcar más cuestiones y aprobar un mayor número de tratados –trece en total–⁵¹. La Tercera Conferencia de Paz de La Haya se

48 Convenio I sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales; Convenio II relativo a la limitación del empleo de la fuerza para la recuperación de deudas contractuales; Convenio III relativo a la ruptura de hostilidades; Convenio IV relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y su Anexo: Reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre; Convenio V relativo a los derechos y deberes de las Potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre; Convenio VI relativo al régimen de los buques mercantes enemigos al empezar las hostilidades; Convenio VII relativo a la transformación de los buques mercantes en buques de guerra; Convenio VIII sobre la colocación de minas submarinas automáticas de contacto; Convenio IX relativo al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra; Convenio X para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra; Convenio XI relativo a ciertas restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima; Convenio XII relativo al establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas; Convenio XIII relativo a los derechos y deberes de los neutrales en la guerra marítima.

49 ROBERTS, A., y GUELFF, R., *Documents on the Laws of War*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1989, pp.58-59.

50 OPPENHEIM, L., y LAUTERPACHT, H., *International Law. A Treatise*. Vol. II, 7ª ed., Londres, 1952, p. 226.

51 DAUDET, Y., (ed.), *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, Deuxième Conférence de La Paix, Colloque La Haye, 6-7 septembre 2007*, Académie de Droit International, Nijhoff, Leiden, 2008, p. 7.

debía haber reunido en 1914. No pudo hacerlo a causa de la llamada Gran Guerra.

4. EL CONTEXTO HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES: UN TÍMIDO DESARROLLO DEL DIH.

La Primera Guerra Mundial (1914-1918) fue una de las guerras con más bajas y más mortíferas de la historia⁵². Los Convenios de La Haya de 1907 se revelaron completamente insuficientes. El motivo era claro, en 1914 los ejércitos se encontraron con el progreso tecnológico en el campo de batalla. Las armas inventadas durante las décadas anteriores – las ametralladoras más sofisticadas (Lewis), los fusiles de repetición y de asalto (Avtomat-Fedorova (en ruso) y Tipo 38) y los obuses modernos– proporcionaban una potencia de fuego sin precedentes y planteaban problemas insolubles a los ejércitos. A esto se añadía el uso de los gases asfixiantes, el transporte motorizado, los tanques y los aviones como nuevos métodos de guerra. Las fuerzas militares fueron incapaces de controlar los efectos del nuevo armamento⁵³.

Aún así, la obligación de atender a los heridos y a los enfermos durante la Primera Guerra Mundial se hizo mucho más patente que en las guerras anteriores. El Convenio de Ginebra de 1864, revisado en 1906, se aplicó relativamente y el cuidado a los heridos mejoró notablemente. Durante la guerra de Crimea (1854-1856) el 60% de los heridos murió por falta de cuidados. La tasa de mortalidad de éstos no superó el 7,5% durante la Primera Guerra Mundial. La disminución de las víctimas mortales obedeció a una cierta regulación –traducida en el Convenio de Ginebra de 1906– y al hecho de que fueran los primeros ejércitos

52 La Primera Guerra Mundial movilizó a cerca de sesenta y cinco millones de soldados, de los que más de nueve murieron en servicio.

53 MURRAY, W., “Historia de la guerra mundial”, cit. p. 281.

que se beneficiaron del uso de los antisépticos, de los programas de vacunación en masa y del conocimiento de la bacteriología. En las contiendas anteriores a la de 1914-1918 la mayor causa de muerte era la enfermedad, no la batalla. Durante la Primera Guerra Mundial la medicina militar preventiva contribuyó a que disminuyera el número de muertes de los heridos y enfermos⁵⁴.

En cualquier caso, después de los más de 10 millones de muertos, el periodo posterior a la Gran Guerra encarnado en la Sociedad de Naciones (1920-46) exigía a los 37 Estados fundadores replantearse la virtualidad de los Convenios de La Haya de 1907. Sin embargo, no resultó ser el momento más propicio para un fuerte desarrollo del *ius in bello*⁵⁵. Se dieron los primeros pasos hacia la prohibición general del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales –*ius ad bellum*–, los Estados partes se mostraron dispuestos a “aceptar ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra” (Preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones), pero se dejaron de lado los aspectos relativos al *ius in bello*. El Pacto de la Sociedad de Naciones restringió el recurso a la guerra como medio de solución de las controversias internacionales. Después, en el Pacto Briand-Kellog o Tratado general de renuncia a la guerra (1928) los Estados (llegaron a ser más de 60 los Estados parte) renunciaron a la guerra como instrumento de política nacional.

Muy pronto, sin embargo, el sueño de limitar el uso de la fuerza se vino abajo. Se interrumpió la prometedora expansión ulterior del Derecho internacional. La Sociedad de Naciones tomó el aspecto de una sociedad de vencedores: a la negativa de aceptar el ingreso de Alemania y la Rusia soviética, se unió la renuncia norteamericana a participar en el gran proyecto que había diseñado el propio presidente Wilson. Sólo Gran

54 STRACHAN, H., *La Primera Guerra Mundial*, trad. de S.Furió Castellví, Crítica, Barcelona, 2004, p. 167.

55 SCHINDLER, D., “L'évolution du Droit de la guerre. Des Conventions de La Haye aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève”, cit., pp. 23-33.

Bretaña y Francia se mantuvieron en una asociación que se reveló inoperante. La carencia de medios para hacer aplicar sus resoluciones explica la escasa incidencia de la labor de la Sociedad de Naciones en el Derecho de la guerra de la época.

El desarrollo del DIH quedó paralizado. Los hechos acontecidos durante la Primera Guerra Mundial habían demostrado que el Derecho de La Haya no había sido respetado y aún más, que no sería factible regular la guerra. Además, la revisión del Derecho de La Haya de 1907 comprometería la confianza en la recién creada Sociedad de Naciones deseosa de superar cualquier herencia relacionada con la guerra. La Sociedad de Naciones se había fundado sobre cimientos radicalmente nuevos, no pretendía tener en cuenta las ideas que habían inspirado las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907⁵⁶. Como expresa PICTET “la Sociedad de Naciones hacía lo posible por instaurar la paz eterna”⁵⁷. Dicho de otro modo, la guerra no se debía regular, se debía proscribir⁵⁸.

De modo que el periodo entreguerras se caracterizó por la escasa evolución del DIH. La excepción fueron los dos Convenios de Ginebra de 1929⁵⁹ aprobados como reacción a las deficiencias

56 WEHBERG, H., “La contribution des Conférences de la Paix de La Haye su progrès du Droit International”, *R.des C.*, T. 37, 1931, III, pp. 527-669, p. 535.

57 PICTET, J., “La formation du droit international humanitaire”, en *Revue Internationale de la Croix Rouge*, n. 846, pp. 321-344.

58 CONDORELLI, L., “Le droit international humanitarie en tant qu’atelier d’experimentation juridique”, en *Im Dienst an der Gemeinschaft. Festschrift für Dietrich Schindler zum 65 Geburtstag*, Verlag Helbing und Lichtenbaham, Frankfurt, 1989, pp. 193-200.

59 El número de Estados participantes en la Conferencia de Ginebra de 1929 fue prácticamente similar al de la Conferencia de La Haya de 1907, lo que revela el escaso poder de la Sociedad de Naciones en hacer aumentar la conciencia colectiva y aglutinadora respecto a las leyes de la guerra. Los 47 Estados que participaron en la Conferencia Diplomática de 1929 celebrada en Ginebra fueron: Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Cuba, Checoslovaquia, Dinamarca, República Dominicana, Egipto, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, India, Irán, Irlanda, Italia, Japón, Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, Letonia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva

que se habían sentido durante la Primera Guerra Mundial: de un lado, se adoptó el Convenio para mejorar la suerte de los militares heridos y enfermos de los ejércitos en campaña (revisión del Convenio de Ginebra de 1906) y de otro, se aprobó un nuevo Convenio exclusivamente destinado a regular la situación de los prisioneros de guerra⁶⁰.

Después de la primera versión de 1864, modificada en 1906, el Convenio de 1929 para mejorar la suerte de los militares heridos y enfermos de los ejércitos en campaña introdujo algunas novedades. Durante la Primera Guerra Mundial había quedado seriamente comprometida la protección de los aviones como medio de transporte sanitario. Se acordó que gozarían de protección. Así mismo, se admitió que la Media Luna Roja y el León y el Sol Rojos sobre fondo blanco servirían como elementos distintivos de los servicios sanitarios de los ejércitos, además de la ya tradicional Cruz Roja sobre fondo blanco. El Convenio de 1929 representaba la tercera y última versión hasta que fuera reemplazado por el vigente Convenio de Ginebra (I) de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

Por otro lado, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 contenían previsiones sobre el trato debido a los prisioneros de guerra, pero en el curso de la Primera Guerra Mundial se revelaron insuficientes y poco precisas. Los ocho millones de prisioneros de guerra resultado de la Gran Guerra representaban un número sin precedentes. La regulación de entonces no preveía ni la eventual inspección neutral de los campos de prisioneros, ni nada relativo

Zelanda, Nicaragua, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Sudáfrica, España, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Reino Unido, Estados Unidos de América, Uruguay y Venezuela, en *Acta Final de la Conferencia Diplomática*, Ginebra, 27 de julio de 1929.

60 Así mismo, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones se adoptó el Protocolo de Ginebra, de 17 de junio de 1925, sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos.

a la notificación de los nombres de los prisioneros, ni facilidades para la correspondencia. Ante este vacío, bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja y al margen de la Sociedad de Naciones se adoptó el primer convenio específicamente destinado al trato debido a los prisioneros de guerra, el Convenio de 1929 relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra. Se detallaron con precisión, en 97 artículos, los aspectos relativos a la captura de los prisioneros, su liberación, repatriación, así como las actividades que se podrían desarrollar en los campos de prisioneros⁶¹. Sería el precedente del actual Convenio (III) de Ginebra de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra.

Por primera vez se prohibieron las represalias, los castigos colectivos y la organización de trabajos para prisioneros. Se aceptó la designación de representantes para los prisioneros y el control por las Potencias Protectoras⁶². De hecho, el Convenio relativo al trato a los prisioneros de guerra fue durante la Segunda Guerra Mundial la única salvaguarda de miles de cautivos de la guerra⁶³. Ahora bien, ni la Sociedad de Naciones, ni los Convenios de 1929 evitaron el estallido de esta Segunda Guerra Mundial, que interrumpió el proceso de desarrollo del DIH hasta 1949.

61 JAR COUSELO, G., “Vigencia del Derecho Internacional Humanitario”, en Ramón Chornet, C., (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Publicaciones Universidad de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 132-152, p. 137.

62 Ante las dificultades de los Estados para controlar en tiempos de guerra la aplicación de las normas internacionales, las partes contendientes podrían designar Estados neutrales –llamados Potencias Protectoras–cuya función sería la de llevar a cabo toda actividad dirigida a verificar la aplicación de las disposiciones convencionales. La institución apenas funcionó por la falta de voluntad de las partes en admitir la existencia de un conflicto armado, porque implicaría el reconocimiento del adversario; por la propia falta de voluntad de los Estados neutrales de cumplir esta función.

63 XVIIe Conférence Internationale de la Croix-Rouge, *Projets de Conventions révisés ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre*, Comité Interational de la Croix-Rouge, núm. 4, Ginebra, 1948, p.1.

5. LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949: UN ANTES Y UN DESPUÉS

5.1. LA ADOPCIÓN DE UN MARCO GLOBAL.

Los representantes de 63 Estados reunidos en la Conferencia diplomática para revisar el DIH adoptaron los cuatro Convenios de Ginebra el 12 de agosto de 1949⁶⁴. Con 194 Estados parte son convenios universalmente aceptados y sus normas constituyen hoy el núcleo esencial de esta rama del Derecho internacional⁶⁵:

- El Convenio (I) para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña;
- El Convenio II para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar;
- El Convenio III relativo a los prisioneros de guerra;
- El Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Su adopción representó la culminación de las negociaciones que habían tenido lugar durante cuatro años en las que el CICR había tomado la iniciativa sin esperar el fin de la Segunda Guerra Mundial⁶⁶. Por primera vez, en lugar de respuestas fragmentadas,

64 La Conferencia diplomática tuvo lugar del 21 de abril al 12 de agosto de 1949 en Ginebra, SCHINDLER, D., y TOMAN, J., *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, 1988, p. 367.

65 El número de ratificaciones creció rápidamente a lo largo de las décadas posteriores a su entrada en vigor. En la década de 1950 fueron ratificados por 74 Estados; obtuvieron otras 48 ratificaciones en la década de 1960; en los años de 1970 se incluyeron 20 ratificaciones y otras 20 en la década de 1980. A primeros de los años de 1990 obtuvieron 26 ratificaciones y otras 7 desde el año 2000 hasta alcanzar las 194 ratificaciones, lo que significa que sus normas recogen valores universalmente reconocidos.

66 BUGNION, F., “Les Conventions de Genève du 12 août 1949. De la Conférence

se intentaron abordar en una sola conferencia casi todos los problemas que afectaban a las víctimas de los conflictos armados y regularlos a través de cuatro convenios diferentes.

En la compleja relación entre la guerra y la codificación progresiva de sus normas, ciertas guerras han influido más que otras y se puede decir sin ambages que la Segunda Guerra Mundial incidió de tal manera que los Convenios de Ginebra de 1949 representaron una ruptura con el régimen anterior. Los cambios más significativos experimentados a través de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se pueden ordenar en tres ámbitos que exponemos a continuación.

5.2 UNA RUPTURA PARCIAL CON EL RÉGIMEN ANTERIOR.

5.2.1 EL ABANDONO DE LA CLÁUSULA *SI OMNES* Y DEL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

La cláusula *si omnes* limitaba la aplicación de los Convenios de La Haya de 1907. Éstos eran aplicables únicamente cuando *todos* los beligerantes hubieran ratificado los mismos⁶⁷. Este es el significado de la cláusula *si omnes*. Los Convenios de La Haya de 1907 se dejaban de aplicar desde el momento en el que un Estado no parte en los mismos participara en el conflicto. No resultó la mejor solución, ya que lo ideal habría sido que todas las potencias contratantes quedaran obligadas incluso si el adversario no fuera parte en los Convenios. Entre otros, Serbia y Montenegro, participantes en la Primera Guerra Mundial, no

diplomatique de 1949 à la veille du troisième millénaire”, en *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 1999, n. 4-5, pp. 371-401, p. 372; PICTET, J., “La Croix-Rouge et les Conventions de Genève”, *R.des C.*, T. 76, 1950, vol. I, pp. 1-119, REY-SCHYRR, C., “Les Conventions de Genève de 1949: Une percée décisive”, en *Revue Internationale de la Croix Rouge*, n. 834, 1999, pp. 209-239.

67 DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Tecnos, 2009, pp. 1166.

habían ratificado los Convenios de La Haya⁶⁸. Esto, entre otros factores, llevó a la escasa aplicación de las normas del DIH durante la Primera Guerra Mundial.

Los tratados posteriores a la Primera Guerra Mundial suprimieron la cláusula *si omnes*. En el Convenio de Ginebra de 1929 se preveía que si en tiempo de guerra un contendiente no era parte en el Convenio, sus disposiciones seguirían siendo aplicables entre todos los beligerantes que participaran en él. La eliminación de la cláusula *si omnes* otorgaba un sentido objetivo a los Convenios de Ginebra de 1929. En el mismo sentido, los Convenios de Ginebra de 1949 preveían la obligación de los Estados parte de respetarlos “en todas las circunstancias”, independientemente de la conducta del enemigo⁶⁹. Por un lado, el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, con una nueva redacción, más amplia que la de 1929, dispuso:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”.

Por obvia, una disposición de semejante tenor, como señala ORIHUELA, resulta innecesaria. En esta línea, FOCARELLI titula metafóricamente una de sus publicaciones relativas al artículo 1 común “¿Una pompa de jabón?”⁷⁰. Lo que refleja este artículo

68 ORIHUELA, E., *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, cit., p. 76.

69 Los Tribunales de Nuremberg y de Tokio aplicaron los Convenios de La Haya de 1907 sin hacer caso a la limitación derivada de la cláusula *si omnes* puesto que las reglas contenidas en tales convenios eran declarativas de leyes y costumbres de la guerra. En PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 643.

70 FOCARELLI, “Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?”, *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 1, 2010, pp. 125-171. También CONDORELLI, L., y BOISSON DE CHAZOURNES, L., “Quelques remarques à propos de l’obligation des Etats de “respecter et faire respecter” le droit international humanitaire “en toutes circonstances”, en SWINARSKI, Ch. (ed.) *Etudes et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l’Honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Ginebra- La Haya, 1984, en pp. 17-35.

1 es que se ha de insistir en la obligatoriedad de los Convenios “en todas las circunstancias”. Sería suficiente el principio *pacta sunt servanda*, pero lo delicado y lo complejo de la aplicabilidad del Derecho durante la guerra, de lo que eran conscientes los negociadores de los Convenios en 1949⁷¹, hizo pertinente una previsión de estas características, a la que se añadió el artículo 2 común con los términos siguientes:

[...] Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones.

Por otro lado, los Convenios de Ginebra de 1949 se desmarcan del tradicional principio de reciprocidad, rasgo característico del Derecho Internacional Público (Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 60). Será irrelevante que una de las partes incumpla el *ius ad bellum*, así como el *ius in bello*, para que las demás se vean obligadas a aplicarlo.

5.2.2. LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL

La necesidad de proteger a la población civil ya se había prestado a discusión antes de 1949. La doctrina lo ha estudiado con detalle⁷². Aquí nos limitamos a sintetizarlo. En 1934 tuvo lugar una de las más relevantes Conferencias de la Cruz Roja, en Tokio, en la que se aprobó un proyecto de Convenio, uno de cuyos títulos versaba sobre la protección a la población civil. Se acordó que el proyecto se sometería a su estudio y aprobación

71 ORIHUELA, E., *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, cit., pp. 5-6.

72 PASTOR RIDRUEJO, J.A., *La protección a la población civil en tiempo de guerra*, Universidad de Zaragoza, 1959.

en la conferencia diplomática que tendría lugar en 1940. Ésta nunca se celebró por el estallido de la Segunda Guerra Mundial.

Originariamente, la guerra, concebida como una contienda entre Estados, llevaba a la distinción clara entre beligerantes y población civil. Se entendía que la población civil permanecía al margen del conflicto. Como hemos visto, esto no quiere decir que no hubiera alusiones a la población civil en el marco del ordenamiento jurídico internacional. La Declaración de San Petesburgo (1868) recogió que el único objetivo legítimo que los Estados debían proponerse durante la guerra era el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo. También el Reglamento anejo al IV Convenio de La Haya (1907) protegía a la población civil en alguna de sus previsiones, aunque de una manera muy limitada⁷³. Pero no existía un convenio expresamente destinado a proteger a la población civil. La ausencia de regulación contrastó con lo acontecido desde la década de 1930. Si durante la Primera Guerra Mundial sólo el 5% de las víctimas de la guerra representaba la población civil, durante la Segunda Guerra Mundial ascendió al 50%⁷⁴. La experiencia de la Segunda Guerra Mundial puso de manifiesto la urgente necesidad de reconocer un estatuto jurídico propio y diferenciado para los civiles. La comunidad internacional asumió como una realidad irrefutable que la población civil era también víctima de los conflictos armados.

Por fin se aprobó el IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra⁷⁵. BUGNION lo denomina “un extraordinario éxito

73 El artículo 25 del Reglamento de La Haya prohíbe atacar o bombardear ciudades, pueblos, casas o edificios que no estén defendidos y el artículo 26 impone al jefe de las tropas asaltantes, antes de empezar el bombardeo, el deber de hacer cuanto de ello dependa para advertir de ello a las autoridades.

74 SCHINDLER, D., “L'évolution de Droit de la Guerre. Des Conventions de La Haye aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève”, cit., p. 28.

75 XVIIe Conférence Internationale de la Croix-Rouge, *Proyets de Conventions révisés ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre*, cit. pp. 156-224.

político”⁷⁶. Un nuevo tratado internacional, el IV Convenio de Ginebra, con 159 artículos, protege a las personas civiles en tiempo de guerra. Por supuesto que en su momento fue un éxito. Ahora bien, el Convenio IV contiene tantos matices a la hora de identificar a la población civil protegida, que es un Convenio con limitaciones⁷⁷. El IV Convenio protege a las personas que se encuentran en poder del enemigo, esto es, a quienes se encuentran en el territorio de una de las partes en conflicto y a la población civil que se halla en territorio ocupado. De esta regla se deduce, como expresa PASTOR, que “los individuos que se encuentran en su propio territorio y sometidos a su Gobierno, no son personas protegidas por el IV Convenio”⁷⁸. Sin embargo, la tendencia en la práctica es proteger a la población civil que se encuentre en zonas en conflicto, esté o no en poder del adversario. Predomina la atención hacia los grupos de población civil con necesidades específicas: niños, mujeres, ancianos, discapacitados y desplazados⁷⁹.

En los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se dejó notar la influencia del incipiente Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nacido en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aunque a lo largo del articulado de los Convenios de Ginebra de 1949 no se evidencia de modo explícito la protección del ser humano a la luz de dicho texto

76 BUGNION, F., “Les Conventions de Genève du 12 août 1949. De la Conférence diplomatique de 1949 à la veille du troisième millénaire”, cit., p. 374 y BUGNION, F., *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, CICR, Ginebra, 1994.

77 Salvo determinadas disposiciones dirigidas a proteger a la población civil y los hospitales militares contra la violencia de los combates.

78 PASTOR, J.A., *La protección a la población civil en tiempo de guerra*, cit., pp. 118-119.

79 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Enhancing Protection for civilians in armed conflict and other situations of violence*, CICR, Ginebra, 2008, p. 6.

universal, adoptado un año antes, como podía haberlo sido⁸⁰, no obstante, los Convenios de Ginebra de 1949 consagran derechos humanos básicos e inderogables, exigibles tanto en tiempo de conflicto armado como de paz⁸¹.

No se puede terminar el epígrafe referido a la protección de la población civil sin llamar la atención sobre los riesgos añadidos en las guerras que tienen lugar especialmente en las últimas décadas del siglo XX. El control de la población civil es uno de los objetivos del conflicto, la población sufre sus efectos, pero a su vez, se ha convertido en una amenaza en tanto que participa activamente en el mismo. Cuando el civil participa en el conflicto se restringen sus derechos a ser protegido. Al involucrarse en el conflicto renuncia a su inmunidad y se convierte en blanco legítimo. Para explicar la permeabilidad de la sociedad civil en los conflictos contemporáneos se utiliza una nueva expresión inglesa “*the civilianisation of conflicts*”. El problema está en determinar el alcance de la participación de los civiles en las hostilidades. De modo que aunque fuera un logro en su momento, el problema del IV Convenio de Ginebra es que contempla la población civil únicamente como víctima, sin advertir que directamente participa en las hostilidades⁸².

Más grave aún resulta que siendo evidente que la población civil se ve afectada por el conflicto armado, sin embargo, deviene imposible contabilizar el número de víctimas civiles porque a las

80 WILHELM, R.J., “Quelques considérations générales sur l'évolution du droit international humanitaire”, en DELISSEN, A.J.M. y TANJA, G. J., (dir. pub.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, in Honour of F. Kalshoven*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp.39-66, p. 47.

81 CANÇADO TRINDADE, A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol.I, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, p. 272.

82 A estos efectos se ha convertido en un referente la Guía sobre la Noción de Participación Directa en las Hostilidades conforme al DIH adoptada por la Asamblea del Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR, “Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n. 872, diciembre 2008, pp. 991-1047.

muerres directas se suman las innumerables muertes indirectas, cuyas causas pueden ser muy dispares: entre otras, las epidemias, las hambrunas o el despojo de los medios de subsistencia⁸³.

5.2.3 LA ALUSIÓN A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

El primer rasgo de los Convenios de Ginebra de 1949 es que están destinados a regular los conflictos armados internacionales. Salvo el artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949, todas las demás disposiciones –que son más de 400– fijan la mirada en los supuestos de conflictos armados internacionales y en los casos de ocupación. Literalmente, los Convenios se aplican “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra” (artículo 2 común). Entre 1900 y 1945, el 85% de las guerras habían sido interestatales⁸⁴. Por este motivo, en 1949 se quiso dar respuesta al fenómeno de la guerra entre Estados. Sin embargo, el artículo 3 común especificó que ciertos estándares mínimos serían aplicables incluso en los casos en los que el conflicto armado no fuera de índole internacional. El artículo 3 común establecía la primera previsión internacional destinada a proteger a las víctimas de los conflictos que tuvieran lugar en el interior de un Estado. Este artículo 3 común, además ser el único relativo a los conflictos no internacionales, contenía una reglamentación de mínimos que las partes en conflicto podían complementar aceptando por la vía de acuerdos especiales la aplicación de la totalidad o parte de las otras disposiciones de los Convenios de Ginebra.

83 MACK, A., NIELSEN, F., (dir.), *Human Security Report 2009: The Shrinking costs of war*, cit., p. 11.

84 JULIÁ, J.R., (dir.), *Atlas de Historia Universal, De la Ilustración al mundo actual*, T. II, Planeta, 2000, p. 243.

Entre todas las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 3 fue el que mayor impacto tuvo durante los 50 años que siguieron a su adopción principalmente porque durante esta época las guerras civiles fueron más frecuentes que los conflictos entre Estados. Entre 1945 y 1990 se invirtieron los términos y el 85% de las guerras fue intraestatal⁸⁵. La fuerza obligatoria del artículo 3 no fue contestada durante los conflictos de Guatemala (1954), de Yemen (1962-1970), de la República Dominicana (1965), de Líbano (1958 y 1975-1990), de Chad (1978-1987), de Nicaragua (1978-1989), y de el Salvador (1979-1990)⁸⁶.

No es este el lugar para analizar el contenido sustantivo del artículo 3 común, no obstante, sí que conviene destacar que dicho artículo 3 obliga a todas las partes en el conflicto, incluidos los grupos armados no estatales. Hoy es complementado por otras disposiciones convencionales, principalmente el Protocolo II, que veremos a continuación.

6. LAS GUERRAS POR LA DESCOLONIZACIÓN: SU INCIDENCIA EN LOS PROTOCOLOS ADICIONALES DE 1977.

6.1 1974-1977: LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA SOBRE LA REAFIRMACIÓN Y EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

Los Convenios de Ginebra de 1949 se mostraron insuficientes, no podían aplicarse a los nuevos conflictos armados, esto es, a las más de diez guerras de liberación colonial que tuvieron lugar durante la década de 1960 y a la guerra

85 IBIDEM.

86 BUGNION, F., "Les Conventions de Genève du 12 août 1949. De la Conférence diplomatique de 1949 à la veille du troisième millénaire", cit., p. 383.

de Vietnam (1964-1975), lo que llevó a plantear la necesidad de complementarlos. En 1974 el Gobierno suizo convocó la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en la que se reunieron más de 120 Estados, –casi el doble que en 1949– y que tuvo como resultado, tres años después, los dos Protocolos Adicionales de 1977, el primero para los conflictos armados internacionales (102 artículos) y el segundo para los conflictos armados internos (28 artículos)⁸⁷.

Además de centrarse en ámbitos de aplicación diferenciados –conflictos armados internacionales uno y conflictos armados internos otro– tampoco comparten el mismo contenido sustantivo en sus normas. Como veremos, el primero muestra un mayor grado de concreción y de protección frente al segundo.

6.1.1 EL PROTOCOLO I, DE 8 DE JUNIO DE 1977, ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

Las formas de resistencia a la colonización se manifestaron ya durante el siglo XVIII en el continente americano⁸⁸. También las luchas defensivas y los movimientos de liberación en el continente africano durante el siglo XIX aparecen como eslabones dignos de estudio, entre otros, el caso etíope que en 1896 venció al ejército italiano en Adua (Etiopía) y preservó

87 La Conferencia se celebró durante 4 sesiones, en la primera participaron 124 Estados; en la segunda 120; en la tercera 107 y en la cuarta 109, en *Final Act of the Diplomatic Conference of Geneva 1974-1977*, en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/465?OpenDocument>.

88 Alcanzó en primer lugar a las trece colonias inglesas de América del norte, que se declararon independientes de Gran Bretaña en 1776. Después a Haití entre 1801 y 1804.

su independencia respecto al imperio italiano hasta 1935. Los ejemplos más significativos de las guerras de liberación colonial fueron la de Indonesia y los Países Bajos (1946-1949), Indochina y Francia (1946-1954), Malasia y Gran Bretaña (1948-1957), Argelia y Francia (1954-1962) y Angola y Portugal (1961-1974). La tradición a la resistencia colonial tuvo efectos sobre todo durante la década de 1960. Desde mediados de esta década brota en África el derecho de los pueblos colonizados a representarse a sí mismos como movimientos de liberación⁸⁹. En este contexto, el movimiento de liberación equivale a “toda organización política que actúa como representante de grupos de la población africana con un programa de considerables cambios sociales”⁹⁰. Tales organizaciones reivindicaban el carácter de pueblo y en consecuencia el derecho de este pueblo a la autodeterminación y a poder constituirse en Estado propio. Así pues, se entendía por tal, como explica BENZ “todo poder estatal en situación de espera”⁹¹ y esto llevó a que dichos pueblos se comportaran como tales en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho internacional Humanitario (1974-1977)⁹². Fruto de esta reivindicación fue la consideración de los conflictos armados en los que los pueblos luchan por su liberación colonial como conflictos internacionales y no internos.

89 Frente de Liberación Nacional de Argelia; *Rassemblement Démocratique Africain* del África Occidental Francesa entre 1946 y 1960; Unión Nacional Africana en Tanganica; el Movimiento Nacional de Lumumba en el Congo Belga y la Confederación de Tribus de Katanga.

90 BENZ, W., y GRAML, H., *Historia universal Siglo XXI, El siglo XX. III. Problemas mundiales entre los dos bloques de poder*, 1987, 7ª ed., Siglo XXI de España editores, Madrid, p. 303.

91 BENZ, W., GRAML, H., *Historia universal Siglo XXI, El siglo XX. III. Problemas mundiales entre los dos bloques de poder*, cit., p. 308.

92 Sobre la organización del trabajo y las polémicas suscitadas durante la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, ed. Universidad de Salamanca, 1ª reimpresión, Salamanca, 1992, pp. 43-53.

En la Conferencia Diplomática de 1977 los deseos de la mayoría se impusieron –muchos países participantes ya habían adquirido la independencia durante la década de los 60–. Se tuvieron en cuenta las aspiraciones de los países africanos. Las guerras de liberación colonial pasaron a la categoría de conflictos armados internacionales. Tratándose de conflictos motivados por el deseo de ejercer el derecho a la libre determinación, se aplicaría no sólo del Protocolo I, sino también de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. De manera que el Protocolo I completó el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, que se refería a los conflictos internacionales, e introdujo tres tipos de guerras en la categoría de conflicto armado internacional. A las situaciones previstas bajo el artículo 2 común, el Protocolo I sumó todos los conflictos armados:

en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas 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.

Desde aquel momento, los pueblos que lucharan contra los regímenes coloniales o racistas, o contra la ocupación extranjera se beneficiarían de la protección prevista en los Convenios de Ginebra de 1949 puesto que serían considerados conflictos armados internacionales. Al enumerar de manera expresa las situaciones específicas en las que se aplicaría el Protocolo I, cobra sentido la regla *inclusio unius est exclusio alterius*. He aquí la primera insuficiencia del Protocolo I. Al limitarse a tres situaciones concretas, los casos restantes en los que se recurre a la fuerza dentro del Estado quedan excluidos del Protocolo I pero tampoco entran en la definición restrictiva sobre conflicto armado interno del Protocolo II que vemos más adelante.

Para algunos, el Protocolo I significó el reconocimiento de las aspiraciones legítimas de las colonias que, protegidas por

el Derecho internacional, se les concedió una cierta naturaleza estatal⁹³. Las hostilidades entre los movimientos de liberación y los regímenes coloniales serían consideradas conflictos internacionales y sería aplicable el conjunto de las normas del Protocolo I.

6.1.2 EL PROTOCOLO II, DE 8 DE JUNIO DE 1977, ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (PROTOCOLO II)

Hasta 1977 la única previsión convencional que aludía a los conflictos no internacionales era el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. La finalidad del Protocolo II era desarrollar y completar dicho artículo 3⁹⁴. Actualmente, ambos – el artículo 3 común y el Protocolo II– están destinados a aplicarse en los conflictos armados internos, que son la gran mayoría. Sin embargo, el artículo 3 común y el Protocolo II difieren a la hora de determinar las características que debe reunir el conflicto interno. El artículo 3 común ofrece un ámbito de aplicación muy amplio ya que prevé el “caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”, sin más matices. Por la ausencia de unos criterios claros, el artículo 3 común provocó múltiples interpretaciones, tanto que para algunos sería aplicable en todos

93 RWELAMIRA, M., “The significance and contribution of the Protocols Additional to the Geneva Conventions of August 1949”, en SWINARSKI, Ch. (ed.) *Etudes et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l’Honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Ginebra- La Haya, 1984, pp. 227-236. Véase el planteamiento del fenómeno colonial expuesto por AGUILAR en 1954, contrario a conceder a la colonia la intervención en la vida internacional de AGUILAR, *Derecho Internacional Público*, T. II, Vol. I, EISA, Madrid, 1954, p. 386-395.

94 PELÁEZ MARÓN, J.M., “El Derecho Internacional Humanitario antes y después de la Segunda Guerra Mundial”, cit., p. 88.

los conflictos internos y para otros se negaría su aplicabilidad en la práctica⁹⁵. Frente a esto, y con el fin de mejorar la protección de las víctimas de los conflictos internos, el Protocolo II debía recoger una definición con criterios objetivos y más claros. Se elaboró una definición de conflicto armado interno mucho más rigurosa que la del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Para que fuera aplicable el Protocolo II debía tratarse de un conflicto interno de una cierta intensidad. Debía reunir determinadas condiciones acumulativas: que se desarrolle en el territorio de una Alta Parte Contratante; que se enfrenten las fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados; que dichas fuerzas, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control; que las fuerzas puedan realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y que dicho control les permita aplicar el Protocolo II (artículo 1, párrafo 1). Por lo tanto, el Protocolo II no es aplicable en todos los conflictos internos. Sólo se aplicará en los casos en los que se pueda probar que el conflicto reúne las características exigidas⁹⁶.

En la Conferencia de 1977 los conflictos armados que pudieran estallar en el interior de un Estado se concebían como un problema más cercano a la soberanía estatal que a las obligaciones internacionales⁹⁷. Se favoreció tanto la discrecionalidad como

95 SANDOZ, Y., SWINARSKI, Ch, ZIMMERMANN, B., (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff, Ginebra, 1987, p. 1348, párrafos 4447 y 4448 y MANGAS MARTÍN, A., “Derechos humanos y Derecho Humanitario en el marco de los conflictos armados internos”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria- Gasteiz*, 1989, pp. 49-83, p. 62.

96 El caso en el que se invocó su aplicación de manera más clara fue la guerra civil de El Salvador (1980-1992).

97 Es muy ilustrativo ver cómo desciende el número de Estados parte en el Protocolo II en relación con los Convenios de Ginebra de 1949 y con el Protocolo I. Son 165 los Estados Parte, entre los que no se encuentran algunos de los más significativos, como son Eritrea, Estados Unidos, India, Indonesia, Irán, Iraq, Israel, República Democrática de Corea, Méjico, Marruecos, Nepal, Somalia, Sri Lanka, o Turquía, entre otros.

la unilateralidad respecto al reconocimiento de una situación de conflicto interno. Con todo, y aunque por este motivo su ámbito de aplicación es limitado, el Protocolo II revitalizó la preocupación por los conflictos armados internos ya que la protección que otorgó es más amplia que la contenida en el artículo 3 común.

El Protocolo II estipula que se debe dar un trato humano y no discriminatorio a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades, lo que coincide con el artículo 3 común. Pero en el Protocolo II se incrementa la protección en la medida en que prohíbe los castigos colectivos, los actos de terrorismo, las violaciones, y la prostitución forzada, entre otros actos ilícitos. Además contiene normas específicas para ciertas categorías de personas, como los niños, las personas privadas de libertad por motivos relacionados por el conflicto, los heridos, los enfermos y los náufragos, el personal médico y religioso y la población civil⁹⁸.

Más de 30 años después, aunque no hayan alcanzado el grado de universalidad de los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos de 1977⁹⁹, junto con aquellos, permanecen como el cuerpo normativo que esencialmente protege a la población civil y a las personas que ya no participan en el conflicto. Incluso algunas normas de los Protocolos tienen el carácter de normas de Derecho consuetudinario, lo que permite exigir su aplicación al margen de compromisos convencionales¹⁰⁰. Los desarrollos posteriores

98 Si lo comparamos con los Convenios de Ginebra de 1949 aplicables a los conflictos internacionales, las normas convencionales sobre los conflictos armados internos son menos en número y de menor precisión.

99 A fecha de 22 de septiembre de 2010, 170 Estados son partes en el Protocolo 1 y 165 en el Protocolo II.

100 La norma consuetudinaria sobre la prohibición de atacar a la población civil o la prohibición de atacar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil MACK, M., *Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados no internacionales*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2008, p.9 y HENCKAERTS, J.M., “Estudio sobre el Derecho Internacional

del DIH han tomado vías distintas a las convencionales, la de la jurisprudencia internacional y el desarrollo de la responsabilidad penal individual por la violación del DIH, sin perjuicio de los convenios específicos sobre el uso de determinadas armas aprobados durante la década de 1980 y 1990¹⁰¹.

7. LA ONU Y EL DIH.

La ONU mostró por primera vez el interés en la exigencia de proteger los derechos humanos durante los conflictos armados en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán (1968)¹⁰². Desde entonces la Asamblea General adoptó significativas resoluciones en las que mostraba su preocupación por la aplicación y el desarrollo del DIH¹⁰³. El acercamiento entre la Organización y el DIH era evidente. La Organización asumió que los Convenios de Ginebra de 1949 no alcanzaban a cubrir todas las situaciones de conflicto armado y expresó la necesidad de concertar convenios internacionales adicionales. Así, el impulso de la ONU fue decisivo para que se celebrara la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del DIH que culminó con los dos Protocolos Adicionales de 1977¹⁰⁴.

Humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del Derecho de los conflictos armados”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 857, 2005, pp.1- 46.

101 Ver el listado en el anexo final. Después de los Convenios de La Haya de 1907 la codificación destinada a controlar los usos de ciertas armas se atomiza y se dispersa. La muestra de ello son los diferentes tratados que regulan la fabricación y el uso de distintos tipos de armas.

102 Resolución XXXIII, *Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos*, Teherán, 29 de abril a 13 de mayo de 1968, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, 1968.

103 Resolución 2444 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968 sobre El respeto de los derechos humanos en los conflictos armados y Resolución 2675 (XXV) de 9 de diciembre de 1970 sobre los Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, de la Asamblea General.

104 El Protocolo sobre prohibición de la utilización de los niños soldado, Adicional I al

7.1 LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ.

Entre 1980 y 1988 tuvo lugar una de las guerras más sangrientas desde la Segunda Guerra Mundial, la que enfrentó a Irán e Irak. Fue una de las pocas guerras interestatales de la década. Gran parte de los tratados internacionales del DIH eran incontestablemente aplicables. Se cometieron infracciones de las normas sobre el trato a los prisioneros de guerra, el uso de gases y el respeto a los buques neutrales¹⁰⁵. El Consejo de Seguridad y el Secretario General de Naciones Unidas se erigieron por primera vez en controladores de las leyes de la guerra. Transcurridos casi ocho años de guerra, el desgaste de las partes y varias resoluciones del Consejo de Seguridad llevaron a poner fin a la misma. El Consejo de Seguridad denunció la violación del DIH y en particular, acusó a los contendientes de usar armas químicas contrarias al Protocolo de 1925 sobre la prohibición de gases asfixiantes, venenosos u otros métodos bacteriológicos, del que ambos eran parte. Después de un periodo de intensas negociaciones entre el Secretario General de la ONU –Pérez de Cuellar– y los Ministros de Asuntos Exteriores iraní e iraquí, éstos aceptaron el alto el fuego. El Consejo de Seguridad estableció el Grupo de Observadores Militares de las Naciones Unidas para Irán e Iraq por medio de la Resolución 619 de 9 de agosto de 1988 –adoptada por unanimidad–. Ésto contribuyó al cese el fuego definitivo. El fin de la guerra entre Irán e Iraq casi coincidió en el tiempo con el fin de la Guerra Fría. Simbolizó el inicio de una nueva etapa para la ONU, con un Consejo de Seguridad

Convenio sobre los derechos del niño, que impone obligaciones directas a los grupos armados es el ejemplo más paradigmático del encuentro definitivo entre DIH y la Organización de las Naciones Unidas.

105 ROBERTS, A., “The Laws of War: Problems of Implementation in Contemporary Conflicts”, en *Law in Humanitarian Crises*, vol. 1, Comisión Europea, Bruselas, 1995, pp. 13-82, p. 48.

desbloqueado, activado, y en esta guerra, si excusamos el retraso, hasta eficiente.

La época inmediatamente posterior a la caída del muro de Berlín se caracterizó por la búsqueda de soluciones a la reforma de la Carta de las Naciones Unidas. La ONU debía adaptarse al nuevo orden mundial¹⁰⁶. Las operaciones de mantenimiento de la paz (en adelante OMP) de Naciones Unidas asumieron un papel preponderante como medio para mitigar las consecuencias de los conflictos armados e incluso para poner fin a los mismos¹⁰⁷. Ante las múltiples misiones operando en contextos de conflictos armados se planteó la necesidad de que las tropas pudieran ir armadas. Como apunta CARDONA, quedó aceptado que en principio las OMP podrían emplear la fuerza armada únicamente en legítima defensa¹⁰⁸. Pero pronto el Consejo de Seguridad propuso un uso de la fuerza que fuera más allá de la defensa propia. Autorizó el uso de la fuerza siempre que fuera necesario para que las tropas cumplieran su mandato. Nació

106 ABELLÁN HONRUBIA, V., “La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 3-26.

107 Las primeras operaciones de mantenimiento de la paz se despliegan entre la década de 1940 y 1950 en Oriente Medio, en el conflicto entre India y Pakistán, en Líbano, y en el Congo, entre otros. Pero crecen en número y en las funciones a desarrollar sobre todo desde el fin de la Guerra Fría. Hoy son un concepto “paraguas” que sirve para identificar diferentes aproximaciones a los conflictos y a la violencia, en SCHIRCH, L., “Strategic Peacebuilding: State of the Field”, en *South Asian Journal of Peacebuilding*, vol. 1, n. 1, 2008, p. 2 y en CARDONA LLORENS, J., “Nuevo orden mundial y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, en *Cursos De Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, pp. 215-264; CARDONA LLORENS, J., “Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. VI, 2002, pp. 759-891 y ESCOBAR, C., “Paz y derechos humanos: una nueva dimensión de las operaciones para el mantenimiento de la paz”, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1996, pp. 47-102.

108 CARDONA LLORENS, J., “Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?”, cit., p. 851.

el problema relativo a la aplicabilidad del DIH por los cascos azules de la ONU¹⁰⁹. Como apunta QUEL, el DIH es el único sector del ordenamiento internacional construido y desarrollado tradicionalmente al margen de las Naciones Unidas¹¹⁰. Pero si en sus inicios se concebían como ámbitos diferenciados, el encuentro y la compatibilidad entre ambos sectores se convirtió en una necesidad incontestable.

El Secretario General de las Naciones Unidas Koffi Annan aprobó el Boletín sobre el respeto del DIH por las fuerzas de Naciones Unidas (1999)¹¹¹. ONU y DIH confluyeron más que nunca. La cuestión sobre los modos de exigir responsabilidad a los Cascos Azules por el incumplimiento del DIH se ha convertido en uno de los grandes debates de la Organización. Aún no se ha establecido una estructura internacional específica ni un mecanismo común. Los Estados se deben hacer cargo de los procesos judiciales o disciplinarios cuando sus tropas infringen el DIH. Esto no garantiza que las violaciones del DIH culminen en un proceso judicial, ni tampoco uniformidad en el cumplimiento.

La tendencia es que las víctimas dispongan de los recursos judiciales efectivos y del derecho a una reparación adecuada por

109 BENVENUTI, P., “Le respect du Droit International Humanitaire pour les forces des Nations Unies: la Circulaire du Secrétaire Général”, en *Revue Général du Droit International Public*, vol. 105, 2001, pp. 355-371; CONDORELLI, L., “Les progrès du Droit International Humanitaire et la Circulaire du Secrétaire Général des Nations Unies du 6 août 1999”, en *The International Legal System in Quest of Equity and Universality – Liber amicorum G. Abi-Saab*, Nijhoff, La Haya, 2001, pp. 495-506; MURPHY, R., “United Nations Military Operations and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?”, en *Criminal Law Forum*, núm. 14, 2003, pp. 153-94.

110 QUEL LÓPEZ, F.J., “Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho internacional humanitario”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIII, 1997, pp. 467-523, p. 473 y COMELLAS AGUIRREZABAL, M.T., *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el Derecho Internacional Humanitario*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

111 ST/SGB/1999/13 Boletín del Secretario General sobre el respeto del Derecho Internacional Humanitario por las fuerzas de Naciones Unidas, de 6 de agosto de 1999.

las violaciones graves del DIH. En 2005 la Asamblea General adoptó los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de las violaciones del DIH¹¹². Los Estados están obligados a destinar medios económicos e institucionales para la rehabilitación, la satisfacción y las medidas de no repetición. Podemos deducir que la ONU se implica cada vez más en el establecimiento de un marco jurídico general de cara a la implementación del DIH. Esto le conviene porque contribuiría a la aceptación pública de la acción militar en la que está comprometida a través de las misiones de paz.

7.2 LA APLICACIÓN DEL DIH POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

Hemos de volver atrás en el tiempo para referirnos a los casos en los que la Corte Internacional de Justicia (en adelante la CIJ) no sólo se apoyó, sino que contribuyó a determinar el contenido de las normas del DIH. Las sentencias y las opiniones consultivas emitidas por la CIJ durante el siglo XX son numerosas, pero los casos en los que más claramente tuvo la ocasión de pronunciarse en relación al DIH son el *caso del Canal de Corfú* (1949) y el caso sobre *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos)* (1986) dictadas en el ejercicio de su competencia contenciosa. Como veremos, en la políticamente más sensible y compleja *Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (1996) emitida en el ejercicio de su competencia consultiva, la Corte emitió una opinión poco clarificadora en relación al DIH.

112 Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, de la Asamblea General.

En su primera sentencia, la relativa al *caso del Canal de Corfú* (1949), la CIJ se refirió a uno de los Convenios de La Haya de 1907¹¹³ para inferir obligaciones internacionales. El Reino Unido había demandado a Albania por la explosión de dos buques británicos cuando navegaban por el mar territorial albanés. Acusó a Albania de haber colocado las minas que motivaron la explosión o de que éstas estuvieran en el mar territorial albanés con su connivencia y alegó que Albania no le había informado sobre la existencia de tales minas como exigía el Convenio VIII de La Haya de 1907. Aunque dicho Convenio era aplicable sólo en tiempo de guerra, la Corte sostuvo que Albania estaba obligada no por el Convenio en sí mismo, sino por “ciertos principios generales reconocidos como consideraciones elementales de humanidad, aún más exigibles en tiempo de paz que en tiempo de guerra”¹¹⁴.

La misma conclusión fue reiterada en 1986 en el caso sobre las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. En este caso Nicaragua acusaba a Estados Unidos de haber colocado minas en sus puertos, de haber intervenido en sus asuntos internos y de haber usado la fuerza armada en su territorio desde que el gobierno sandinista llegó al gobierno en 1979. La Corte declaró:

el tendido de minas en las aguas de otro Estado sin ninguna advertencia o notificación, no sólo constituye un acto ilícito, sino

113 El Convenio VIII sobre la colocación de minas submarinas automáticas de contacto.

114 Estrecho de Corfú, (Reino Unido contra Albania), CIJ, *Recueil*, 1949, p. 22. Sobre este punto y más general DUPUY, P.M., “Les “considérations élémentaires d’humanité” dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice”, en R.J. DUPUY (ed.), *Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, Pedone, Paris, 1999, pp. 117-130 y ABI-SAAB, G., “The International Court as a world court”, en LOWE, V., y FITZMAURICE, M., (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, pp. 3-16.

también una violación de las normas de Derecho humanitario subyacentes en el Convenio VIII de La Haya de 1907¹¹⁵.

La CIJ se apoyó en el Convenio VIII de la Haya de 1907 para deducir ciertas obligaciones generales del Derecho internacional. En la misma sentencia añadió que determinados preceptos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 encarnaban lo que la CIJ había llamado anteriormente (en el *caso del Canal de Corfú*) “consideraciones elementales de humanidad”¹¹⁶. Dio contenido a la expresión “consideraciones elementales de humanidad” a través del DIH. Así mismo, por primera vez se pronunció sobre el carácter consuetudinario de los “principios generales” del Derecho humanitario. Independientemente del hecho de que los Estados se hayan adherido a los convenios del DIH, o de que en un caso concreto no sean aplicables tratados multilaterales –lo que ocurría en el litigio en cuestión– las normas del DIH son aplicables en tanto que principios generales de Derecho consuetudinario ¹¹⁷.

En el ejercicio de su competencia consultiva, en particular en la *Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* la CIJ también se apoyó parcialmente en el DIH¹¹⁸. En primer lugar, la Corte se pronunció a favor

115 *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América)*, CIJ, Recueil, 1986, párr. 215.

116 *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América)*, CIJ, Recueil, 1986, párr. 218 y 219.

117 ABI-SAAB, R., “Los “Principios Generales” del derecho humanitario según la Corte Internacional de Justicia”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n. 82, julio-agosto 1987, p. 387-395. A esta idea avino el propio Comité Internacional de la Cruz Roja 19 años después de la Sentencia sobre *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América)*, en HENCKAERTS, J.M., “Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del Derecho de los conflictos armados”, cit., pp.1- 46.

118 *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, versión en español, A/51/218, 19 de julio 1996, párr. 79, 80 y 81.

de su competencia para emitir la Opinión sobre una cuestión que consideró “jurídica” frente a quienes la consideraban exclusivamente de índole “política”. La Corte expresó que aun habiendo aspectos políticos en la pregunta que se le hacía sobre la licitud de la amenaza o el uso de las armas nucleares, le correspondía “determinar los principios y las normas vigentes, interpretarlos y aplicarlos [...] para dar así una respuesta con fundamento jurídico a la cuestión planteada”¹¹⁹. A juicio de la Corte, es cierto que existen diferencias cualitativas y cuantitativas entre el uso de las armas nucleares y las armas convencionales, pero los principios del DIH son aplicables en ambos casos. La amenaza o el uso de las armas nucleares sería “incompatible con el carácter intrínsecamente humanitario de los principios en cuestión, presente en todo el Derecho relativo a los conflictos armados y válido para todas las formas de guerra y todos los tipos de armas, del pasado, del presente y del futuro”¹²⁰.

En su Dictamen la Corte se apoyó en el carácter consuetudinario del DIH convencional, basado en la amplia codificación de sus normas y en el alcance de la ratificación de los tratados de él derivados¹²¹. Ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni los Protocolos Adicionales de 1977 aluden expresamente al uso de las armas nucleares. Pero la CIJ, como la opinión mayoritaria de la doctrina, interpretó que el DIH era aplicable¹²². Por el hecho de que existan diferencias entre las armas nucleares y las convencionales no se puede inferir que las normas y los

119 *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, cit., párr. 13.

120 *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, versión en español, A/51/218, 19 de julio 1996, párr. 79, 80 y 81.

121 *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, cit., párr. 82.

122 *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, cit., párr. 85.

principios del DIH no se apliquen a las primeras¹²³. Uno de los pronunciamientos adoptados por unanimidad recogía lo siguiente:

La amenaza o el empleo de las armas nucleares debe ser *también* compatible con los requisitos del derecho internacional aplicables a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho internacional humanitario, así como las obligaciones concretas contraídas en virtud de los tratados y otros compromisos que se refieren concretamente a las armas nucleares¹²⁴ (la cursiva es nuestra).

El problema fue que para la Corte el DIH no era el único cuerpo de normas aplicable. También habían de tenerse en cuenta las normas que regulan la legítima defensa. La tensión que subyació entre la aplicabilidad de las normas del DIH y las normas relativas a la legítima defensa no debía haber sido tal. El empleo del arma nuclear es radicalmente incompatible con el DIH erigido sobre la base del principio de inmunidad de la población civil y de los bienes de carácter civil. En este sentido, MEYROWITZ afirma que los principios de distinción y de proporcionalidad constituyen una barrera que obliga a los gobiernos a someter al test de legalidad toda elección de armamentos, toda opción estratégica y cualquier plan relativo al empleo de las armas nucleares¹²⁵.

123 *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, cit., párr. 85.

124 *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, cit., párr. 105.

125 MEYROWITZ, H., "Les armes nucléaires et le Droit de la guerre" en *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honor of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 297 y ss. También a este respecto RODRIGUEZ-VILLASANTE, J.L., "El arma nuclear y el Derecho de los conflictos armados", en Fernández Sánchez, P. A., (coord.), *IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario. La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Universidad de Huelva, Universidad de Sevilla, Ministerio de Defensa, Cruz Roja Española, 1997, pp. 43-86.

Si exceptuamos la *Opinión Consultiva sobre la amenaza o el uso de las armas nucleares*, la función de la Corte en la determinación del contenido de los principios del DIH, en su consideración de Derecho consuetudinario y en la aplicación a situaciones particulares ha sido útil. Hoy constituye un indudable referente. Incluso la Corte ha seguido valiéndose del DIH en el siglo XXI, pero aquí no nos corresponde.

8. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL POR LAS VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

8.1 LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC*.

El DIH no es un sistema autónomo con sus propios mecanismos controladores implementados. El amplio desarrollo en el plano normativo no se corresponde ni con lo operativo, ni con la institucionalización de un proceso internacional penal en el caso de infracción de sus normas. Los procedimientos para atribuir responsabilidad penal internacional por la vulneración del DIH tuvieron lugar, primero con los Tribunales de Nüremberg y Tokio y después, a partir de los dos fenómenos bélicos –el conflicto de la Antigua Yugoslavia y el de Ruanda– de primeros de la década de 1990¹²⁶.

126 Las mayores críticas a la constitución de Tribunales internacionales *ad hoc* mediante las resoluciones del Consejo de Seguridad se basan en el hecho de que este órgano compuesto por quince Estados, entre ellos cinco permanentes, es un órgano político que no representa el interés general de la comunidad internacional. La Carta de las Naciones Unidas no atribuyó una competencia así a los quince miembros del Consejo de Seguridad. Casualmente los cinco Estados miembros permanentes figuran como los cinco primeros en gastos militares en el Informe del Instituto Internacional de Estudios por la Paz de Estocolmo (SIPRI) publicado el mes de junio de 2010. Según los datos ofrecidos por el SIPRI los cinco primeros países en gasto militar siguen este orden: Estados Unidos, China, Francia, Reino Unido y Rusia. La bibliografía sobre la actuación del Consejo de Seguridad en la constitución de los tribunales *ad hoc*

Durante la última década del siglo XX, las dos guerras a las que hacemos referencia transformaron completamente la percepción de las normas aplicables en los conflictos armados. El Consejo de Seguridad aprobó en la Resolución 827 (de 25 de mayo de 1993) el Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia y en la Resolución 955 (de 8 de noviembre de 1994) el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia se mencionan las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y algunas violaciones de las leyes o usos de la guerra y en el Estatuto del Tribunal para Ruanda se recogen, dadas las características del conflicto, las violaciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional II. Ambos Tribunales Penales Internacionales ofrecieron amplias y nuevas definiciones jurídicas sobre lo se debe considerar un conflicto armado¹²⁷. De ahí que, entre otros, FERNÁNDEZ LIESA sostenga, en relación al Tribunal para la Antigua Yugoslavia, que

es abundante: ALVAREZ, J., “Nuremberg Revisited: The *Tadic* Case”, en *European Journal of International Law*, n. 7, 1996, pp. 245-264; FERNÁNDEZ LIESA, C.M., “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, 1996, pp. 11-44; DAVID, E., “Le Tribunal international pénal pour l’exYugoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, *Revue Général du Droit International Public*, 1994, núm. 1, pp. 25-32; PELLET, A., “L’activité du Tribunal pénal international pour l’ex Yougoslavie”, en *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLI, 1995, pp. 101-136; PIGRAU SOLÉ, A., “Reflexiones sobre el Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional”, *Anuario hispano-luso-americano de Derecho internacional*, vol. XI, 1994, pp. 211-252; QUEL LÓPEZ, F.J., “Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho internacional humanitario”, cit., pp. 467-523. Las razones alegadas por la defensa en el caso *Tadic* fueron también muy elocuentes, en *Dusko Tadic*, Case No. IT-94-I-T, (Trial Chamber), de 10 de agosto de 1995, párr. 2.

127 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, de 2 de octubre de 1995 y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-T, de 2 de septiembre de 1998.

éste adoptó “posiciones clarificadoras o, en algunos supuestos, innovadoras, sobre cuestiones centrales del Derecho internacional humanitario”¹²⁸. En la misma línea, PIGRAU SOLÉ afirma que con el Tribunal para la antigua Yugoslavia, el Derecho internacional “tipifica como crímenes ciertos comportamientos individuales con suficiente precisión, con independencia de lo prescrito en el Derecho interno”¹²⁹.

Siendo muy selectivos por razones de espacio, y dejando de lado los muchos aspectos en los que los Tribunales Penal Internacional *ad hoc* han contribuido a avanzar no sólo en el Derecho internacional humanitario sino también en Derecho internacional general, es clave aludir al caso Tadic porque sus efectos en el DIH son especialmente significativos y profundos¹³⁰. Tadic nunca hubiera pensado que contribuiría enormemente al desarrollo del DIH, del Derecho penal internacional y en algunos aspectos, del Derecho internacional general. Con esta idea inician uno de sus artículos SASSÒLI y OLSON¹³¹, que no puede ser más elocuente. Un año después de que Tadic cometiera los crímenes¹³², el Consejo de Seguridad aprobó por unanimidad la Resolución 827 mencionada por la que se establece un tribunal internacional con la finalidad de enjuiciar “a los presuntos responsables de

128 FERNÁNDEZ LIESA, C.M., “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional”, cit., p. 32.

129 PIGRAU SOLÉ, A., “Reflexiones sobre el Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional”, cit., p.228.

130 GREENWOOD, C., “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, en *European Journal of International Law*, 1996, núm.7, pp.265-283.

131 SASSÒLI, M., y OLSON, M., “The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case. New horizons for International Humanitarian Law?”, en *International Review of the Red Cross*, sept., 2000, vol. 82, n. 839, pp. 733-769.

132 En el listado de acusaciones contra Tadic figuran la violación, el homicidio, la tortura y los tratos crueles, tipificados en el Estatuto del Tribunal como graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2), violaciones de los usos y las leyes de la guerra (artículo 3) y crímenes contra la humanidad (artículo 5).

graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario” cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinaría una vez restaurada la paz.

En su defensa, Tadic mantuvo que el Tribunal no le podía juzgar por tratarse de hechos ocurridos durante un conflicto armado interno. Sostuvo que los artículos 2 y 3 del Estatuto conferían jurisdicción al Tribunal solamente respecto de los actos cometidos en conflictos armados internacionales. Los crímenes por las “graves violaciones de los Convenios de Ginebra y las violaciones de las leyes y los usos de la guerra” de los que se le acusaba se referían a conflictos de naturaleza internacional. En su contra, el Tribunal de Apelación identificó los nuevos rasgos sobre los que se puede calificar un conflicto armado:

Encontramos que existe un conflicto armado cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado. El Derecho Internacional Humanitario se aplica desde la iniciación de dichos conflictos armados más allá del cese de las hostilidades, hasta que alcanza una conclusión general de paz o, en el supuesto de conflictos internacionales, se concluye un arreglo de paz¹³³.

El Tribunal para la Antigua Yugoslavia no se ciñó a lo dispuesto en el Protocolo II para calificar una situación como conflicto armado interno. Utilizó criterios laxos para determinar la existencia de un conflicto interno, amplió la definición, que después se recogió en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esto es básico, porque cuando la calificación de una situación, es decir, el ámbito material de aplicación se amplía, se abren las oportunidades para exigir el cumplimiento del DIH.

Con los Tribunales *ad hoc* la responsabilidad penal individual por la violación del DIH se incorpora como uno

133 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, *The Prosecutor vs. Dusko Tadic*, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, de 2 de octubre de 1995, párrafo 70.

de sus ejes centrales. Hoy no se puede entender el desarrollo del DIH sin situarnos en los parámetros de la jurisprudencia internacional. Los Tribunales *ad hoc* contribuyen a sentar obligaciones para los Estados tanto en lo relativo a los aspectos procesales –la obligación de cooperar con el Tribunal–, como en la asunción de conceptos y principios generales en relación con la responsabilidad penal individual.

8.2 EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE 1998 Y LOS CRÍMENES DE GUERRA.

Aprobado el 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002, sólo 4 años después de su adopción, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) representa en sí mismo un sistema permanente dentro del ordenamiento jurídico del mundo de hoy¹³⁴. Además de mirar al futuro, muchas de las características de la CPI están ligadas a los Tribunales *ad hoc* que lo precedieron, por lo que podemos decir que representa también una evaluación histórica de los Tribunales anteriores. Con la aprobación del Estatuto de la CPI el Derecho penal internacional alcanza su cenit y el DIH encuentra una vía para su desarrollo. El Estatuto de la CPI manifiesta sin precedentes la conexión del DIH con la responsabilidad penal internacional.

La CPI puede ejercer su competencia sobre uno de los crímenes referidos en su Estatuto, esto es, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Nos limitaremos aquí a tratar el crimen de guerra por su conexión

134 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 75, 2000, pp. 171-203; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional”, en García Arán, M., y López Garrido, D., (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2000, pp. 225-273; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 86, 2005, pp. 27-52.

con el DIH. El artículo 8 del Estatuto enumera 71 conductas – muchas de ellas con elementos innovadores – calificables como crímenes de guerra. Para esto se toman como referencia: las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales y, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

El Estatuto otorga a la CPI carácter complementario respecto de las jurisdicciones penales nacionales, lo que significa que la Corte sólo puede iniciar un procedimiento cuando el Estado competente para investigar y enjuiciar la presunta comisión de los crímenes no tiene la capacidad o la voluntad de ejercer su jurisdicción. Además, los crímenes deberán alcanzar un umbral determinado para quedar bajo la competencia de la Corte. Esto quiere decir que la CPI sólo se ocupará de “los crímenes más graves de trascendencia internacional”¹³⁵. Este es el umbral general establecido por el Estatuto para todos los crímenes de competencia de la Corte. El Estatuto no contempla la posibilidad de que la Corte conozca toda infracción, sino, en palabras de ESCOBAR se trata de “reprimir comportamientos que en sí mismos constituyen un ataque contra valores esenciales del ordenamiento jurídico internacional”¹³⁶. Junto a dicha dimensión axiológica y teleológica, en términos prácticos, como explica QUESADA, el umbral general establece una serie de

135 Estatuto de Roma, artículo 1.

136 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional”, cit., p. 172. Sobre el criterio de la gravedad ver también LIROLA DELGADO, I., “La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Escuela Diplomática, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, pp.47-51.

límites materiales que permiten una distribución adecuada entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional¹³⁷.

Además del umbral general, el crimen de guerra contiene un umbral específico. Conforme al artículo 8.1 del Estatuto:

La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

La violación del DIH de modo aislado no podría calificarse como crimen de guerra. Deberá estar enmarcado en un plan o política, o cometerse a gran escala. Éste es el umbral añadido que han de alcanzar los crímenes de guerra para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción. Los criterios son alternativos, esto es, enmarcarse en un plan o política o cometerse a gran escala¹³⁸. Por otro lado, si no concurrieran dichas circunstancias, pero la Corte estimara que el asunto reviste “gravedad suficiente”, podría admitirlo¹³⁹.

El crimen de guerra se comete en tiempo de conflicto armado, tal como se desprende de cada una de las figuras delictivas recogidas en el artículo 8.2. Lo más innovador del Estatuto de Roma en este sentido es que incluye los crímenes cometidos en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional¹⁴⁰. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda había recogido esta idea por primera vez. Para este Tribunal se entendería por crímenes de guerra no exclusivamente

137 QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 238.

138 PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 75, enero-junio 2000, pp. 233-237, p. 236 y PIGNATELLI Y MECA, F., “Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 237-318.

139 Artículo 17.1.d del Estatuto.

140 Artículo 8.2.c, d, e y f del Estatuto.

las infracciones graves cometidas durante un conflicto armado internacional¹⁴¹, sino también los cometidos en los conflictos armados de carácter no internacional.

El Estatuto no es, ni debe de ser, la solución a todos los problemas relacionados con la infracción del DIH, pero ahora es más factible señalar a quien ha infringido sus normas dentro de los umbrales a los que hemos hecho referencia, y en cierta manera comprometer la responsabilidad internacional del Estado que no quiere o no puede conocer la transgresión.

CONCLUSIONES.

La historia del DIH durante el siglo XX no es la historia de un éxito, pero tampoco la de un rotundo fracaso. Ni dos Guerras Mundiales, ni más de un genocidio, ni millones de víctimas han sido suficientes para que el siglo XX se cerrara con la lección aprendida. Pero en términos positivos el DIH ha amortiguado y mitigado los efectos de los conflictos. Su efecto disuasorio es innegable¹⁴². Como conclusión general podemos afirmar que el DIH es por sí solo insuficiente, su eficacia está indisolublemente unida a la voluntad de los Estados.

El siglo XX se estrenó con tan sólo cuatro convenios multilaterales relativos a los conflictos armados y terminó con casi medio centenar de tratados adoptados –cuyo núcleo esencial son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los

141 Tal como están referidos en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en Protocolo Adicional I de 1977. Ver a este respecto, PIGNATELLI Y MECA, F., “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 65, enero-junio 1995, pp. 416-420.

142 El número de conflictos armados internacionales descendió desde 1970 por varios motivos, entre los que destacan el fin tanto del colonialismo como de la Guerra Fría. También han contribuido la expansión de los sistemas democráticos y la creciente aceptación del Derecho internacional, en HUMAN SECURITY CENTRE, *Human Security Report 2005: War and Peace in the 21st Century*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, p. 146.

dos Protocolos Adicionales de 1977–, lo que es en sí mismo un logro. Esta crónica sobre la compleja relación entre la guerra y el Derecho internacional ha trazado algunos de los problemas que ha suscitado la evolución del DIH. Forjadas por el tiempo, su uso y su no uso, las normas del DIH contrastan con el fenómeno del conflicto armado contemporáneo. El DIH debe tender a regular las llamadas nuevas guerras que se distinguen de las viejas guerras en muchos de sus rasgos, por sus métodos, por la forma en la que están financiadas y por sus fines.

Un reto intermedio es cómo regular la conducta de los civiles que se involucran en los conflictos armados. El civil que participa en el conflicto pierde su calidad de persona protegida y se convierte en objetivo militar. También el militar se ve más expuesto y desprotegido porque las circunstancias no le permiten distinguir entre el combatiente y el civil. En todo caso, esto no puede tratarse como un hecho aislado, sino en relación con otras ramas del Derecho internacional. Para abordar los problemas derivados de la participación de la población civil en los conflictos armados, la perspectiva debe de ser amplia, que alcance a los factores asociados al desarrollo y que busque nexos tangibles entre violencia y construcción de la paz. Esto sería coherente dentro del marco de actuación adoptado por la Asamblea General para el siglo XXI, basado en tres ideas clave: paz y seguridad, derechos humanos e imperio de la ley, y desarrollo¹⁴³.

Otro fenómeno determinante e imparable en los conflictos actuales es la subcontratación de compañías privadas que trabajan para las fuerzas armadas de los Estados o incluso para grupos armados organizados. Pero la dependencia en la seguridad privada y la inadecuación de las normas no son los únicos problemas. Si el monopolio en el uso de la fuerza deja de estar en manos del Estado, todo el sistema se desvirtúa, se descompone

143 En la Resolución de la Asamblea General 60/1 Documento Final de la Cumbre Mundial, de 24 de octubre de 2005. Adoptada en 2005 con motivo del sesenta aniversario de la Organización.

la figura del Estado. A las reglas formales se añaden las reglas “informales”. El DIH necesita de una visión que refuerce sus fundamentos y que a su vez vaya más allá del horizonte originario para adaptarse a la realidad.

Se puede afirmar que desde finales del XX el DIH ha avanzado en el control judicial de sus normas. La jurisprudencia internacional ha dado las pautas y ha contribuido a superar el formalismo jurídico inicial. Esta idea no se podría haber sostenido unas décadas atrás. El establecimiento de un sistema judicial penal –con sus matices y sus umbrales– y la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* contribuyeron a hacer madurar la potencialidad del DIH. Sin embargo, controlar su aplicación desde el plano internacional hasta el plano estatal y local, donde realmente está en juego su cumplimiento, continúa siendo la tarea más complicada. En muchos Estados las medidas tomadas para respetar el DIH son todavía precarias, son una especie de “caja negra” del accidente de aviación, no siempre fácil descubrir su contenido, útil para esclarecer los hechos en algunos casos y para mirar al futuro, pero decepcionante porque llega tarde. La brecha entre lo establecido en los tratados y su aplicación en la práctica aparece en todos los conflictos. El DIH puede ser la única protección para la población en un conflicto armado siempre que se dote de mecanismos más fuertes. Sabemos relativamente poco acerca de cómo los individuos se sienten protegidos por el DIH.