EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN BUSCA DE SU EFICACIA

POR MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ

*Director Técnico del Centro de Estudios del D.I.H.
de la Cruz Roja Española,
Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Complutense de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

1. A lo largo de su evolución, el Derecho internacional humanitario, igual que otros sectores del Derecho internacional, ha ido desarrollando reglas sustantivas, orientadas a regular la conducta de los beligerantes en cualesquiera situaciones de conflicto armado y a proteger a las víctimas de la guerra¹; y, por otro lado, ha venido pugnando por elevar sus niveles de eficacia mediante la creación de instituciones y procedimientos capaces de garantizar, en la mayor medida posible, la correcta aplicación de aquellas reglas.

La cuestión de la aplicación, en situaciones reales de conflicto, del Derecho internacional humanitario se ha convertido en una cuestión crucial, a la vista de las graves violaciones que sufre este Derecho cada vez

¹ Hoy puede darse por superada la rígida distinción entre el Derecho de la Haya (regulación de la conducta de los beligerantes) y el Derecho de Ginebra (protección de las víctimas de la guerra), toda vez que, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, “esas 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” (párrafo 75 de la opinión consultiva). Ver sobre esta cuestión nuestro estudio sobre “Las relaciones entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, pp. 315-393; pp. 325-327.

que estalla la violencia bélica, y cualquiera que sea la naturaleza del conflicto. En una de sus resoluciones², la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 3-7 de diciembre de 1995) se mostró alarmada “por el desfase, cada vez mayor, entre los compromisos de índole humanitaria que contraen algunas partes en un conflicto armado y las prácticas profundamente inhumanas de esas mismas partes”. En la misma línea, el “Documento de Referencia” preparado por el C.I.C.R. para la XXVII Conferencia Internacional (Ginebra, 31 de octubre-6 de noviembre de 1999) señala que, aun siendo común a todas las áreas del Derecho internacional el problema de llevar a acciones las obligaciones jurídicas de los Estados, “hay, no obstante, un contraste particularmente marcado entre las normas altamente desarrolladas del Derecho humanitario, muchas de las cuales gozan de aceptación universal, y las reiteradas violaciones de estas normas en los conflictos en todo el mundo”³.

II. REGLAS SUSTANTIVAS Y MECANISMOS DE APLICACIÓN

2. En la doctrina, L. Condorelli ha puesto de relieve recientemente cómo en el Derecho internacional humanitario la expansión de las reglas de fondo, calificada de “modesta” por él mismo, se ha quedado corta en comparación con el desarrollo “muy considerable” de los medios orientados a asegurar la aplicación de aquellas reglas⁴.

Ciertamente, en el nivel de las reglas sustantivas, el Derecho internacional humanitario sigue precisando desarrollos adicionales que contribuyan a completar un conjunto normativo de por sí ya muy rico en cuanto a su contenido. Así, se ha destacado la necesidad de adaptar a las circunstancias actuales ciertos aspectos de este sector jurídico, como las normas humanitarias aplicables a los conflictos armados en el mar, la identificación de los medios de transporte sanitarios, la protección especial debida a personas pertenecientes a categorías particularmente vulnerables, la regulación de la efectividad y el control de la prestación de asistencia humanitaria a las víctimas de la guerra, la prohibición o limitación de cier-

² Resolución n.º 2, “Protección de la población civil en periodo de conflicto armado”.

³ Documento de Referencia, Capítulo 1, 11.

⁴ L. Condorelli: “L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du droit international humanitaire”, en *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Pedone, París, 1998, pp. 127-133; p. 128.

tas armas, etc.⁵ A lo que hay que añadir la conveniencia de continuar esforzándose en extender la aplicación de las reglas contenidas en los Convenios de 1949 y en el Protocolo adicional I de 1977 a los conflictos armados internos, de acuerdo con una estimulante línea jurisprudencial abierta por el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia o con las disposiciones establecidas al respecto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en lo tocante a la tipificación de los crímenes de guerra (artículo 8, párrafo 2, c) y e) del Estatuto).

Ahora bien, en ese contraste advertido por L. Condorelli entre un desarrollo discreto del *law-making* y una evolución aparentemente mas amplia del *law-enforcement*, este autor, tras reconocer que a través de la creciente actuación de nuevos actores –sobre todo las Naciones Unidas– en la escena del Derecho internacional humanitario se han ido estableciendo diversos medios de control y seguimiento de la aplicación de las normas de este sector jurídico, no deja de advertir que sería una visión idílica de las cosas el sostener que el Derecho es bueno pero que por desgracia es poco respetado en la práctica: “La verdad –señala el citado autor– es que el Derecho internacional humanitario rehúsa organizar eficazmente su propia puesta en práctica (*mise en oeuvre*)”, y que la comunidad internacional, “quitando eventuales medidas selectivas y caso por caso, rehúsa hacer frente de manera sistemática al deber de asegurar el respeto de las reglas humanitarias”⁶.

A la vista de las atrocidades cometidas por las partes contendientes en el curso de los cerca de treinta conflictos armados que están teniendo lugar en nuestros días –casi todos ellos internos, si bien con riesgo de internacionalización en no pocos casos–, casi no nos queda otra salida

⁵ Ver en este sentido el estudio introductorio sobre “El control del cumplimiento del Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados” de E. Orihuela Calatayud en el libro *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos* (edición a cargo de la propia autora), McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 1-64; p. 57. Algunos de los aspectos mencionados por esta autora como necesitados de desarrollo ya han sido objeto de importantes iniciativas normativas, pudiendo citarse al respecto, en un plano no oficial, el Manual de San Remo sobre el Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados en el mar, y, en el terreno del Derecho convencional, textos de la relevancia del Protocolo facultativo a la Convención de 1989 sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, o de los Protocolos IV (armas láser o cegadoras) y II enmendado (minas, armas trampa y otros artefactos) a la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, y de la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción.

⁶ L. Condorelli: trabajo citado, p. 133.

que darle la razón a L. Condorelli en su apreciación tan escéptica sobre el estado actual del Derecho. Y es que en definitiva no hay nada (tanto en el nivel de las reglas de fondo como en el de los instrumentos de garantía y control) que pueda sustituir a la voluntad política de los Estados soberanos.

Ello no exime, sin embargo, de seguir explorando vías por las cuales pueda fortalecerse progresivamente el respeto por los Estados y por otros sujetos internacionales (organizaciones internacionales involucradas en operaciones de paz, grupos armados rebeldes en conflictos internos) de los principios y normas del Derecho internacional humanitario, asegurando, sobre todo, a través de mecanismos institucionales operativos, que esos principios y normas sean efectivamente acatados.

III. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA ASUNCIÓN DE OBLIGACIONES PRECISAS POR VÍA CONVENCIONAL O CONSUETUDINARIA

3. En vista de esos objetivos, se hace necesario ante todo que los Estados consientan en quedar vinculados por dichos principios y normas.

Desde las instituciones de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, así como desde las Naciones Unidas, se viene insistiendo en la necesidad de que los Estados que todavía no lo han hecho se incorporen a los instrumentos convencionales básicos de Derecho internacional humanitario. Así pues, el Derecho de Ginebra y el Derecho de Nueva York concurren en el esfuerzo por conseguir una adhesión universal a esos instrumentos.

Esa exhortación a los Estados viene conduciéndose sobre todo a través de un diálogo constante del C.I.C.R. con los gobiernos concernidos. Por otra parte, la Conferencia internacional para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 30 de agosto-1 de septiembre de 1993) vino a reiterar la solicitud a todos los Estados de que no escatimen esfuerzos para examinar o volver a examinar, a fin de promover la universalidad del Derecho internacional humanitario, la posibilidad de ser partes en diversos instrumentos jurídicos subsiguientes a los Convenios de Ginebra de 1949. El interés del C.I.C.R. y de otros componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja se centra sobre todo en los dos Protocolos adicionales de 1977, la Convención de 1980 sobre prohibicio-

nes o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales y sus cuatro Protocolos, la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional abierto a la firma en Roma en 1998 –que pese a no estar aún en vigor ya ha sido objeto, a 30 de noviembre de 2001, de 47 ratificaciones o adhesiones– y la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción.

4. Resulta perentoria, sobre todo, la incorporación a los dos Protocolos adicionales de 1977, por formar con los Convenios de 1949 (que ya han ganado casi vigencia universal al obligar formalmente a 189 Estados) el núcleo duro de la normativa del Derecho internacional humanitario. 159 y 151 Estados, respectivamente, han consentido hasta ahora en obligarse por los Protocolos I (conflictos internacionales) y II (conflictos sin carácter internacional). Durante la década de los 90 el proceso de incorporación a estos básicos textos convencionales –que refuerzan la protección de las personas y bienes civiles y recogen esenciales reglas sobre métodos y medios de combate procedentes del Derecho de La Haya– se ha enriquecido con la inclusión entre sus partes contratantes de Estados tan significados como Brasil, Colombia, Cuba (ratificación del Protocolo II en 1999), Egipto, Etiopía, Francia (ratificación del Protocolo I en 2001)⁷, Grecia (ratificación del Protocolo II en 1993), Irlanda, Kenya, Líbano, Lituania, Macedonia, Mongolia, Nicaragua, Panamá, Reino Unido, República Dominicana, Sudafrica, Venezuela, Zambia y Zimbabwe.

Quedan todavía, no obstante, fuera de los dos Protocolos o de uno de ellos diversos Estados, entre ellos Afganistán (I y II), Angola (II), Azerbaiján (I y II), República Democrática del Congo (II), Eritrea (I y II), Estados Unidos (I y II), Haití (I y II), India (I y II), Indonesia (I y II), Irak (I y II), Israel (I y II), Japón (I y II), Marruecos (I y II), México (II), Mozambique (II), Myanmar (I y II), Pakistán (I y II), Siria (II), Somalia (I y II), Sri Lanka (I y II) y Turquía (I y II). Bien por el peso específico de algunos de esos Estados, bien por haber atravesado o estar atravesando situaciones

⁷ Según se ha podido advertir, la incorporación de Francia en 1984 al Protocolo II tan sólo era un gesto diplomático que el gobierno francés hacía en un intento de compensar el efecto producido por su negativa a vincularse por el Protocolo I, oficialmente motivada por la “falta de consenso” sobre el problema de la disuasión nuclear. Ver en este sentido Ph. Bretton: “Actualité du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés”, en *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, cit., pp. 57-72; p. 61.

de conflicto bélico⁸, es de desear que en un futuro no lejano todos ellos se sumen a la lista de partes en ambos instrumentos, superando las dificultades de orden político que encuentran para ello. En cualquier caso, los Estados, apegados aún a una cierta concepción de la soberanía, no renuncian a seguir sintiéndose dueños de sus propias decisiones. Y así hemos podido apreciar cómo algunas delegaciones gubernamentales presentes en la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja presionaron para que se cambiara el tenor del proyecto del “Plan de Acción” preparado por el C.I.C.R. para su discusión en la Conferencia, consiguiendo que en el objetivo final 1.3 se obviara la referencia expresa a los convenios específicos a los que se invitaba a los Estados a adherirse, y sustituyendo la frase “toman las medidas necesarias para ser partes en los mismos o contribuir a la realización de sus objetivos” por la menos comprometedora, por genérica y vaga, “estudian o vuelven a estudiar la posibilidad de adherirse a los tratados pertinentes concertados desde la aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949”.

5. Una parte de las normas de Derecho internacional humanitario pertenece, sin duda, al Derecho internacional general o consuetudinario. Su identificación posee una gran trascendencia atendiendo, por un lado, a la posibilidad de considerar vinculados por ellas a los Estados que no son partes en los tratados que las recogen o incorporan, y, por otro lado, a la posibilidad de considerar aplicables a ciertas categorías de conflictos determinadas normas que por las razones que sean no han sido incorporadas en los instrumentos convencionales que los regulan (piénsese, así, en el reducido contenido normativo del Protocolo adicional II en contraste con el del bloque convencional de 1949 y el del Protocolo adicional I). En nuestra opinión, es sobre todo la conexión sustancial de ciertos principios y reglas del Derecho internacional humanitario con la protección de derechos básicos de los individuos o de las colectividades⁹ lo que explica su

⁸ En opinión de Ph. Bretton (loc. cit. en la nota precedente), basta con pensar en la situación interna de los Estados reacios a incorporarse al Protocolo II para comprender las razones de tal actitud.

⁹ En lo que respecta a los derechos colectivos en el contexto del Derecho internacional humanitario, se puede hacer referencia, entre otros aspectos, a la protección general de las poblaciones contra los efectos de las hostilidades (Título II –artículos 13 a 26– del cuarto Convenio de Ginebra, Sección I del Título IV –artículos 48 a 67– del Protocolo adicional I), a la condena de ciertas prácticas como las deportaciones o los traslados en masa de índole forzosa (artículo 49 del cuarto Convenio de Ginebra, artículo 85, párrafo 4, a) del Protocolo adicional I) a los fines de una política de “limpieza étnica”, a la prohibición de castigos colectivos (artículo 33 del cuarto Convenio de Ginebra, artículo 75, párrafo 2 del Protocolo adicional I), etc.

pertenencia al Derecho internacional general, sin que ello obste a la correlativa vigencia de esos principios y reglas a través de su inserción en textos convencionales que, como los cuatro Convenios de 1949 en relación con los conflictos armados internacionales (y, dentro de ellos, el artículo 3 común en relación con los no internacionales), han alcanzado aceptación universal.

Teniendo en cuenta que, dada esa aceptación universal de los Convenios de 1949, los mismos constituyen hoy la expresión de una *opinio iuris generalis* de los Estados, el interés debe centrarse en la identificación de aquellas disposiciones de los dos Protocolos adicionales de 1977 que pueden considerarse en la actualidad representaciones del Derecho internacional consuetudinario. En este sentido ha sido una buena idea el haber encargado al C.I.C.R. elaborar, con la asistencia de expertos que representen a distintas áreas geográficas y diversos sistemas jurídicos, y en consulta con gobiernos y organizaciones internacionales, un informe sobre las normas consuetudinarias del Derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados internacionales y de otra índole; aunque no se puede desconocer la dificultad de la tarea y la relatividad de sus resultados, teniendo en cuenta las dudas que pueden suscitarse en cuanto a la existencia de una posible práctica general, respaldada por una *opinio iuris* que puede presentarse incierta o poco clara, respecto de diversas reglas –incluidas algunas de tipo institucional, operacional o procesal– contenidas en los correspondientes tratados.

IV. “RESPETAR Y HACER RESPETAR”

A) LA OBLIGACIÓN JURÍDICO-INTERNACIONAL DE INCORPORAR Y APLICAR EN EL ORDEN ESTATAL EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

6. En orden a asegurar, en el doble plano internacional e interno, la efectiva aplicación de las normas del Derecho internacional humanitario, tanto los cuatro Convenios de 1949 (artículo 1 común) como el Protocolo adicional I (artículo 1, apartado 1) enuncian el compromiso de los Estados partes de respetar y hacer respetar sus disposiciones en todas las circuns-

tancias¹⁰. Esta obligación incondicional (“en todas las circunstancias”) a cargo de los Estados partes en esos tratados de respetar y hacer respetar sus disposiciones significa que sobre cada Estado recae, por una parte, el deber de hacer todo lo posible para que dichas disposiciones sean respetadas por sus órganos y en general por el conjunto de personas sujetas a su jurisdicción, y, por otra parte, el deber de actuar de modo apropiado para conseguir que tales disposiciones sean observadas por todos, en particular por los demás Estados. Este último aspecto puede justificar en ciertos casos el emprender acciones colectivas. No en vano se ha dicho que si ciertos nuevos protagonistas de las relaciones internacionales han podido entrar en escena para garantizar el respeto de las reglas humanitarias, tal entrada se ha hecho pasando por la puerta del artículo 1 de los Convenios, convertido en un principio clave del Derecho humanitario¹¹.

7. Un aspecto básico de esta obligación genérica de respetar y hacer respetar las normas convencionales de Derecho internacional humanitario es la concreta obligación de proveer a la ejecución interna de las mismas, “nacionalizándolas”, esto es, convirtiéndolas en parte integrante del ordenamiento jurídico estatal¹². El C.I.C.R. viene insistiendo desde hace años en la necesidad de poner en pie en los distintos Estados “medidas nacionales de aplicación en tiempo de paz” de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales, necesidad encarecida, por lo demás, en sucesivas reuniones de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. En

¹⁰ Si bien el Protocolo adicional II no contiene tal previsión, creemos que, al no hacer éste sino desarrollar y completar el artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949, la obligación de respetar y hacer respetar los Convenios se aplica por esta vía a los conflictos internos, extendiéndose a las distintas normas del Protocolo adicional II que desarrollan y completan dichos Convenios en este sector. Ver al respecto nuestro estudio “Consideraciones sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario, con especial referencia a su aplicación en el orden interno”, en *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1097-1113; p. 1099.

¹¹ L. Condorelli: trabajo citado, p. 129.

¹² Cfr. L. Condorelli y L. Boisson de Chazournes: “Quelques remarques à propos de l’obligation des Etats de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’”, en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet* (C. Swinarski, rédacteur), Genève-La Haye, 1984, pp. 17-35; p. 25. Estos autores advierten hasta qué punto las posibilidades de ver el Derecho internacional humanitario convenientemente respetado dependen de que los Estados respondan a su obligación de adaptar su propio Derecho interno a aquel Derecho, tanto más cuanto que la práctica demuestra lo poco que hay que esperar de los mecanismos internacionales de aplicación, que en los conflictos sobrevenidos a partir de la segunda guerra mundial apenas han sido utilizados (loc. cit., *ibid.*), excepción hecha –añadimos por nuestra parte– de las laudables intervenciones del C.I.C.R. con base en esa indeclinable iniciativa humanitaria que caracteriza a las diversas instituciones integrantes del Movimiento internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

este contexto, se ha tendido a poner especial énfasis en la conveniencia de adoptar y aplicar con rigor la legislación necesaria para que surta efecto la obligación de velar por que no quede impune quien cometa, u ordene se cometan, violaciones del Derecho internacional humanitario, concediéndose al respecto recíprocamente los Estados cuanta asistencia sea necesaria en juicios penales, incluido el suministro de pruebas judiciales e información de fuentes competentes, entre ellas los refugiados¹³. Del lado de las Naciones Unidas, la Asamblea General, en diversas ocasiones (así, la resolución 55/148 de 12 de diciembre de 2000), se ha adherido a la incitación proveniente de las instituciones de la Cruz Roja internacional –incitación que no queda confinada al aspecto de la represión de las violaciones, sino que se extiende a otros aspectos como la reglamentación de la utilización de los emblemas protegidos y la protección de los bienes culturales– para que los Estados apliquen del modo más efectivo posible en el plano nacional las normas del Derecho internacional humanitario por las que ellos mismos quedaron vinculados al incorporarse a los correspondientes instrumentos convencionales.

B) LA OBLIGACIÓN DE ADAPTAR LA LEGISLACIÓN PENAL INTERNA
A LAS PRESCRIPCIONES CONVENCIONALES REFERENTES A LA REPRESIÓN
DE LAS INFRACCIONES

8. Sin perjuicio de la responsabilidad que puede corresponder al Estado por la violación de obligaciones derivadas de reglas de Derecho humanitario¹⁴, tiende a cobrar cada vez más importancia la depuración de

¹³ Así consta en una de las recomendaciones, la VII, del Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra reunido en Ginebra los días 23 a 27 de enero de 1995.

¹⁴ Los tratados de Derecho humanitario no se desentienden de la cuestión de la responsabilidad estatal, si bien sus disposiciones al efecto, en exceso genéricas (artículos 51, 52, 131 y 148, respectivamente, de los cuatro Convenios de 1949, artículo 91 del Protocolo adicional I), requerirían ulteriores especificaciones normativas. En todo caso, en orden a la dilucidación de la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones graves del Derecho humanitario, no dejan de estar abiertas las vías tradicionales de conciliación o de arbitraje o la vía contenciosa ante la Corte Internacional de Justicia. En lo que a ésta se refiere, recuérdese la sentencia de 27 de junio de 1986 sobre el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, o los desarrollos procesales de los asuntos, aún *sub iudice*, originados por la reclamación introducida el 20 de marzo de 1993 por Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y por la demanda de Yugoslavia contra diez Estados miembros de la Alianza Atlántica presentada el 29 de abril de 1999.

Conviene advertir, por lo demás, que un mismo hecho internacionalmente ilícito puede suscitar la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual, una y otra situándose en planos diferentes y pudiendo ser exigibles ante foros diferentes. Ver al respecto el artículo 25, apartado 4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

una responsabilidad individual de carácter penal por conductas contrarias a ciertas exigencias éticas elementales, entre las que se hallan sin duda diversas violaciones del *ius in bello* (crímenes de guerra). Si bien excepcionalmente el Derecho internacional puede hacer funcionar un aparato coactivo propio para juzgar a los responsables de esas conductas –como en los casos de los dos tribunales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda o de la proyectada Corte Penal Internacional–, no suele ir más allá de la definición de los tipos delictivos, asumida en su caso por la legislación penal interna, dejando la tarea de persecución y punición en manos de los Estados. Ello conlleva que, en tanto continúe privándose al Derecho penal internacional de una estructura supranacional, éste seguirá desarrollando su sistema de aplicación indirecta actual¹⁵, basado en la cooperación policial y judicial entre los Estados y en la necesidad de una justa ponderación de los distintos títulos de jurisdicción que puedan ser invocados en orden a la represión de aquellas conductas.

En el ámbito del Derecho humanitario, los Convenios ginebrinos establecen a cargo de los Estados partes la obligación de adoptar medidas legislativas para determinar las sanciones penales que han de aplicarse a quienes cometan o den orden de cometer infracciones graves contra los propios Convenios¹⁶. Por su parte, el Protocolo adicional I enuncia el deber de los Estados partes en él de reprimir las infracciones graves¹⁷ e incluye una significativa cláusula orientada a evitar que queden exonerados de responsabilidad (penal o, en su caso, disciplinaria) los superiores por infracciones de sus subordinados si aquéllos tuvieran conocimiento de la infracción y no tomaran las medidas a su alcance para impedir la o reprimirla¹⁸. Tanto los Convenios como el Protocolo consolidan la posibilidad de incriminación y castigo de los culpables de estos actos delictivos incorporando sendas cláusulas que responden al arraigado principio *aut dedere aut iudicare*¹⁹.

9. En el plano nacional, una responsabilidad especial en orden a asegurar la estricta aplicación de las reglas del Derecho internacional humanitario recae sobre los jefes militares, en el doble aspecto de la prevención y

¹⁵ Cfr. M.C. Bassiouni: *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional* (traducción, notas y anexo de J.L. de la Cuesta), Tecnos, Madrid, 1984, p. 85.

¹⁶ Artículo 49 del primer Convenio, 50 del segundo, 129 del tercero y 146 del cuarto (primer párrafo de todos ellos).

¹⁷ Artículo 85, apartado 1.

¹⁸ Artículo 86, apartado 2.

¹⁹ Artículo 49 del primer Convenio, 50 del segundo, 129 del tercero y 146 del cuarto (segundo párrafo de todos ellos); artículo 88 del Protocolo adicional I.

de la represión de las infracciones²⁰. Pero en el orden general es el Estado, es decir, el conjunto de las instituciones estatales, el responsable de velar por el respeto de esas reglas, lo que supone que al Estado en cuanto tal le corresponde, sobre todo a través de la actuación del legislador y de los órganos judiciales, la tarea de definir y reprimir las violaciones de dichas reglas. Desde la doctrina²¹ y desde el propio entorno del C.I.C.R.²² se ha subrayado el carácter inderogable de la obligación de los Estados de no dejar en la impunidad a los autores de crímenes internacionales pertenecientes a la categoría de *ius cogens*, entre los que sin duda se encuentran las calificadas de infracciones graves en los Convenios de 1949 y en el Protocolo adicional I: con respecto a ellos, las obligaciones de los Estados se cifrarían, *inter alia*, en el deber de enjuiciar o de extraditar, la imprescriptibilidad de los actos de este tipo, la exclusión de cualquier clase de inmunidad (incluido el nivel de jefes de Estado o de gobierno), la imposibilidad de argüir el principio de obediencia a las órdenes de un superior salvo para invocarlo como causa atenuante de responsabilidad penal, la inderogabilidad de estas obligaciones en estados de emergencia o la exclusión como excusa absolutoria de los intereses y necesidades de índole política, militar o nacional, la garantía del derecho de todo aquel contra el que se hayan incoado acciones

²⁰ Ver al respecto el artículo 87 del Protocolo adicional I. Cabe entender que las reglas contenidas en este precepto (y en el apartado 2 del artículo 86) son de igual aplicación en el contexto de los conflictos no internacionales, en los cuales los deberes de los jefes hay que entenderlos referidos a los jefes de todas las partes contendientes, incluidos, pues, los grupos armados de oposición. Por otro lado, y desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, se ha propuesto interpretar el artículo 91 del Protocolo (que declara responsable al Estado de los actos realizados por quienes forman parte de sus fuerzas armadas) en consonancia con otros del propio Protocolo y de los Convenios de 1949 a fin de extender la responsabilidad estatal a los actos realizados por personas no militares como los funcionarios de la administración civil; en este sentido S. E. Nahlik: "Le problème des sanctions en droit international humanitaire", en *Etudes et essais...*, op. cit. supra en nota 12, p. 471.

En lo que se refiere al Derecho español, las prescripciones internacionales sobre la especial responsabilidad de las autoridades castrenses han sido "interiorizadas" en diversos textos, entre ellos, la Ley Orgánica 4/1987 de competencia y organización de la jurisdicción militar, el Código Penal Militar de 1985, la Ley Orgánica 12/1985 sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas de 1978. Ver Estado Mayor del Ejército: *Orientaciones. El Derecho de los conflictos armados*, T. III, 1996, Capítulo 6.

²¹ Ver M.C. Bassiouni: "La represión de crímenes internacionales: *ius cogens* y *obligatio erga omnes*", en *Represión nacional de las violaciones del Derecho internacional humanitario (sistemas romano-germánicos)* (Informe de la reunión de expertos, Ginebra, 23-25 de septiembre de 1997), C.I.C.R., Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, s. f., pp. 29-55; pp. 29, 30.

²² Ver M. T. Dutli: "La represión, a nivel nacional, de las violaciones de las normas del Derecho internacional humanitario y los trabajos del Servicio de Asesoramiento del C.I.C.R.", en *Represión nacional...*, cit. en la nota precedente, pp. 23-28; pp. 24-25.

penales a consecuencia de esos actos a un juicio justo, el deber de facilitar la cooperación con otros Estados en lo concerniente a la asistencia judicial y la extradición, y la jurisdicción universal, principio éste que propicia la persecución y el castigo de los autores de las infracciones cualquiera que sea su nacionalidad y el lugar donde el acto se perpetre.

Por desgracia, algunos de estos distintos aspectos de lo que deberían ser las obligaciones básicas de los Estados en lo que respecta a la punición de crímenes que van contra intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, no cuentan con un reconocimiento universal del que pudiera deducirse una *opinio iuris* general de los Estados. En este sentido se ha podido denunciar la existencia de una brecha entre la teoría del Derecho y la realidad jurídica, señalando cómo la práctica de los Estados evidencia que con harta frecuencia se concede impunidad a los crímenes de *ius cogens*, que el principio de la jurisdicción universal dista de ser reconocido y aplicado generalmente y que el deber de enjuiciar o extraditar recibe tan sólo una aplicación ocasional y no parece establecido salvo cuando se deriva de las obligaciones específicas de un tratado²³. Ello obedece a la barrera que la soberanía de los Estados sigue representando para una efectiva represión de las conductas aquí consideradas, lo que explica que a menudo las exigencias de la justicia se abandonan en aras de una solución política.

10. Respetar y hacer respetar el Derecho internacional humanitario implica, ante todo, dar ejecución en el plano interno a las reglas de ese Derecho a través de una actividad legislativa de adaptación, y, en segundo lugar, establecer por vía de acuerdo entre los Estados un sistema de cooperación judicial efectivo que, al amparo del principio *aut dedere aut iudicare* y ajustándose en lo posible a las pautas de la jurisdicción universal, excluya que los crímenes de guerra queden impunes²⁴. No obstante, y considerando los obstáculos que frenan los esfuerzos por hacer efectivas las obligaciones de los Estados en este terreno, el intento de instaurar una

²³ En este sentido Bassiouni en loc. cit. supra en nota 21, pp. 30-31.

²⁴ Se ha sugerido al respecto que, en lo que se refiere a las conductas contrarias al Derecho internacional humanitario, aquellos ordenamientos estatales que sólo hayan tipificado esas conductas como delitos cuando sean realizadas por los nacionales deberían ser completados para acomodarlos a la jurisdicción universal que de los Convenios de 1949 y del Protocolo adicional I se deriva; en este sentido E. Orihuela en el estudio citado supra en nota 5, p. 46. Ello sin perjuicio de añadir por nuestra parte que las infracciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados no internacionales deberían poder ser perseguidas a su vez en aplicación de la jurisdicción universal (tal vez con carácter potestativo y no obligatorio) sobre la base del Derecho internacional consuetudinario.

jurisdicción penal internacional de carácter permanente, complementaria respecto de la de los Estados, debe ser bien recibido y apoyado por la comunidad internacional. El efectivo ejercicio de esa jurisdicción, al igual que el de las jurisdicciones *ad hoc* ya creadas y en activo, requiere a su vez una actividad legislativa interna a través de la cual se organice la colaboración entre las autoridades nacionales y el tribunal o corte internacional, teniendo en cuenta la necesidad de identificar las instancias judiciales internas competentes para entrar en relación directa con dicho tribunal o corte, de regular el procedimiento que ha de seguirse cuando los tribunales nacionales sean requeridos de inhibición por la jurisdicción internacional, de establecer las condiciones de la detención y entrega de la persona inculpada así como del cumplimiento de las penas de privación de libertad en el territorio del Estado en caso de haber aceptado éste hacerse cargo del condenado a fines de ejecución de la sentencia, etc.²⁵

C) EL DEBER DE DIFUSIÓN

11. Conocer las reglas y hacérselas conocer a quienes deben aplicarlas en cada caso contribuye a garantizar su respeto y su correcta ejecución. Se trata, por otra parte, de un deber, de una obligación convencional a cargo de los Estados vinculados por los Convenios²⁶ y por los Protocolos²⁷. El compromiso de difusión presenta, como se ha dicho²⁸, un carácter absoluto (“tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra”), y el cumplimiento de la obligación correspondiente se proyecta en el cumplimiento de la que a nivel particular recae sobre los comandantes en relación con sus subordinados²⁹, previendo el Protocolo I, a fin de hacerla posible, la formación de personal cualificado³⁰ y de Consejeros jurídicos en las fuerzas armadas³¹.

En la resolución 21 (“Difusión del Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados”) aprobada en el seno de la Conferen-

²⁵ Estos y otros aspectos aparecen regulados en Derecho español en las dos Leyes orgánicas, 15/1994 de 1 de junio y 4/1998 de 1 de julio, para la cooperación con los Tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, respectivamente. Y, una vez ratificado por España (el 24 de octubre de 2000) el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se hace preciso elaborar un nuevo texto legal para la cooperación con la Corte que, *mutatis mutandis*, siga la línea de las dos mencionadas leyes orgánicas.

²⁶ Artículos 47, 48, 127 y 144, respectivamente, de los cuatro Convenios de 1949.

²⁷ Artículo 83 del Protocolo adicional I, artículo 19 del Protocolo adicional II.

²⁸ E. Orihuela: op. cit., pp. 8-9.

²⁹ Artículo 87, apartado 2.

³⁰ Artículo 6, apartado 1.

³¹ Artículo 82.

cia diplomática celebrada en Ginebra entre 1974 y 1977 con vistas a la adopción de los dos Protocolos adicionales, se venía a invitar a los Estados a adoptar distintas medidas en orden a una difusión eficaz del Derecho internacional humanitario y de los principios fundamentales que constituyen su base (concebir y poner en práctica modalidades de enseñanza de este Derecho adaptadas a las condiciones nacionales, realizar en tiempo de paz la formación de un personal calificado apto para enseñar este Derecho y para facilitar su aplicación, intensificar su enseñanza en las universidades –facultades de Derecho, Ciencias Políticas y Medicina, entre otras– e introducirla en las escuelas secundarias o asimiladas)³².

La difusión en tiempo de paz conlleva, según disponen los textos convencionales, el compromiso de incorporar el estudio de dichos textos en los programas de instrucción militar y, hasta donde sea posible, civil, a fin de que los principios que están en su base sean conocidos por el conjunto de la población. Desde las instituciones de Cruz Roja se ha venido insistiendo en la necesidad de que los Estados elaboren y utilicen manuales sobre el Derecho de los conflictos armados como parte integrante de la formación militar, redoblen sus esfuerzos para impartir la enseñanza del Derecho internacional humanitario a instructores civiles y castrenses así como a los miembros de administraciones civiles, fuerzas armadas y fuerzas de seguridad (incluidos, en particular, quienes participen en operaciones de mantenimiento de la paz), sensibilicen a los medios de comunicación sobre la necesidad de que las reglas humanitarias sean respetadas en situaciones de conflicto, velen por la incorporación de estas reglas en los procedimientos operacionales de sus fuerzas armadas y de seguridad, y faciliten en lo posible las iniciativas del C.I.C.R. para que, en cooperación con las Sociedades Nacionales y la Federación Internacional, medios de comunicación, instancias religiosas y otras instancias equiparables, desarrolle maneras innovadoras de promover la aceptación del Derecho internacional humanitario y los principios de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja por todas las partes involucradas en situaciones de conflicto armado³³.

12. Sin perjuicio de la relevancia de las actuaciones del C.I.C.R. y de la Federación Internacional en la labor de incitación de la actividad de los

³² Ver *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª edición, Ginebra, 1994, pp. 294-295.

³³ Ver, en esta línea, la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 1993), la recomendación IV del Grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 1995), y el Plan de Acción (1, objetivo final 1.4) aprobado en la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1999), entre otras iniciativas.

Estados en este terreno de la difusión, un lugar señalado en orden a vencer las posibles negligencias o pasividades estatales les está reservado a las Sociedades Nacionales de Cruz Roja, por su cercanía a las instituciones oficiales y su capacidad de diálogo con ellas. Por poner un ejemplo, en el caso español el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (C.E.D.I.H.) de la Cruz Roja Española, aparte de su apreciable labor de asesoramiento técnico, dirige en buena parte sus esfuerzos a la difusión y enseñanza del Derecho internacional humanitario, impartiendo cursos y seminarios (alrededor de 60 cada año) dirigidos a las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad del Estado, estudiantes universitarios, miembros de las instituciones de Cruz Roja y población en general. En los últimos años el Centro ha venido desarrollando, además, una importante labor de formación en Derecho humanitario de oficiales de ejércitos africanos y de Europa oriental. Por otra parte, profesores del Centro participan en cursos dirigidos a militares y policías destinados a misiones de paz de carácter internacional; y miembros de Cruz Roja han estado presentes en maniobras militares, teniendo así oportunidad de colaborar en la aplicación del Derecho Internacional humanitario en situaciones reales. A la vista de todo ello, la Cruz Roja Española se congratula, entre otras cosas, por haber extendido su labor de difusión al ámbito universitario, haber consolidado su acción divulgativa hacia las esferas castrenses y de seguridad del Estado, haber iniciado una interesante experiencia de participación en procedimientos operacionales, haber dado una proyección internacional a las tareas de difusión del Derecho internacional humanitario de su citado Centro de Estudios, y, ya en el terreno del asesoramiento, haber hecho propuestas legislativas para el desarrollo del Derecho internacional humanitario en la legislación española³⁴.

D) VARIEDAD DE LAS MEDIDAS DE APLICACIÓN

13. Las medidas nacionales de aplicación del Derecho Internacional humanitario revisten, como ya dijimos, una importancia especial. No se

³⁴ Entre ellas, la propuesta que en 1995 condujo a la inserción en el Código penal de un nuevo capítulo relativo a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Ver sobre este punto nuestra ponencia "Sanción de infracciones graves y violaciones del Derecho internacional humanitario: Modelo de la legislación española", en *Derecho internacional humanitario. Memoria del Seminario-Taller Internacional, Centro Capitolio, La Habana, Cuba, 9 al 11 de marzo de 1998*, C.I.C.R., Guatemala, 1998, pp. 191-217.

trata sólo de medidas legislativas situadas, por ejemplo, en el ámbito de la represión de las infracciones graves de ese Derecho (ver más arriba), sino de un vasto conjunto de medidas, administrativas y de ejecución material, que ya en tiempo de paz deben poner en práctica los Estados a fin de garantizar la adecuada protección de personas y bienes en situaciones de conflicto armado. Un somero examen del bloque normativo internacional relativo a la protección de los bienes culturales (Convención de 1954 y sus dos Protocolos) nos puede dar la pauta de las actuaciones estatales de distinta índole que se requieren para la correcta aplicación de las correspondientes reglas. Por su parte, la Convención de 1954 enuncia, entre otros, el compromiso de los Estados partes de preparar en tiempo de paz la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado mediante las medidas que consideren apropiadas (artículo 3), y asimismo el compromiso de respetar esos bienes absteniéndose de utilizar los mismos, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado (artículo 4). De estos dos compromisos se desprenden diversas obligaciones, algunas que por obvias no se enuncian *expressis verbis* en la Convención (así, confeccionar un inventario completo de los bienes dignos de protección) y otras que vienen exigidas por sus disposiciones, como el cumplimiento de las condiciones relativas a los bienes bajo “protección especial” (artículo 8, sobre todo apartados 1-a) y 5), la adopción de medidas para la protección del emblema (artículos 6, 10, 16 y 17), la aplicación de sanciones (artículo 28), etc., aparte del deber de difusión (artículo 25) y de los deberes de carácter militar de introducir en las ordenanzas para uso de las tropas disposiciones destinadas a asegurar la observancia de la Convención y de establecer en el seno de las unidades militares servicios o personal especializado cuya función sea velar por el respeto de estos bienes (artículo 7). En lo que se refiere al segundo Protocolo de la Convención, adoptado en 1999 con vistas a reforzar las medidas de protección previstas en ella, precisando nociones como la de necesidad militar e incluyendo disposiciones nuevas sobre responsabilidad y represión de las infracciones, se refiere, por ejemplo, dentro de las disposiciones generales relativas a la protección de los bienes culturales, a una serie de “medidas preparatorias” que deberán traducirse en acciones aplicativas a nivel interno: preparación de inventarios, planificación de medidas de emergencia para la protección contra incendios o derrumbamientos de estructuras, preparación del traslado de bienes culturales muebles o suministro en su caso

de una protección adecuada *in situ*, designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguardia de estos bienes (artículo 5). Hay que lamentar el hecho de que, hasta ahora, sólo unos pocos Estados, de entre el centenar que se han incorporado a la Convención de 1954, han obrado con diligencia en la adopción de medidas –algunas tan poco gravosas como las de señalización de los bienes– en cumplimiento de sus obligaciones convencionales. A fin de corregir esta situación, el C.I.C.R., en colaboración con la UNESCO, organizó una reunión de expertos sobre la aplicación a nivel nacional de las reglas de protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que tuvo lugar en Ginebra los días 5 y 6 de octubre de 2000 y cuyas deliberaciones servirán de base para la redacción de unas líneas directrices sobre la aplicación nacional de la Convención de 1954 y de sus dos Protocolos.

E) CONVENIENCIA DE CREAR “ÓRGANOS DE ANIMACIÓN”

14. A fin de impulsar la adopción de las medidas necesarias para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, los Estados deberían crear órganos de *ad hoc* cuyas funciones fueran, entre otras, asesorar a las autoridades públicas y coordinar las actuaciones de las distintas dependencias de la Administración en orden a la aplicación de las normas del Derecho internacional humanitario así como a su difusión y su desarrollo. Sobre la base de reiterados llamamientos del C.I.C.R. en este sentido, más de sesenta Estados han tomado ya una iniciativa de este tipo. En tales órganos deberían incluirse no sólo representantes de diferentes Ministerios (Defensa, Cultura, Asuntos Exteriores, etc.), sino también miembros de organizaciones no gubernamentales, con la correspondiente Sociedad Nacional de Cruz Roja a la cabeza, y otros integrantes de la sociedad civil (sanitarios, expertos, representantes de las universidades y de otros centros de investigación).

V. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS

A) LOS MEDIOS DE CONTROL

15. Si bien es cierto que en orden a la aplicación del Derecho internacional humanitario no hay, según ya dijimos, nada que pueda sustituir a la voluntad política de los Estados, hay que reconocer que este sector normati-

vo cuenta con mecanismos concebidos para propiciar la ejecución de sus prescripciones. No es éste el momento de hacer un examen crítico de las instituciones y vías procesales establecidas en el marco del Derecho internacional humanitario para controlar en diverso grado el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los textos convencionales y del Derecho consuetudinario. Baste decir que los Estados vienen mostrándose remisos a servirse de los medios de control ideados por ellos mismos y puestos a su disposición por los tratados de Derecho humanitario a los que voluntariamente se han incorporado. Entre esas instituciones y vías procesales se cuentan la figura de las Potencias protectoras y de sus eventuales sustitutos, la Comisión Internacional de Encuesta creada con base en el artículo 90 del Protocolo adicional I, los procedimientos, previstos en los Convenios, de conciliación³⁵ y de encuesta³⁶, y, en lugar muy destacado, el C.I.C.R., verdadero custodio de la legalidad humanitaria al amparo del derecho convencional de iniciativa que con carácter comprensivo le otorgan los tratados y que él utiliza sabiamente a través de diversas actuaciones de verificación, asistencia y supervisión apoyadas en un diálogo constante con las autoridades (incluidos los jefes de los grupos rebeldes en los conflictos internos), en lo que bien podría calificarse de ejercicio de “diplomacia discreta”. Quitando, desde luego, el papel tan positivo del C.I.C.R., no puede decirse que los mecanismos institucionales y procesales generados por el Derecho convencional humanitario hayan funcionado. Habría, pues, que incentivar el recurso a las Potencias protectoras –confeccionando tal vez una lista de Estados dispuestos a aceptar en su caso tal función y susceptibles a su vez de ser aceptados por un amplio número de Estados–, y habría que activar el resorte de la Comisión Internacional de Encuesta, la cual, pese a contar ya con 60 declaraciones de Estados partes en el Protocolo adicional I reconociendo su competencia para proceder a una investigación, todavía no se ha estrenado, bien por haberse negado alguna de las partes contendientes a recurrir a ella (así, en el conflicto de Bosnia-Herzegovina), bien so pretexto del carácter no internacional del conflicto³⁷.

³⁵ Artículo 11 de los tres primeros Convenios, artículo 12 del cuarto Convenio.

³⁶ Artículos 52, 53, 132 y 149, respectivamente, de los cuatro Convenios.

³⁷ Piénsese en la cadena de conflictos que se desarrolló en la región de los Grandes Lagos, a pesar de las claras prolongaciones internacionales en algunos casos. Por parte del C.I.C.R. se ha destacado la disposición de la Comisión Internacional de Encuesta de actuar, siempre que las partes enfrentadas lo consientan, en relación con conflictos internos; pero no pocos Estados, escudados en el tenor literal del artículo 90 del Protocolo I, son contrarios a aceptar tal posibilidad. Ello quedó patente en los debates habidos en el seno del Comité de redacción de la XXVII Conferencia internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

16. Una exploración de nuevas vías para introducir resortes, por tenues que sean, en orden a controlar la conducta de los Estados en este terreno, podría encontrar apoyo jurídico en disposiciones como el artículo 7 del Protocolo adicional I, que prevé la posibilidad de que el depositario de éste convoque reuniones de los Estados partes para estudiar problemas relativos a la aplicación de los Convenios y del propio Protocolo, por más que se hace la salvedad de que se trate de “problemas generales”. En concreto se ha sugerido la posibilidad de instaurar un sistema de control basado en la remisión por los Estados de informes periódicos a un órgano *ad hoc* (tal vez el propio C.I.C.R.), en la línea de los sistemas ya existentes en el campo de la protección internacional de los derechos humanos. Los Estados, no obstante, parecen reacios a consentir incluso un mecanismo de control tan poco constringente, de modo que la alternativa podría ser la introducción de un procedimiento de examen voluntario sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario en el plano nacional por los Estados interesados, en la dirección de una propuesta presentada al efecto por la Cruz Roja Danesa en cooperación con el Grupo Europeo de Apoyo Jurídico³⁸. Entre tanto, se sigue insistiendo en la conveniencia de articular un sistema operativo de intercambio de información sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario³⁹ a la vez que se alienta a los Estados –a través de esos comités nacionales que puedan crearse en su seno o por otros conductos– a remitir información sobre legislación, jurisprudencia y medidas adoptadas o proyectadas al Servicio de Asesoramiento del C.I.C.R.⁴⁰.

B) LOS CONTROLES “EXTERIORES” Y LA APARICIÓN EN ESCENA DE NUEVOS ACTORES INTERNACIONALES

17. Una disposición convencional en el campo del Derecho internacional humanitario alude a la posibilidad de participación de una organización internacional en la tarea de velar por el respeto de los principios y reglas de este sector jurídico. Se trata del artículo 89 del Protocolo adicio-

³⁸ Cfr. Consejo de Delegados (Sevilla, 26-27 de noviembre de 1997), proyecto de resolución sobre “Aplicación nacional del Derecho internacional humanitario”, 7.

³⁹ Ver en este sentido el “Plan de Acción” aprobado en la XXVII Conferencia internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *sub* objetivo 1.3, párrafo 13 *in fine*. Los Convenios (artículos 48, 49, 128 y 145, respectivamente) y el Protocolo adicional I (artículo 84) contemplan en abstracto este cauce de cooperación interestatal.

⁴⁰ Ver el citado “Plan de Acción”, *ibid.*, párrafo 14.

nal I, que bajo la sugerente rúbrica “Cooperación”, dispone que en situaciones de violaciones graves de los Convenios o del Protocolo los Estados partes en éste se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, *en cooperación con las Naciones Unidas* y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Se trata de un precepto que convoca a los Estados a cooperar entre sí y con la organización universal con vistas a la adopción de medidas colectivas para hacer frente a posibles violaciones graves del Derecho humanitario. En este sentido, llevan razón quienes sostienen que dicho precepto se sitúa más bien en el terreno de la sanción que en el del control, pues parece responder en efecto a una finalidad sancionadora que presupone que los controles puestos en práctica no han conseguido evitar las infracciones. No obstante, esa “cooperación” a la que el artículo 89 alude, abre la posibilidad de acciones muy variadas de los distintos órganos de las Naciones Unidas, algunas confinadas en el terreno del control y otras ubicadas ya en el de la sanción, incluido *in extremis* el recurso a la fuerza armada no contrario a la Carta de las Naciones Unidas. Esto último plantea la delicada cuestión de la justificación y la determinación de las condiciones y límites de la “intervención humanitaria”, en su doble faceta de intervención para hacer frente a violaciones graves, continuadas y masivas de los derechos humanos y del Derecho humanitario (por ejemplo, en los casos de genocidio o de otras prácticas de “limpieza étnica”) o de intervención para garantizar que la asistencia humanitaria a las víctimas de un conflicto armado llegue de modo expedito a su destino en aquellos casos en que las autoridades de una o varias de las partes contendientes obstaculicen por la fuerza la conducción de los socorros. No nos parece oportuno abordar aquí cuestiones como ésta, respecto de las cuales se suscitan problemas relativos al *ius ad bellum* aun cuando sea en conexión con la necesidad de garantizar el respeto de principios y reglas del *ius in bello*. Limitémonos a señalar, en la línea de las reflexiones de destacados representantes del C.I.C.R.⁴¹, que existe en Derecho internacional un derecho de las víctimas a recibir asistencia, que las partes contendientes no pueden rehusar arbitrariamente consentir el envío de socorros, y que la intervención armada con fines humanitarios, aunque a veces sea necesaria, no deja de ser un mal menor en situaciones extremas, pues es el resultado de un

⁴¹ Cfr. al respecto Y. Sandoz: “Límites y condiciones del derecho de intervención humanitaria. Derecho de intervención y Derecho internacional en el ámbito humanitario. Hacia una nueva concepción de la soberanía nacional” (ponencia presentada en la sesión pública de la Comisión de Asuntos Exteriores y Seguridad del Parlamento Europeo sobre el derecho de intervención humanitaria, Bruselas, 25 de enero de 1994).

doble fracaso, el de la solución pacífica de diferencias y, en lo que aquí nos interesa, el del Derecho internacional humanitario, cuya finalidad, en las guerras, es hacer que se apliquen las normas humanitarias sobre una base consensual, sin necesidad de recurrir a la fuerza⁴².

18. En todo caso, hay que constatar que las Naciones Unidas vienen llevando a cabo un vasto y variado conjunto de acciones al servicio de la causa del respeto de las reglas humanitarias, pudiendo decirse en este sentido que el Derecho de Nueva York –en cuyo marco se ha acuñado la expresión “respeto de los derechos humanos en los conflictos armados”– ha venido en ayuda de los Derechos de Ginebra y La Haya, a partir sobre todo de la consideración de que ciertas situaciones de conflicto bélico en las que los derechos humanos y los principios humanitarios son objeto de graves violaciones, constituyen de por sí amenazas para la paz y la seguridad internacionales en los términos de los capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas. En otro lugar⁴³ hemos examinado los distintos aspectos de la contribución de la Organización Mundial al desarrollo progresivo y la aplicación del Derecho internacional humanitario (resoluciones, de naturaleza legislativa o política, de la A.G.N.U.; actuaciones de relatores especiales, grupos de trabajo y otros órganos en la esfera de los derechos humanos, con funciones de desarrollo de normas, de supervisión o de investigación de los hechos; buenos oficios, estudios y verificación a cargo del Secretario General; y, sobre todo, adopción de medidas muy variadas –creación de comisiones de investigación y de tribunales penales internacionales, presión sobre las partes contendientes para que respeten el Derecho humanitario, condena de las violaciones, despliegue de acciones coercitivas en casos extremos– por parte del C.S.N.U.). En relación con algunos de esos aspectos, se suele poner de relieve el riesgo de politización de la acción, lo que, no sin razón, ha llevado a excluir que la O.N.U. constituya el mecanismo ordinario de *mise en ouvre* del Derecho internacional humanitario, o que, en particular, el Consejo de Seguridad pueda funcionar como el medio corriente para asegurar el respeto de este Derecho en todas las situaciones, aun admitiendo la posibilidad de considerar

⁴² Ni que decir tiene que, desde la perspectiva del Derecho internacional general, deben rechazarse las acciones unilaterales de fuerza (de Estados individuales o de grupos o alianzas de Estados) que, aunque puedan responder a fines humanitarios, no estén ancladas en el sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas. Y, por otra parte, debe considerarse que toda intervención armada, independientemente de sus motivos, supone la estricta aplicación del Derecho internacional humanitario.

⁴³ Ver nuestro estudio citado supra en nota 1, especialmente pp. 369-384.

en circunstancias muy excepcionales su intervención como una especie de *ultima ratio*⁴⁴.

C) LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL Y OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA “INTERNA”

19. Una cuestión pendiente para el Derecho internacional humanitario –o, más bien, para quienes lo construyen y aplican– es la regulación de los conflictos armados internos. Aun reconociendo las dificultades de orden político (sobre todo la renuencia de los gobiernos a aceptar la atribución a los grupos rebeldes de un estatuto jurídico-bélico de cierta entidad) en orden a proveer de una protección reforzada a quienes participan en las hostilidades en estos casos, razones éticas y jurídicas militan, creemos, en pro de extender a los conflictos internos, hasta donde sea posible, el régimen básico (reglas de los estatutos de combatiente y de prisionero de guerra, reglas sobre protección de las personas y bienes civiles contra los efectos de las hostilidades) previsto para los conflictos internacionales. Sin perjuicio de que una progresiva equiparación en el plano de la regulación positiva pueda abrirse paso a través de paulatinos desarrollos por vía consuetudinaria, hay que darle la razón al Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia cuando, en la decisión del 2 de octubre de 1995 de su Sala de Apelaciones en el caso *Tadic*, sostiene que “what is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife”⁴⁵. Desde sus propios presupuestos de acción, el C.I.C.R. viene contribuyendo, con sus indicaciones a los gobiernos para que respeten y apliquen en los conflictos internos diversas reglas codificadas para los conflictos internacionales, sobre todo en lo que se refiere al *status* de los prisioneros, a consolidar esa tendencia a la equiparación jurídica. Tendencia que, en el plano sociológico, encuentra hoy apoyo en el hecho de que, desde el punto de vista de la polemología, no resulta fácil seguir defendiendo la rígida dicotomía conflictos internacionales / conflictos sin carácter internacional, a los efectos de aplicación a unos y otros de reglas del juego diferentes. Una de las lagunas más ostensibles del Derecho humanitario en

⁴⁴ En este sentido, L. Condorelli en su citado trabajo en los *Mélanges Thierry*, pp. 130-131. Ver asimismo las consideraciones que a propósito del artículo 89 del Protocolo adicional I hace Ph. Bretton en su también citado trabajo en dichos *Mélanges*, pp. 69-70.

⁴⁵ Párrafo 119 de la decisión.

relación con los conflictos internos es la falta de previsión de resortes institucionales de garantía y control, según resulta patente en el terreno del *fact-finding*, que no cuenta en este tipo de conflictos con órganos y técnicas previstos para los internacionales en los Convenios de 1949 y en el Protocolo I de 1977. Los órganos que en diversas organizaciones internacionales velan por el respeto de los derechos humanos pueden prestar en este aspecto una contribución positiva, al igual que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en el caso de conflictos internos que en su apreciación pongan en peligro la paz) y las jurisdicciones penales internacionales.

20. Está, en fin, esa zona gris constituida por las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores (sucesos de la plaza de Tiannamen, estallidos recurrentes de violencia en la India o en Argelia, conflicto de Chiapas), respecto de las cuales, y a falta de un proceso objetivo de calificación de la situación como conflicto armado o como simples actos esporádicos o discontinuos de violencia inferiores al umbral que permitiría aplicar las reglas del Protocolo II, los Estados pueden sentirse tentados a rebajar su nivel de respeto de los derechos humanos a ese núcleo duro de derechos que no pueden suspenderse ni siquiera en situaciones excepcionales de peligro público, sin que por otra parte las garantías propias del Derecho humanitario –al menos las previstas para los conflictos armados internos– resulten aplicables⁴⁶. Ello aconseja que se haga un esfuerzo en seguir desarrollando el Derecho en este punto, a fin de añadir al núcleo duro de los derechos no derogables según el Derecho Internacional de los derechos humanos unas reglas mínimas *ad hoc* (sobre protección especial de personas pertenecientes a grupos vulnerables, protección de heridos, condiciones de privación de libertad, diligencias penales, etc.) que se acercasen al nivel protector asegurado por el artículo 3 común en el ámbito del Derecho internacional humanitario.

⁴⁶ Se ha indicado al respecto que, comparado a estas garantías, el núcleo duro de los derechos humanos carece en particular de reglas sobre protección y asistencia a los heridos, prohibición de las deportaciones, limitaciones al uso de la fuerza por las fuerzas de seguridad y, sobre todo, garantías judiciales, con el riesgo, en este caso, de poder verse vaciado el derecho a la vida de una gran parte de su sustancia. En este sentido, M. Sassóli: “Mise en oeuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l’homme: Une comparaison”, en *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht/Annuaire Suisse de Droit International*, Vol. XLIII, 1987, p. 30. Ver asimismo T. Meron: “On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument”, en *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, 3, pp. 602-603.

VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN

21. A lo largo de su evolución, el Derecho internacional humanitario, igual que otros sectores del Derecho internacional, ha ido desarrollando reglas sustantivas, orientadas a regular la conducta de los beligerantes en cualesquiera situaciones de conflicto armado y a proteger a las víctimas de la guerra; y, por otro lado, ha venido pugnando por elevar sus niveles de eficacia mediante la creación de instituciones y procedimientos capaces de garantizar, en la mayor medida posible, la correcta aplicación de aquellas reglas.

A pesar de los logros alcanzados, existen todavía, a las puertas del III Milenio, vacíos jurídicos y carencias institucionales en el Derecho internacional humanitario. La superación de la situación presente depende en buena parte de la voluntad política de los Estados, pero no se debe pasar por alto la significación que en este orden de cosas tiene la difusión de las normas de este sector jurídico en el seno de las fuerzas armadas, de los cuerpos de seguridad del Estado y de la propia sociedad civil; para lo cual resulta necesaria la colaboración de las autoridades públicas, de las instituciones de enseñanza y de los diversos componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

El C.I.C.R. viene insistiendo en la necesidad de una adhesión universal a los instrumentos convencionales básicos del Derecho internacional humanitario, incluidos algunos relativos a la prohibición o la limitación del empleo de ciertos tipos de armas o a la instauración de mecanismos internacionales con capacidad para juzgar a personas responsables de la comisión de crímenes de guerra, como es el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Al mismo tiempo, el propio C.I.C.R., con base en las aportaciones de varios gobiernos y sociedades nacionales de Cruz Roja, se esfuerza en la actualidad en deducir de la práctica de los Estados la vigencia de ciertas reglas humanitarias en cuanto Derecho consuetudinario, es decir, con independencia de su formulación en textos convencionales como los Protocolos adicionales de 1977.

Pero, aparte de esa cuestión de la aceptación lo más amplia posible de las normas del Derecho internacional humanitario, está el aspecto crucial de la aplicación efectiva de dichas normas por parte de los Estados. Deberían reforzarse al respecto los mecanismos que propicien el seguimiento de las medidas estatales que vayan adoptándose en ejecución de las obligaciones convencionales contraídas (intercambio de información entre los gobiernos, cooperación con las Naciones Unidas en situaciones de violaciones graves de los Convenios o del Protocolo adicional I, activación de procedimientos

como los de conciliación y encuesta previstos en los Convenios de 1949 o el contemplado en el artículo 90 del Protocolo adicional I). Debería incluso idearse la implantación de mecanismos nuevos de control, extraídos tal vez de la experiencia de los órganos que, en el seno de las Naciones Unidas o de ciertas organizaciones internacionales regionales, actúan en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos.

Las medidas nacionales de aplicación del Derecho Internacional humanitario revisten una importancia especial. No se trata sólo de medidas legislativas situadas en el ámbito de la represión de las infracciones graves de ese Derecho, sino de un vasto conjunto de medidas (administrativas y de ejecución material) que ya en tiempo de paz deben poner en práctica los Estados a fin de garantizar la adecuada protección de personas y bienes en situaciones de conflicto armado; ello resulta patente, por ejemplo, en la esfera de la protección de los bienes culturales cubierta por la Convención de 1954 y sus dos Protocolos.

Es indispensable, por otra parte, reconocer que ciertas pautas normativas de carácter humanitario recogidas en los textos convencionales vigentes, por basarse en la rígida dicotomía conflictos internacionales/conflictos sin carácter internacional, no responden a las realidades sociológicas que hoy apuntan en el ámbito de la polemología. Ello debería llevar a una relativización progresiva de la clásica distinción entre conflictos internos e internacionales a fin de aplicar a aquéllos un cuerpo de normas que garantice una protección de Derecho humanitario equiparable a la dispensada en el marco de la regulación de los conflictos de naturaleza interestatal. Por lo demás, la comunidad internacional debería esforzarse en establecer cauces normativos e institucionales que aseguren en situaciones de crisis una calificación objetiva del conflicto como conflicto armado, a los efectos de la constatación de su existencia en cada caso. Y, en lo concerniente a los supuestos marginales de “tensiones internas y disturbios interiores”, habría que seguir trabajando en la elaboración de unas reglas mínimas capaces de garantizar una protección humanitaria básica en tales situaciones que se caracterizara por su especificidad frente a las reglas procedentes del campo de los derechos humanos.

En vista de la deseada eficacia del sistema, habría, en fin, que promover en el interior de los Estados la creación de mecanismos e instituciones (asesores jurídicos de las fuerzas armadas, comisiones nacionales de carácter interministerial con participación de representantes de la sociedad civil, etc.) que fortalezcan la capacidad –y el interés– de adaptación de la política estatal a las exigencias del Derecho internacional humanitario.