

**EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
ANTES Y DESPUES DE LA SEGUNDA GUERRA
MUNDIAL**

por **JOSE MANUEL PELAEZ MARON**

SUMARIO

- I. GENESIS HISTORICA DEL DERECHO DE LA GUERRA
 1. Comunidad inorgánica y violencia
 2. La aportación de Roma y la influencia del cristianismo
 3. El Estado soberano: la secularización de la política y de la guerra
 4. El siglo XIX: de la «nación en armas» a la «guerra total»
- II. CODIFICACION Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
 1. El pacifismo y las corrientes pacifistas
 2. Las conferencias de la Paz de la Haya
 3. La solución de conflictos en el Pacto de la Sociedad de Naciones
 4. Los acuerdos de Locarno y el Pacto Briand-Kellogg
- III. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO TRAS LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL
 1. El Derecho de Ginebra
 2. El proceso descolonizador y los conflictos armados
 3. La Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional humanitario
 4. Los Protocolos adicionales de los Convenios de Ginebra de 1949
 5. Conflictos armados internacionales y conflictos armados internos
 6. Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: una raíz común y una interacción imprescindible

I. GENESIS HISTORICA DEL DERECHO DE LA GUERRA

1. Comunidad inorgánica y violencia

Es bien sabido que el hombre es un ser social, esto es, que necesita de otros para su propia supervivencia. La cooperación ha sido siempre natural y necesaria. En definitiva no es otra cosa que la realización histórica del principio de solidaridad consustancial a todo colectivo humano. Fue F. TÖNNIES (1) quien analizó por primera vez, el significado y dirección de las fuerzas profundas de la solidaridad. Dos vectores dimanaban de ésta: uno en el que el impulso aglutinante proviene de la identidad o semejanza y otro, en el que es justamente la diferencia, la semejanza la que lleva a la acción coordinada. El primero se desenvuelve en el plano natural e instintivo y comporta básicamente una carga afectiva. Compone, por consiguiente, el ingrediente básico de la *Comunidad (Gemeinschaft)* y aglutina a los afines en razón precisamente de sus rasgos comunes. El segundo, por el contrario, se produce en el medio de la decisión voluntaria, de la determinación racional y más libre y en función de un interés objetivo. Es, en este caso, el impulso que une a los desiguales por razón justamente de la diversidad de su aportación. Es la fuerza que explica el trueque, la contraprestación, la búsqueda de la complementariedad, en definitiva. Es, por tanto, la base de la asociación o *Sociedad (Gesellschaft)*.

En definitiva TÖNNIES al considerar a la sociedad fundamentalmente como un agregado de voluntades basado en el cálculo de intereses, exige la existencia de una cierta estructura institucional para hablar de sociedad (2).

(1) TÖNNIES, F. *Geneinschaft und Gesellschaft*, Leipzig, 1887. (Hay versión castellana: *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires, 1947. Trad. de F. Ayala).

(2) MEDINA ORTEGA, M. *Teoría y formación de la Sociedad Internacional*. Madrid, 1983, p. 23.

En esta misma dirección ya GIDDINGS(3) había señalado que mientras lo comunitario hacía referencia a la existencia de intensos vínculos personales, lo societario se limitaría a relaciones básicamente instrumentales y de naturaleza jurídico-contractuales.

Las consideraciones que preceden permiten señalar que en los grupos humanos primigenios el elemento comunitario prima sobre el societario por razones diversas pero fundamentalmente por la de la supervivencia. En efecto, cuando como consecuencia de las grandes glaciaciones y sobre todo con la aparición del último gran período glacial en Europa las hordas de los cazadores y recolectores que habían vivido al aire libre se ven obligadas, por el rigor del clima, a buscar abrigo en cuevas y cavernas naturales (4), la vida se tornó muy difícil. Las cuevas eran frías y húmedas y frecuentemente acechaban las alimañas. Para sobrevivir en tales condiciones el troglodita se ve obligado a enriquecer su dieta con una mayor aportación calórica. Posee el fuego y ello le permite defenderse del frío pero la vida vegetal es escasa por lo que depende básicamente de la caza.

La consecución de recursos y consiguientemente la disputa de los distintos territorios de caza va a ser la fuente de continuos enfrentamientos tribales. Como ha escrito STADMÜLLER (5) la vida de las tribus está dominada por la guerra como situación permanente. Al territorio de las demás tribus se le considera tierra enemiga y su saqueo por medio de incesantes incursiones, prueba de valor y merecedor de alabanza. En tales luchas se desata una crueldad desenfadada.

Estas expresiones de violencia se verán pronto sacralizadas. Como ha recordado BOUTHOU, en todas las civilizaciones conocidas, antes de las batallas, y tras la victoria, ha sido habitual ofrecer numerosos sacrificios a la divinidad en sus diferentes manifestaciones (6).

Como es de sobra conocido el fin del Paleolítico, singularizado más que por el uso de la piedra como materia prima, por un sistema de subsistencia a base de los productos ofrecidos espontáneamente por la naturaleza, dará paso a un nuevo período, —el Neolítico— caracterizado fundamentalmente por la domesticación de animales y plantas y la aparición de la cerámica y el tejido, todo ello en el contexto de unas formas más complejas de organización social y de relaciones con lo sobrenatural.

La aparición, unos 3.000 años a. de J.C., de la vida urbana en Egipto, Mesopotamia y el valle del Indo (7) supondrá un salto cualitativo en diversos y fundamentales aspectos de la vida de relación social. La guerra, no obstante, seguirá siendo una constante en el devenir histórico. Y si desde la oscura etapa prehistóri-

(3) GIDDINGS, F.H. *Elements of Sociology*. Mac Millan, Nueva York, 1898-1916. T. I, cap. 1.

(4) En efecto, el troglodita (del griego *troglé*, agujero y *duein*, entrar) hubo de procurarse un refugio griego natural, por lo demás precario.

(5) STADMÜLLER, G. *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid, 1961, p. 8.

(6) BOUTHOU, G. *La Guerre*. París, 1959, p. 10.

(7) MEDINA ORTEGA, M. *Loc. cit.* p. 32.

ca, las luchas entre los grupos humanos adquieren un carácter sagrado, a medida que se avanza, ya en la historia, esta sacralización de la guerra se irá acentuando hasta el punto que en la Edad Media determinadas guerras adquirirán la consideración de santas.

2. La aportación de Roma y la influencia del cristianismo

En los grandes imperios de la antigüedad, la guerra mantuvo su carácter sagrado. En este sentido, y por vía de ejemplo, cabe recordar la función que desempeñó en Roma el *Collegium fetialium*. Es sabido que los romanos desarrollaron un sistema peculiar de concepciones y formas jurídicas, en sus relaciones exteriores, y cuya custodia estuvo, desde antiguo, encomendada a este colegio sacerdotal de los *fetiales* de ahí que ese conjunto de prácticas, ritos y formas pasará a integrar lo que se ha conocido como el *ius fetiale*. Las funciones de más relieve de los *feciales* eran las referentes a la iniciación de la guerra. Los *feciales* decidían, por sí y ante sí, si cabía apreciar la existencia de una justa causa de guerra. Si en tales condiciones se declaraba la guerra (decisión política reservada al Senado y al pueblo de Roma) ésta se consideraba entonces *bellum justum et pium* (8).

Esta noción, básicamente formal de la legitimidad de la guerra compone, en cierto modo, un precedente que habría de desarrollarse en su dimensión material, como ha escrito, TRUYOL y SERRA, con el cristianismo el cual se esforzó igualmente en atenuar la encarnizada crueldad de la guerra (9).

En efecto, el cristianismo medieval aportó el esfuerzo de la Iglesia por suavizar el rigor de las luchas. Tal esfuerzo se concretó en instituciones como fueron la tregua de Dios y la paz de Dios que alcanzaron validez general a partir del Concilio de Clermont celebrado en 1095. El objetivo de estas instituciones era el de prohibir el uso de la fuerza en determinadas fechas así como poner a salvo de los efectos de la guerra a determinadas categorías de personas. A estos intentos ha de unirse la influencia del ideal caballeresco bajomedieval, de vigencia internacional que, mediante su código de honor, proporcionó a la actividad bélica un sentido más elevado al imponerle ciertas formas y limitaciones en la lucha.

3. El Estado soberano: la secularización de la política y de la guerra

Los teólogos cristianos exigieron, por otra parte, que para que pudiera hablarse de guerra justa ésta debía de ser pública, esto es, asumida y declarada por la *auctoritas principis* (quedaban, por consiguiente prohibidas las guerras privadas);

(8) STADMULLER, G. *Loc. cit.* p. 34. NUSSBAUM, G. *Historia del Derecho Internacional*. Madrid, 1949, p. 12 y s. BOUTHOU, G. *Loc. cit.*, p. 7.

(9) TRUYOL Y SERRA, A. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1977, p. 139.

debía de existir una causa suficiente (*iniuria grave*) y contar, por último, con ser conducida con *recta intentio* (10).

La desaparición del *Imperium Christianum* medieval y su sustitución por un pluriverso de emergentes poderes políticos, que supone la consolidación del Estado moderno, va a influir profundamente no sólo en la concepción que hasta entonces se había tenido de la guerra sino también en su forma de llevarla a cabo.

En efecto, con la confirmación del Estado soberano como último y definitivo centro de atribución del poder político, la guerra va a comenzar a considerarse como un medio al servicio de la *ragione di Stato* último fin y justificación del quehacer estatal. En tales circunstancias, la teoría de la guerra justa, de inspiración tomista, y desarrollada por la doctrina clásica del Derecho Internacional —particularmente por la escuela española del siglo XVI— irá decayendo hasta el extremo de ser relegada a la categoría de una teoría moral obsoleta.

Es la época de la llamada política de equilibrio que supondrá, durante centurias, un continuo tejer y destejer de alianzas y contra-alianzas. Las luchas religiosas y las dinásticas van a entrañar, en este período, frecuentes y graves violaciones de las leyes de la guerra. En definitiva, el dogma de la soberanía estatal declarará la licitud del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Hasta fines del siglo XVIII y principios del XIX se considerará el recurso a la guerra como competencia del Estado tal y como, en el más puro estilo maquiavélico, lo dejará acuñado Karl VON CLAUSEWITZ: «der Krief its nichst als die fortgesetzte Staatspolitik mit anderen Mitteln» (11).

4. El siglo XIX: de la «nación en armas» a la «guerra total»

Con la Revolución Francesa cambió la magnitud de la guerra en Europa. Hasta mediados del siglo XVII los ejércitos eran reducidos y estaban formados, en general, por soldados de fortuna y mercenarios mal remunerados procedentes de distintos países. La Revolución Francesa provocó otra revolución en 1793: la aparición de los ejércitos gigantescos. Nace entonces la «guerra nacional» que comportará el reclutamiento masivo de hombres a escala también nacional. El Racionalismo enseñó que los ciudadanos tenían derechos pero también tenían responsabilidades y una de ellas era la de empuñar las armas para salvar la República, la patria y el territorio nacional amenazados por la agresión enemiga. Semejante cambio en la valoración de la guerra tuvo como consecuencia lógica el que los enemigos de Francia, tuviesen, a su vez, que recurrir al reclutamiento masivo de hombres y ello tuvo por resultado un abrumador aumento del número de víctimas (12). Un paso más y hará su aparición la «guerra total», como tendremos ocasión de ver.

(10) *Ibidem*, p. 143.

(11) CLAUSEWITZ, K. Von. *Von Krieg*, 1832 (Hay traducción castellana: *De la Guerra*, Ediciones Ejército. Madrid, 1980, 2.ª edición).

(12) AHLSTÖM, CH. y NORDQUIST, K. *Las víctimas de los conflictos*. Universidad de Uppsala 1991 p. 6 y s.

II. CODIFICACION Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. El pacifismo y las corrientes pacifistas

Los estremecedores excesos a que se llegaron en las guerras de finales del siglo XVIII y principios del XIX produjeron, como reacción, la aparición de un movimiento pacifista y humanitario (13). Tal movimiento va a expresarse a través de una serie de manifestaciones, de entre las cuales son, sin duda, las de carácter privado las que merecen una mayor atención, desde el momento en que plantean, frente a la guerra concebida por los Estados como la continuación de la acción política ejecutada con medios diferentes, tanto una nueva forma de concebir la paz, como los medios prácticos para lograr mantenerla.

Proliferan, en esta época, sociedades y movimientos pacifistas que, en su origen, aparecen impulsados por iglesias cristianas concretamente en Estados Unidos e Inglaterra países en los que existía, por otra parte, una libertad de asociación desconocida en la mayor parte de los demás. La primera de estas sociedades, la *New-York Peace Society*, aparece en Norteamérica en 1815 y más tarde se crea en Londres la *Peace Society*. El movimiento se extiende al continente y, en 1821, el duque de la Rochefoucauld-Liancourt funda en Francia la *Société de la morale chretienne*. Sin embargo, hasta 1830 no se funda en el continente europeo la primera sociedad para la paz propiamente dicha. Fue creada por el conde de Sellon y establecida en Ginebra.

Este incipiente movimiento sufrió un rudo golpe con la guerra de Crimea y únicamente algunas sociedades pacifistas anglosajonas la sobrevivieron. Ciertamente el clima nacionalista y estatista que se vive en estos años no parece el más adecuado para el desarrollo de este tipo de asociaciones. Sin embargo, es justamente en esta época cuando las sociedades pacifistas evolucionan al contacto con la nueva realidad; el rasgo religioso y moral que las había caracterizado hasta ahora cede el paso a nuevos planteamientos de orden económico y político. Ejemplo prototípico de tal evolución es la *Peace Society* de Londres, bajo la dirección del pastor, político y periodista, Henry Richard. El movimiento pacifista se renueva y durante estos años, como señala LANGE (14), persigue dos objetivos concretos: la reducción de armamento y el reconocimiento del arbitraje. En la persecución de tales objetivos las sociedades pacifistas comienzan a actuar como verdaderos grupos de presión. Ha pasado la época de las utopías y de los proyectos de paz perpetua.

Pronto las sociedades pacifistas no estuvieron solas en su empeño, contaron con aliados que si bien no compartían todos sus puntos de vistas, defendían también la paz y la cooperación. Se trataba de hombres que, como Cobden o Bright,

(13) Vid.sobre punto, CARRILLO SALCEDO, J.A. *El Derecho internacional en perspectiva histórica*. Madrid 1991, p. 31 y s.

(14) LANGE, CH. *R.C.A.D.I.* 1926-III, vol. 13, p. 395.

esgrimían razones fundamentalmente prácticas y que, como ha hecho notar WALTERS (15), «detestaban el despilfarro de la guerra y condenaban el gasto de los dineros públicos en armamentos, pero no negaban el derecho y el deber de la defensa propia. Eran internacionalistas más que pacifistas. Los dos movimientos podían trabajar juntos y, sobre todo, podían combinarse defendiendo el desarrollo del derecho internacional y del arbitraje como un medio de resolver las disputas». De otro lado, y haciendo causa común también con los pacifistas, hay que valorar la presencia del movimiento humanitario, cuya realización fundamental, la Cruz Roja, ilustra suficientemente el vigor de su acción y la aceptación de que es objeto a nivel internacional.

El fin del siglo, y particularmente el bienio 1889-1890, registra una proliferación importante de instancias pacifistas internacionales de entre las que es menester destacar la *International Arbitration and Peace Society* y la *Unión Interparlamentaria* que, en 1895, preparará un proyecto de estatuto de un Tribunal de Arbitraje (16). Tales son, en síntesis, las circunstancias que preceden y explican la convocatoria y celebración de las Conferencias de la Paz de La Haya.

2. Las conferencias de la Paz de La Haya

Para BROWN SCOTT, estas Conferencias componen un tipo de reunión internacional que se diferencia netamente de otros tipos que registra la evolución del Derecho internacional. En efecto, frente a conferencias como las de Westfalia, Utrech o Viena, destinadas a poner fin a una guerra, o congresos como los de Ginebra de 1864 y 1868, San Petersburgo de 1868 y Bruselas de 1874, que tienen como objetivo no la solución de problemas políticos, sino la ordenación de aspectos internacionales deteriorados como consecuencia de un enfrentamiento bélico, las Conferencias de la Paz de La Haya surgen, al margen de cualquier guerra, con la finalidad de buscar soluciones a problemas internacionales de urgente o, al menos, de necesaria solución (17).

La iniciativa para la celebración de estas Conferencias de la Paz, partió del zar Nicolás II quien, el 24 de agosto de 1898, propuso a todas las potencias con re-

(15) WALTERS, F.P. *Historia de la Sociedad de Naciones*, Madrid 1971, p. 28.

(16) Igualmente preparó una memoria científica sobre el arbitraje que estuvo a cargo de DESCAMPS y que bajo el título de *Memorie aux Puissances. Essai sur l'organisation de l'arbitrage international*, fue sometida a los diferentes Ministerios de Asuntos Exteriores. BOISSIER, L. *L'union interparlamentaire et sa contribution au développement du Droit International et à l'établissement de la paix, R.C.A:D.I.* 1955-II, vol. 88, p. 163 y ss.

(17) AGUILAR NAVARRO, M. *Derecho Internacional Público*. Sevilla, 1952. Vol. II, p. 130. Sobre solución pacífica de conflictos pueden verse, entre otras, las siguientes aportaciones de carácter general: CASANOVAS Y LA ROSA, O. «La reglamentación internacional de los conflictos armados», en *Instituciones de Derecho Internacional Público* de N. DIEZ DE VELASCO, T. I, 8.ª ed., Madrid 1988, pp. 731 y ss. PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*, 3.ª ed., Madrid, 1989, pp. 731 y ss. RODRÍGUEZ CARRION, A.J. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 2.ª ed., Madrid 1990, pp. 501 y ss. En su vertiente histórica vid. especialmente, CARRILLO SALCEDO, J.A. *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, cit. pp. 31 y ss.

presentación diplomática en San Petesburgo, la celebración de una conferencia que tendría por fin asegurar la paz así como poner límite al aumento progresivo de armamentos. Aunque se ha querido ver también en la iniciativa de Nicolás II, otras motivaciones menos altruistas y más políticas referidas fundamentalmente al retraso ruso en la carrera armamentista, cabe en principio decir que su iniciativa, sean cuales fueren las motivaciones últimas, puso en marcha un sistema de conferencias que, aunque breve, ya que la Gran Guerra sólo permitió dos versiones, fue lo bastante significativo como para afirmar que constituyen una de las principales contribuciones del siglo XIX (si se acepta que, en muchos aspectos, el siglo XIX se prolonga hasta 1914) a la organización de la sociedad internacional (18).

Uno de los datos más interesantes que hay que retener en relación con las Conferencias de La Haya, es el fuerte aumento de participación extraeuropea que se da en la segunda conferencia en relación con la primera, aumento que apunta ya a un desplazamiento del centro de gravedad de la sociedad internacional. En efecto, mientras que en la primera Conferencia sólo asistieron veintiseis Estados, europeos en su inmensa mayoría, en la segunda concurren cuarenta y cuatro Estados, entre los que se contaban la mayoría de las repúblicas sudamericanas (19).

Otro hecho que es preciso resaltar, particularmente respecto de la primera Conferencia, es la aceptación, en pie de igualdad, de los pequeños Estados al lado de las grandes potencias. Cierto que no faltaron tensiones y problemas (20), pero hay que convenir que tal aceptación prelude ya lo que, en el futuro, será la composición de la organización internacional y sus dificultades dimanantes de la desigualdad fáctica de sus componentes. En suma, a diferencia del Concierto europeo, de estructura básicamente aristocrática, el sistema de La Haya supone un ensayo de articular democráticamente el foro de decisión internacional.

Un tercer dato que viene también a perfilar el carácter de estas Conferencias, es el hecho de que las delegaciones de los Estados participantes estuvieron formadas no sólo por diplomáticos sino también por profesores de Derecho Internacional y por militares, lo que con toda claridad evidencia que, de antemano, se pensó en profundizar en los aspectos jurídicos y técnicos de los problemas que se sometiesen a la Conferencia (21).

(18) CLAUDE, I. *Swords into Plowshares. The Problems of International Organisation*. Nueva York 1971, p. 29.

(19) Sobre este aspecto de la Conferencia, señala CLAUDE que, sin embargo: «The results were not uniformly good; there were some accusations that this first draught produced intoxications, evidenced by undue self-assertion and unseemly y self-importance on the part of small power representatives, and angry mutterings were heard that the small states were incapable of holding the liquor of equal diplomatic status». *Ibidem*, pp. 29 y 30.

(20) WEHBERG, H. «Le problème de la mise de la guerre hors de la loi», *R.C.A.D.I.* 1928-IV, vol. 24, p. 550.

(21) NIPPOLD, O. «Le développement historique du Droit International depuis le Congrès de Vienne», *R.C.A.D.I.*, vol. 2, p. 80 y ss.

Si se tratara de hacer una valoración general de las Conferencias de La Haya, habría que decir que suponen un avance considerable en el terreno de la negociación colectiva dirigida a hacer progresar el sistema de Derecho internacional vigente en materia del uso de la fuerza. No pretendieron, como fundamentalmente hiciera el Concierto europeo, la búsqueda de soluciones para los específicos problemas planteados por guerras concretas. Por el contrario, las Conferencias de La Haya abordaron grandes temas teóricos relacionados con la guerra, el desarme y la solución pacífica de conflictos internacionales. Aparte otras razones de menor entidad, fue el carácter abstracto de los problemas inscritos en la agenda de las Conferencias, el que proporcionó a las mismas el éxito de asistencia con que contaron. En efecto, no era fácil para las potencias invitadas el rehusar la asistencia a unas sesiones internacionales de trabajo sobre temas referentes al uso de la fuerza, a la limitación del mismo así como a la solución pacífica de las diferencias, sin comprometer su credibilidad política internacional. Prueba de ello es que cuando Brasil declinó la invitación que le cursara Rusia para participar en la primera de las Conferencias, hubo de pretextar que ya había reducido sus efectivos militares y que su constitución contemplaba ya el recurso al arbitraje como fórmula del arreglo pacífico.

Por lo que respecta, en concreto, a los resultados de la primera Conferencia, hay que convenir que si se analizan desde el punto de vista del desarme, no puede decirse, en rigor, que la Conferencia fuese un éxito. Su logro principal se sitúa en el terreno de los procedimientos de arreglo pacífico (buenos oficios, mediación y arbitraje). En síntesis, en la primera Conferencia de la Paz se aprobaron tres convenios, tres declaraciones finales y seis votos.

El primero de los Convenios se refirió al arreglo pacífico de los conflictos internacionales y en él se pretendía, según rezaba su artículo 1, «prevenir, en la medida de lo posible, el recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados» recurriéndose, para ello, a los buenos oficios y la mediación, las comisiones internacionales de investigación y el arbitraje internacional. El segundo Convenio se centró en las leyes y costumbres de la guerra terrestre, desarrollándose los resultados obtenidos en la Conferencia de Bruselas de 1874, con el objetivo de revisar dichas leyes «para definir las con más precisión o trazar ciertos límites destinados a restringir, en la medida de lo posible, los rigores de la guerra. El tercer convenio, por último, fue dedicado a la adaptación a la guerra marítima de los principios contenidos en el Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864, relativo a la guerra terrestre. La primacía naval británica había torpedeado —valga el símil— cualquier intento de regular la guerra marítima, lo que explica el retraso entre una y otra regulación bélica. Preocupación primordial del Convenio fue garantizar el respeto a los barcos hospitales y conseguir el mínimo de inconvenientes en el tráfico marítimo comercial.

Por su parte, las declaraciones hacían referencia a la prohibición de arrojar proyectiles o explosivos desde globos, negándose legitimidad a cualquier forma de guerra aérea por lo indiscriminado de las víctimas resultantes; a la prohibición de utilizar gases asfixiantes como instrumento bélico; y finalmente, a la prohibición

de utilizar balas antipersonas no cubiertas totalmente de una protección dura o provistas de incisiones (22). El elemento común en las tres declaraciones fue la estimación de que la guerra no debía suponer sufrimientos innecesarios para los ejércitos contendientes, al tiempo que se establecía una separación entre personal combatiente y no combatiente.

En definitiva, y como se ha dicho, el logro más considerable de esta Conferencia fue el convenio para el arreglo pacífico de conflictos internacionales sobre todo si se piensa que dicho convenio fue ratificado por todas las potencias signatarias a excepción de Turquía. Ahora bien, el objetivo principal de esta Conferencia, esto es, la reducción de armamentos, no prosperó en absoluto.

En la segunda Conferencia se firmaron trece convenciones, dos declaraciones y cinco votos; sin embargo, al igual que la primera, no se logró tampoco alcanzar el objetivo principal perseguido: la aceptación del arbitraje obligatorio. En su defecto se aprobó una declaración en la que se proclamaba el principio del arbitraje obligatorio. La tenaz obstrucción de la delegación alemana, logró que todo quedara en una declaración de principio que no comprometía a ninguno de los firmantes. A pesar de ello, también en esta Conferencia se consiguieron resultados importantes, fundamentalmente la recomendación de la adopción del proyecto de convención elaborado por la Conferencia sobre un Tribunal de Justicia arbitral y la convención sobre el establecimiento de un Tribunal internacional de presas. En concreto, los logros de esta segunda conferencia podrían resumirse en la siguiente forma:

Por lo que se refiere a la regulación del uso de la fuerza y al arreglo pacífico de controversias, se firmaron tres convenidos. El primero de ellos, reiteraba el convenio similar sobre arreglo pacífico adoptado en la Primera Conferencia. Un segundo convenio, hacía referencia al inicio de las hostilidades y, en él, se acentuaba una cierta visión de *fair play* en la materia, al tiempo que se subrayaba la creencia (cargada de un acentuado optimismo antropológico) de que el tratamiento procesal de la declaración de guerra podía traer consigo la congelación misma de la guerra, idea ésta que recogerá el Pacto de la Sociedad de Naciones. Se firmó, por último, un tercer convenio relativo a la limitación del uso de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, uso sólo permitido en el caso de que «el Estado deudor no acepte o no conteste al ofrecimiento de arbitraje o, aceptándolo, imposibilite el acuerdo compromisorio o, tras el arbitraje, no cumple el laudo pronunciado» (artículo 1.º, 2.º).

Respecto de la regulación de las Leyes y costumbres de la guerra, se aprobaron convenidos relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; a la adaptación, a la guerra marítima, de los principios contenidos en el Convenio de Ginebra; y al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra. Se aprobó, también, una declaración relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde globos aéreos.

(22) Este tipo de balas tienden a voltear, deformándose al hacer impacto en los huesos y en el tejido humano de distinto espesor, debido al escaso grosor del casquillo que envuelve el núcleo de la bala.

Por último, y por lo que se refiere a la regulación de las leyes de guerra tendentes a garantizar la menor alteración posible del comercio internacional entre neutrales o entre neutrales y beligerantes, se aprobaron los siguientes convenios: a) Convenio relativo a los derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en el caso de guerra terrestre. b) Convenio relativo al régimen de los navíos mercantes enemigos al inicio de las hostilidades. c) Convenio relativo a la transformación de los navíos mercantes en buques de guerra. d) Convenio relativo a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto. e) Convenio relativo a ciertas restricciones al ejercicio del derecho de presa en la guerra marítima, acompañado de un Convenio relativo al establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas, y f) Convenio relativo a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima.

Una concreta valoración de la aportación de las Conferencias de la Paz, ha de ir precedida de la consideración de que en La Haya no se pretendió lograr un giro copernicano. No se pretendió, por ejemplo, erradicar la guerra, ni siquiera discutir los posibles derechos de los Estados a recurrir a la misma, se intentó simplemente limitar su rigor y valorar positivamente la alternativa de arreglo pacífico. En La Haya se pretendió avanzar por el camino del mejoramiento de las relaciones entre los Estados, pero a partir de la aceptación del sistema establecido y para ello se prestó especial interés en poner a disposición de los Estados los cauces y mecanismos necesarios a tal fin.

En las Conferencias de la Paz convergen, en definitiva, las fuerzas centrípetas y centrífugas latentes en la sociedad internacional de fines del siglo XIX. De una parte, todo el esfuerzo de una corriente pacifista y humanitaria que comienza a conectar con la opinión pública en torno al punto, especialmente sensible, de las alarmantes proporciones del tributo económico y humano exigido por la guerra total. De otra, las exigencias del inestable equilibrio generado por la política de bloques que provoca una peligrosa carrera de armamentos. Expresiva de tal posición armamentista es la opinión formulada por el almirante sir John FISHER resumiendo su posición sobre el desarme: «Cuanto más potente sea la flota británica, tanto mejor estará asegurada la paz del mundo» (23).

Con la Primera Guerra Mundial, hizo su aparición también la primera «guerra total», en la que los Estados beligerantes se sirvieron de sus economías para financiar la lucha. En este tipo de guerra la misma valoración merece el obrero que sostiene la industria bélica, que el soldado en la trinchera.

El avance tecnológico aplicado a las armas, además de encarecer extraordinariamente la guerra, multiplicó sus terribles resultados. Así, la introducción de la ametralladora mecanizó aún más la matanza. En el frente occidental, en el que se llegó a una situación de estancamiento, morían diariamente hasta 20.000 soldados. Pero los horrores de esta «guerra total» no se limitaron sólo a los soldados sino que afectaron también, y profundamente, a la población civil. En esta guerra se

(23) WEHBERG, H. *Loc. cit.*, p. 55.

produjo una de las primeras incursiones aéreas estratégicas contra la población civil, cuando dirigibles alemanes bombardearon Inglaterra en 1915. Se incendiaron ciudades y se cometieron actos de pillaje. Se tomaron también rehenes civiles que, eran ejecutados si se producían ataques enemigos. Como ha escrito Barbara W. TUCHMAN (24), «la destrucción de ciudades y la guerra deliberada y reconocida contra los no combatientes, fueron nociones que escandalizaron al mundo entero en 1914».

3. La solución de conflictos en el Pacto de la Sociedad de Naciones

El horror que inspiraron las consecuencias del desastre que fue la Gran Guerra, llevó, como reacción, a la búsqueda de un sistema que impidiera, en el futuro, una tragedia semejante. Incluso antes del fin de las hostilidades, y a la vista del desprecio manifestado por los beligerantes respecto del *ius in bello*, comienzan a alzarse voces de denuncia del enorme atropello y de la necesidad de introducir fórmulas de racionalidad en las relaciones entre los Estados. Así, en agosto de 1917, S.S. Benedicto XV propone, en una alocución dirigida a los jefes de Estado beligerantes, un plan de paz justa y duradera, que instale un nuevo orden pacífico y subraya, al propio tiempo, la necesidad de un tratado de paz que asegure un sistema de arbitraje generalizado como solución a los conflictos entre los Estados.

Medio año más tarde, Woodrow Wilson, a la sazón Presidente de los Estados Unidos, en un mensaje dirigido, el 8 de enero de 1918, al Congreso de su país, propone la conclusión de un tratado de paz que en el que, entre otras y muy importantes medidas, se aceptase la creación de una sociedad de naciones.

No obstante la evidente carga de idealismo que traducía su propuesta, la iniciativa del Presidente Wilson, se vió convertida en realidad. Por primera vez en la historia se intentaba poner en marcha una organización internacional con vocación de universalidad. Y semejante empeño habría de encarar, como reto prioritario, el tema de la guerra, y consiguientemente, el de la paz.

Respecto al tratamiento de la guerra en el Pacto de la Sociedad de Naciones escribe BOURQUIN (25) que «on dit parfois que le Pacte de la Société des Nations n'interdit la guerre que dans certains cas précis. C'est exact, mais il faut s'entendre, car à elle seule cette affirmation donnerait une idée incomplète de la réalité». Y ello es cierto ya que una lectura aproximada del artículo 11 del Pacto, artículo capital en este punto, podría inducir a conclusiones erróneas o, en cualquier caso, maximalistas. Dice el artículo 11 «que toda guerra o amenaza de guerra, afecte o no directamente a alguno de los miembros de la Sociedad, interesa a la Sociedad entera, la cual deberá tomar las medidas necesarias para salvaguardar eficazmente la paz de las Naciones».

(24) TUCHMAN, B.W. *The Guns of August*. Nueva York, 1962, p. 358.

(25) BOURQUIN, M. «Regles générales du Droit de la Paix», *R.C.A.D.I.* 1931-I, vol. 35, p. 178.

Ciertamente la afirmación es general y no está limitada por ninguna condición ni restricción, se rechaza a la guerra en sí misma como un elemento perturbador de la convivencia internacional, como un evento calamitoso que es preciso prevenir. Se trata de una función preventiva así como el artículo 16 se ocupa de la función represiva. Ahora bien, esto es una cosa y otra muy distinta es la prohibición de la guerra. El Pacto ciertamente no prohíbe la guerra salvo en casos bien precisos. Este principio, como ha puesto de relieve WEHBERG (26) aparece ya consagrado en el propio preámbulo en donde se dice que «para fomentar la cooperación entre las naciones, y para garantizar la paz y la seguridad, importa: «Aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra». Por consiguiente, en tanto en cuanto no puede deducirse del Pacto ninguna prohibición expresa o tácita de la guerra, queda abierta la posibilidad del recurso a las armas para la solución de las diferencias internacionales.

Esta ausencia de prohibición absoluta de la guerra se explica en función de la visión realista de los artífices del Pacto. En este sentido debe señalarse que gran parte de las críticas que se han hecho a la Sociedad de Naciones se han formulado, más bien, contra lo que la Sociedad debió ser y no contra lo que realmente fue (27), porque no tuvo muchas posibilidades de ser de otra manera. En efecto, al crear la Sociedad de Naciones no se pensó en crear una organización revolucionaria y ello es así desde el momento en que sus fundadores aceptaron, como punto de partida, el juego de un sistema de poderes descentralizado y paritario, aceptaron también como entidad básica al Estado soberano e independiente y, por último, aceptaron, como marco operacional, un sistema político a escala mundial en el que las grandes potencias desempeñaban un papel predominante (28). Con tales presupuestos difícilmente podría esperarse la implantación de un esquema organizativo auténticamente revolucionario.

En definitiva, al crearse la Sociedad de Naciones no se pretendió dar un vuelco radical a la forma de abordar la solución de los problemas dimanantes de la convivencia internacional, y justamente efecto de esta óptica realista es la falta de prohibición global de la guerra (29).

En realidad el Pacto intenta un equilibrio entre los procedimientos pacíficos y el derecho de recurrir a la guerra. Así, el Pacto incluye determinadas prohibiciones de recurrir a la guerra, prohibiciones que pueden ser temporales o absolutas. En efecto, las guerras de conquista están absolutamente prohibidas, mientras que se autoriza la defensa armada contra una guerra ilegal. Ahora bien, por lo que respecta a los restantes tipos de guerra, se establece la obligación de los miembros de no recurrir a la guerra contra otro miembro sin haber sometido antes el conflicto a arbitraje o al Tribunal Permanente de Justicia Internacional o al Consejo de la Sociedad de

(26) WEHBERG, H. *Loc. cit.*, p. 163.

(27) SCELLE, G. «L'admission de nouveaux membres de la Société des Nations par l'Assemblée de Genève». *R.G.D.I.P.*, 1921, p. 125.

(28) CLAUDE, I. *Loc. cit.*, p. 54.

(29) KUNZ, J.L. «La crise et les transformations du Droit des gens». *R.C.A.D.I.* 1955-II vol. 88, p. 66.

Naciones. Sin embargo, si el Consejo no llega a un acuerdo unánime, la posibilidad de recurrir a la guerra permanece abierta (30).

En definitiva y como certera y gráficamente pone de manifiesto el profesor BOURQUIN, aunque la guerra es siempre un mal, el Pacto no la estima siempre un crimen, puesto que considerando a los Estados susceptibles de recurrir a la guerra «le Pacte ne dit pas: «Vous ne pourrez jamais recourir aux armes», mais «vous ne pourrez recourir que dans certaines conditions, à défaut de quoi vous commettriez un acte criminel, appelant des sanctions» (31).

Sentada esta concepción en torno al recurso a la guerra, el Pacto esboza un sistema de seguridad colectiva que se contiene fundamentalmente en los artículos 10, 11 y 16. El artículo 11, como ya se ha señalado, consagra el principio de que toda guerra o amenaza de guerra contra uno de sus miembros, interesa a la Sociedad entera, así como el deber de ésta de adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar eficazmente la paz de las naciones. Consecuencia de este principio es el derecho que reconoce a todos los miembros de la Sociedad de llamar la atención de la Asamblea o del Consejo acerca de cualquier circunstancia que por su naturaleza pueda afectar a las relaciones internacionales y amenace, por consiguiente, con turbar la paz o el buen entendimiento entre las naciones. Este precepto se halla completado por el artículo 10, que incorpora el compromiso de los miembros de la Sociedad de respetar y mantener contra cualquier agresión exterior, la integridad territorial y la independencia política de todos los miembros. Dado el supuesto de agresión, o de amenaza o peligro de agresión, compete al Consejo determinar los medios para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

En el ideal wilsoniano, este artículo venía a constituir la piedra angular del Pacto desde el momento en que, en el pensamiento del Presidente norteamericano, el objetivo primordial de la Sociedad habría de ser el procurar protección a las pequeñas potencias frente a las ambiciones de las grandes. Este artículo, que fue de las principales contribuciones de Wilson, al Pacto vino paradójicamente a convertirse a la postre, en el mayor obstáculo que encontraron los Estados Unidos para la ratificación del Pacto (32).

Por su parte, el artículo 16 señala que si un miembro recurre a la guerra, no obstante, los compromisos contraídos en virtud de los artículos 12, 13 ó 15 (arreglo pacífico de controversias), se le considerará *ipso facto* como si hubiese cometido un acto de guerra contra todos los demás miembros de la Sociedad. Estos se comprometen a romper inmediatamente toda relación comercial o financiera con él, a prohibir toda relación de sus respectivos nacionales con los del Estado que haya quebrantado el Pacto y a hacer que cesen todas las comunicaciones financieras, comerciales o personales entre los nacionales de dicho Estado y los de cualquier otro Estado, sea o no miembro de la Sociedad.

(30) *Ibidem*.

(31) BOURQUIN, M. *Loc. cit.*, p. 180.

(32) WALTERS, F.P. *Loc. cit.*, p. 64.

Como puede apreciarse, el artículo 16 contempla un sistema de sanciones en el sentido jurídico más estricto del término. Sanciones económicas totales y automáticas, articuladas, no obstante, a través de un procedimiento completamente descentralizado. En efecto, cada Estado miembro de la Sociedad viene obligado a adoptar inmediatamente medidas contra el eventual agresor. Sin embargo, tal obligación sólo lo es exigible una vez haya conestado por sí mismo que realmente se ha producido la violación de los artículos 12, 13 y 15. Por su parte, las sanciones de carácter militar no aparecen como obligatorias, apareciendo también aquí el procedimiento como completamente descentralizado (33). En último análisis, el Pacto ensaya un equilibrio entre las tradicionales prerrogativas soberanas en materia de armamento y la necesidad, sentida y experimentada, a nivel colectivo de proceder a su limitación.

Desde los primeros momentos de su puesta en práctica, el Pacto mostró, como recuerda BOURQUIN (34), una serie de «fisuras» de las cuales las más importantes se relacionaban con el tema de la prohibición de la guerra y, consiguientemente, con el desarme. Puede decirse, sin temor a exagerar, que este problema vino a ser el centro de las preocupaciones de la Liga. De aquí que el objetivo primordial del Tratado de asistencia mutua que, a propuesta de Robert CECIL, preparó la Comisión temporal mixta y mejoró, en 1923, la Asamblea de la Sociedad de Naciones, fue el de facilitar la limitación de armamentos mediante la mejora del dispositivo de seguridad colectiva. Igualmente el Protocolo de Ginebra de 1924, aprobado por la quinta Asamblea, pretendía este mismo fin. Estos esfuerzos por alcanzar una fórmula adecuada de tratado de garantía general pusieron, como señala el profesor WEHBERG (35), de relieve en todo momento la necesidad de prohibir no algunas sino todas las guerras. El escollo principal para hacer realidad semejante prohibición residía en que el Pacto sólo prohibía algunas guerras y la única forma posible de avanzar por el camino indicado pasaba necesariamente por la reforma del Pacto.

4. Los acuerdos de Locarno y el Pacto Briand-Kellogg

El gran efecto moral que produjo el Protocolo de Ginebra y la influencia de las ideas que presidieron su elaboración, llevaron a concluir, fuera del círculo constituido por la Sociedad de Naciones, unos acuerdos como los de Locarno que prohibían la guerra de agresión entre Alemania, Bélgica y Francia. En efecto, los Estados firmantes del pacto renano se comprometían al mantenimiento del *status quo* territorial resultante del Tratado de Versalles y a no realizar ningún acto de agresión, ni a recurrir a la guerra salvo en caso de acción emprendida por acuerdo

(33) KUNZ, J.L., *Loc. cit.*, pp. 66 y ss.

(34) BOURQUIN, M. *Loc. cit.*, p. 180.

(35) WEHBERG, H. «L'interdiction du recours à la force. Le principe et les problèmes qui se passent» *R.C.A.D.I.*, 1951-I, vol. 78, p. 40.

del Consejo o de la Asamblea de la Sociedad de Naciones. En tal sentido se pronunciaban los dos primeros artículos del Tratado de garantía mutua entre Alemania, Bélgica, Gran Bretaña e Italia (36).

Cabe observar que si bien en este mecanismo de seguridad articulado por los acuerdos de Locarno, los contratantes renuncian en principio a cualquier tipo de guerra entre ellos, sin embargo, como en el segundo párrafo del artículo 2 se hace expresa reserva de la legítima defensa, la prohibición se limita en realidad a la guerra de agresión ya que tampoco excluye la guerra de ejecución colectiva contra el Estado que haya violado los acuerdos. La alternativa a la guerra como medio de solución de conflictos, viene constituida en el sistema de Locarno por la aceptación del arbitraje obligatorio en cualquier caso. En efecto, al lado del tratado de garantía mutua —pacto renano—, se concluyeron cuatro tratados de arbitraje de Alemania con Bélgica, Francia, Checoslovaquia y Polonia respectivamente.

En líneas generales, los acuerdos de Locarno pecaron, al igual que la Sociedad de Naciones, como certeramente ha puesto de relieve REDSLOB (37), de una carga de idealismo que superaba con creces las posibilidades psicológicas del momento histórico. Este generoso entusiasmo chocaba ciertamente contra un principio todavía inconvencible: la razón de Estado (38).

(36) Article premier. Les Hautes Parties contractantes garantissent individuellement et collectivement, ainsi qu'il est stipulé dans les articles ciaprès, le maintien du statu quo territorial, résultant des frontières entre l'Allemagne et la Belgique et entre l'Allemagne et la France, et l'inviolabilité desdites frontières telles qu'elles son fixées par ou en exécution du Traité du Paix signé à Versailles le 28 juin 1919, ainsi que l'observation des articles 42 et 43 dudit Traité, concernant la zone démilitarisée.

Art. 2. L'Allemagne et la Belgique et de même l'Allemagne et la France s'engagent réciproquement à ne se livrer de part et d'autre à aucune attaque ou invasion et à ne recourir de part et d'autre en aucun cas à la guerre.

Sin embargo, tal prescripción no se aplica si se trata:

1. De l'exercice du droit de légitime défense c'est-à-dire de s'opposer à une violation de l'engagement de l'alinéa précédent ou à une contravention flagrante aux articles 42 ou 43 Traité de Versailles lorsqu'une telle contravention constitue un acte non provoqué d'agression et qu'en raison du rassemblement de forces armées dans la zone délimitarisée une action immédiate est nécessaire:

2. D'une action en application de l'article 16 du Pacte de la Société des Nations:

3. D'une action en raison d'une decision prise par l'Assemblée ou par le Conseil de la Société des Nations ou en application de l'article 15, alinéa 7 du Pacte de la société des Nations pourvu que dans ce dernier cas cette action soit dirigée contre un Etat, qui, le premier s'est livré à une attaque.

(37) REDSLOB, R. *Traité de Droit des Gens*, París, 1950, p. 53.

(38) Sobre este punto ha señalado LE FUR, observador próximo de los acontecimientos, que los acuerdos de Locarno «font tres bien sur le papier, mais ils supposent une acte de foi des contractants les uns envers les autres. La France et la Belgique d'un côté, l'Allemagne de l'autre sont aises sur la même pied, et les garanties de la Gran-Bretagne et de l'Italie visent également les cas d'agression possible de l'une ou l'autre de ces trois puissances. De plus, l'Allemagne a vite tiré la conséquence pratique de ces accords... Puisqu'elle a accepté le principe de l'arbitrage universel et qu'il n'y a plus danger à craindre de son côté, elle a aussitôt réclamé la suppression de toutes les garanties que les anciennes puissances alliées et associées possédaient encore (restriction rapide, puis suppression de l'occupation de la rive gauche du Rhin, décodée à la suite de l'acceptation du plan Young: suppression de toutes les chausées qui limitaient sa liberté aéronautique commerciale, réalisée en mai 1926)» LE FUR, L. *Précis de Droit International Public*, París, 1933, pp. 292 y ss.

Respondiendo a la misma preocupación por hacer de la paz un valor estable, se llegaría a la firma en 1928 del tratado de París. Poco a poco, y gracias a las iniciativas del movimiento pacifista americano y a las actividades y esfuerzos de la Sociedad de Naciones, la idea de la *mise de la guerre hors de la loi* fue ganando terreno en la conciencia popular como uno de los objetivos prioritarios a realizar dentro de los grandes temas de la política mundial. Así, en la sexta Asamblea de la Sociedad de Naciones se aceptó, a propuesta de la delegación española, la declaración de crimen internacional respecto de la guerra de agresión —«la guerra de agresión *debe constituer* un crimen internacional» (39)—, y en la séptima Asamblea (1927) se suscitó, de nuevo esta cuestión a propuesta de Polonia, y fruto de ello fue la aprobación de otra resolución en la que se declaraba: «toda guerra de agresión está, y permanece, prohibida».

Así las cosas, y como consecuencia de la prevista expiración, en 1928, del tratado de arbitraje suscrito por Francia y los Estados Unidos y ante la oportunidad de su renovación, ambos países inician una serie de contactos bilaterales, contactos que contribuirían decisivamente a la elaboración del Pacto de París. En efecto, conociendo el ministro francés de asuntos exteriores Aristide BRIAND de la existencia en Norteamérica de un fuerte movimiento en favor del *outlawry of war*, dirigió un mensaje al pueblo americano en el que declaraba solemnemente que «La France serait prête à souscrire publiquement, avec les Etat-Unis, tout engagement mutuel tendant à mettre ces deux pays suivant l'expression américaine «la guerre hors la loi». Animado por el positivo eco que su mensaje había tenido en el pueblo americano, BRIAND remite el 9 de junio de 1927, al embajador de los Estados Unidos un «Proyecto de Pacto de paz perpetua entre Francia y los Estados Unidos» (40).

Paralelamente al de BRIAND, se produce otro «proyecto de tratado para una paz permanente» obra del profesor norteamericano James T. SHOTWELL, que se publica a fines de mayo de 1927. A diferencia del proyecto francés, este prevé declarar fuera de la ley no sólo una posible guerra entre Estados Unidos y Francia, sino toda guerra con cualquier potencia no americana. Como se ve, este proyecto enlaza directamente con la corriente pacifista que se extiende por todo el continente americano y que, en el mes de febrero del año siguiente, llevaría a la VI Conferencia Panamericana, celebrada en La Habana, a declarar que «toda guerra de agresión será considerada como ilegal y, por consiguiente, prohibida».

El 28 de diciembre, la propuesta francesa recibe la réplica norteamericana a través del secretario de Estado Frank Billing KELLOGG, en ella el gobierno norteamericano aceptaba el proyecto de BRIAND sugiriendo, sin embargo, que habría de tratarse más que de un pacto bilateral entre las dos naciones, de un pacto gene-

(39) El subrayado es mío. La fórmula propuesta por España fue la siguiente: «La guerra de agresión constituye un crimen», la fórmula aprobada sustituía, a propuesta de Bélgica y Brasil, la expresión «constituye» por la de «debe constituer». Vid. sobre este punto WEHBERG, H. *La mise de la guerre hors la loi*, R.C.A.D.I., 1928-IV, vol. 24, pp. 206 a 221.

(40) *Ibidem*, pp. 235 y ss.

ral. Sin embargo, Estados Unidos no pretendía que fuese un pacto universal, en realidad aspiraba a que se adhiriesen al mismo las principales potencias.

Respondió Francia, a su vez, aceptando la idea del pacto general, pero matizaba la fórmula empleada por KELLOGG según la cual se condenaba la «guerra como instrumento de política internacional». El gobierno francés sugería el empleo de la expresión «guerra de agresión», concepto que al estar definido por el artículo 5 del Pacto renano no plantearía, previsiblemente, dificultades en torno a su delimitación, cosa que podría ocurrir con la expresión utilizada por KELLOGG, no definida ni aclarada por ningún texto positivo. En realidad, las razones eran otras. Francia, como casi todas las demás potencias, se hallaba vinculada por compromisos anteriores que debía respetar y no podía adherirse a la tesis norteamericana sin violar las cláusulas del Pacto de la Sociedad de Naciones y de los acuerdos de Locarno.

Continuaron, sin embargo, las conversaciones y, en el mes de abril de 1928, el gobierno de los Estados Unidos comunica a los gobiernos de Alemania, Gran Bretaña, Italia y Japón el proyecto BRIAND, así como el intercambio de notas entre Francia y Estados Unidos, y al mismo tiempo un nuevo proyecto americano para declarar a la guerra fuera de la ley. El gobierno norteamericano rogaba a los gobiernos en cuestión que llegasen entre sí a un acuerdo, si ello era posible, sobre hasta qué punto las obligaciones resultantes para ellos de otros tratados les impedían renunciar, sin condiciones, a la guerra de consumo con los Estados Unidos (41). Alemania, Francia, Gran Bretaña y Japón convinieron en sus respuestas que no había inconveniente en llegar a un acuerdo semejante siempre y cuando se reservase la facultad de luchar en legítima defensa y se salvase la validez de los acuerdos anteriores. Otros gobiernos expresaron, de manera oficial o no, su deseo en tomar parte en las futuras negociaciones definitivas con vistas a la conclusión del tratado e incluso, a mitad de mayo, el «Istvestia», diario muy próximo al Comisariado ruso para Asuntos exteriores, declaraba que si no se invitaba a la Unión Soviética a adherirse al pacto que se concluyese, el gobierno ruso lo interpretaría como una acción dirigida contra él.

Tales son los antecedentes que llevaron, el 27 de agosto de 1928, a la firma en París del Pacto BRIAND-KELLOGG. La fórmula definitiva en torno a la guerra aparece recogida en el primero de los tres artículos de que consta el Pacto y que establece: «Las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente en nombre de sus respectivos pueblos que condenan el recurso a la guerra para el arreglo de las diferencias internacionales, y renuncian a la misma en tanto que instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas». Esta condena de la guerra viene complementada por la declaración inserta en el artículo 2.º y según la cual las partes se comprometen a solucionar sus conflictos, cualquiera que sea su naturaleza u origen, a través de medios pacíficos (42).

Respecto de la valoración del Pacto BRIAND-KELLOGG, ha escrito WEHBERG (43) que «les avis sont tres partagés. Les uns voient dans ce traité un pro-

(41) WEHBERG, H. *Le problème de la mise de la guerre hors de la loi, cit.*, p. 248.

(42) COLLIARD, C.A. y MANIN, A., *loc. cit.*, p. 99.

(43) WEHBERG, H. *Le problème de la guerre hors de la loi, cit.*, p. 253.

grés immense; d'autres admettent, à la rigueur, qu'il a de l'importance en tant qu'adhésion au principe de la paix universelle, mais pour le reste le déclarent insuffisant en sa teneur propre».

En efecto, para RUTGERS (44) el Pacto de París es una *lex imperfecta* desde el momento en que en el mismo faltan las sanciones. En la misma línea se produce LE FUR (45) quien mantiene que desde el momento en que carece de sanciones, el Pacto de París es, en este sentido, más imperfecto que el de la Sociedad de Naciones en el que las sanciones son ya bastante rudimentarias (46). Tales afirmaciones no quieren decir que estos autores, ni la inmensa mayoría de la doctrina, desconozcan el gran avance que en el terreno de la solución pacífica de conflictos supone el Pacto BRIAND-KELLOGG. En este terreno de aportaciones, es preciso subrayar que el Pacto tuvo por efecto que un número considerable de signatarios aceptasen la cláusula facultativa del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional. De otra parte, es la primera vez que un convenio internacional declara fuera de la ley cualquier guerra de agresión, cosa que no había logrado el Pacto de la Sociedad de Naciones (47).

III. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO TRAS LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

1. El Derecho de Ginebra

Si en la primera Guerra Mundial hubo ocasión de presentir los profundos y preocupantes cambios que el desarrollo de la tecnología podía aportar a la capacidad de fulminación —*over-killing power*— de la guerra moderna, la 2.^a Guerra Mundial no dejó de defraudar tan sombrías posibilidades. No sólo los avances tecnológicos sino también las tácticas empleadas: organizaciones de resistencia y movimientos de partisanos para hacer frente a los ocupantes, aplicación de sanciones

(44) RUTGERS, V. «La mise en harmonie du Pacte de la Société des Nations avec le Pacte de Paris.» R.C.A.D.I. 1431-IV, vol. 38, p. 74.

(45) LE FUR, L. *Précis de Droit International Public*, cit., p. 299.

(46) Crítica y negativa es también la opinión de KUNZ para quien el Pacto de París «n'a pas aboli la guerre non plus. La guerre reste légale comme mesure d'action collective, entre Etats signataires et non signataires, contre un signataire qui a violé le Pacte et comme moyen d'auto-protection légale. Puisque, en outre, selon la circulaire —partie intégrante du Pacte— de M. Kellog, tout Etat est lui même le juge exclusif de cette auto-protection légale, le Pacte ne constituait pas un progrès sur le droit des gens général. Son influence est restée modeste. Ajoutons que les prohibitions du Pacte de la Société des Nations et du Pacte de Paris se réfèrent à la «guerre». Comme la notion technique de «guerre» restait controversée et ambiguë en droit des gens général, il était possible —et les Etats on immédiatement vu ce point faible— de conduire des guerres masquées, en parlant de représailles, d'expéditions coloniales ou punitives ou du «petit incident chinois». KUNZ, J.L. *Loc. cit.*, p. 68.

(47) En este sentido se produce DESCAMPS cuando hace notar que «en dernière analyse, sous le régime antérieur au Pacte de Paris, malgré de tres remarquables progrès accomplis, le droit souverain de guerroyer demeure l'épée de Damoclès suspendue sur la vie pacifique des guerra». Acertadamente lo explica KUNZ en este sentido cuando mantiene que «les créateurs du Pacte etaient conscients de la nécessité de apporter des solutions pacifiques, si l'on voulait abolir la guerre avec succès. C'est pourquoi le Pacte ne contient pas la prohibition absolue de la guerre, mais seulement certaines «prohibitions».

colectivas a la población; bombardeos masivos de ciudades, entre otras, ponen de manifiesto la inadaptación a las nuevas circunstancias de un Derecho que había sido elaborado en atención a otras muy distintas.

En los años siguientes a la 2.^a Guerra Mundial el avance tecnológico en materia de armamentos, de una parte, y los conflictos armados provocados por el proceso de descolonización, de otra, agudizaron, como ha escrito CARRILLO SALCEDO (48) la inadaptación —cuando no el vacío jurídico— del Derecho internacional de los conflictos armados.

La adopción, en agosto de 1949, de los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho humanitario bélico supuso un gran refuerzo de la protección de las víctimas de las guerras. Se trató, ciertamente, de un notable avance sobre todo si se tiene en cuenta que durante la 2.^a Guerra Mundial se produjo una conculcación alarmantemente amplia del Derecho de la Guerra (49) vigente en la época, sobre todo en lo relativo a la protección de los combatientes y al trato de la población civil. Semejantes violaciones de la normativa establecida provocaron, en los primeros años de la postguerra, un extendido sentimiento de frustración y desconfianza respecto del Derecho de la Guerra. Tal sentimiento explicaría el hecho de que en 1949 la recién creada Comisión de Derecho Internacional rehusase seleccionar, entre las materias susceptibles de codificación y desarrollo progresivo, al Derecho de la Guerra. Este desinterés y desconfianza se vio compensado, sin embargo, por la convocatoria del gobierno Helvético de una conferencia internacional sobre el tema. De nuevo Suiza tomaba la iniciativa y, a instancias del Comité Internacional de la Cruz Roja, lograba la celebración en agosto de 1949 de una conferencia de plenipotenciarios, en la que se adoptaron cuatro importantes convenios referentes a la protección de heridos, enfermos y náufragos en campaña y en el mar (convenio 1.^o y 2.^o), a la protección de los prisioneros de guerra (convenio 3.^o) y a la protección de la población civil en tiempo de guerra (convenio 4.^o). Estos cuatro convenios en los que, en la actualidad, son parte 147 Estados, fueron ratificados por España en 1952 (50).

Un dato importante a retener en este avance del Derecho Internacional Humanitario, es la eliminación en los Convenios de Ginebra de la cláusula *si omnes*. En efecto, en el artículo 2, común a los cuatro Convenios se establece que «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».

Estos Convenios se extienden tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados sin tal carácter. Semejante distinción amplía el ámbito de aplicación de los mismos extraordinariamente. El cuarto de ellos, cuya

(48) CARRILLO SALCEDO, J.A. *Lecciones de Derecho Internacional público*. Ed. Mimeo., Sevilla, 1990.

(49) PASTOR RIDRUEJO, J.A. «Los protocolos adicionales de 1977 y su ratificación», en *I Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*. Sevilla, 1990, p. 88.

(50) B.O.E. de 23 y de 26 de agosto y de 2 y 5 de septiembre de 1952.

aportación puede considerarse como la más novedosa, protege a la población civil tanto cuando se halle en territorio enemigo como cuando se encuentre en territorio ocupado por una Potencia enemiga; sin embargo, como ha señalado PASTOR RIDRUEJO (51) no ampara a los no combatientes de los riesgos y daños más graves que, en definitiva, son los producidos por efecto de las armas.

2. El proceso descolonizador y los conflictos armados

Con el paso del tiempo, sin embargo, dos circunstancias entre otras, comenzaron a poner de manifiesto nuevamente la falta de correspondencia que se iba produciendo entre la realidad cambiante y el Derecho internacional de los conflictos armados. Así, el incremento del número de víctimas civiles en conflictos armados (cuyo contingente pasó de sumar un 50% en la 2.^a Guerra Mundial, a un 60% en la guerra de Corea y a un 70% en la de Vietnam) incremento debido fundamentalmente al empleo de un armamento de una eficacia destructora cada vez más pronunciada, demandaba un desarrollo complementario del Derecho de los conflictos armados (52). Por otro lado, los efectos del incontenible movimiento descolonizador, que se precipita vertiginosamente al comienzo de los años sesenta, va a plantear incuestionablemente el tema de la calificación jurídica de los conflictos armados surgidos como consecuencia de dicho proceso. Semejante circunstancia unida al desarrollo normativo del Derecho a la descolonización promovido por las NN.UU. y consagrado en Resoluciones de su Asamblea General del alcance de la R. 1514 (XV) y la R. 2625 (XXV), así como de otras igualmente importantes como la 3103 (XXVII) y la 3328 (XXVIII), testimonian el papel jugado por la Asamblea General en favor de quienes combatían contra el colonialismo, esto es, por la independencia, la libertad y la autodeterminación (53).

Las dos circunstancias a las que se acaba de hacer referencia ponen de manifiesto la íntima relación existente entre dos importantes áreas del Derecho Internacional contemporáneo, cuales son las del Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos. En efecto, como se ha señalado (54), si alguna situación propicia la violación de los derechos humanos, esta es la guerra. Es claro, que bien se trate de individuos civiles envueltos en conflictos armados, o de pueblos (supuesto de subjetividad jurídico-internacional emergente) que luchen por alcanzar su independencia y autodeterminación, ambas hipótesis encajan precisamente en el área, en desarrollo, de la protección internacional de los derechos fundamentales de sujetos diversos (algunos, de reciente y todavía no muy precisa calificación) (55).

(51) PASTOR RIDRUEJO, J. A. «Los Protocolos adicionales de 1977...», *cit.*, p. 89.

(52) *Ibidem*.

(53) CARRILLO SALCEDO, J. A. *Loc. cit.*, p. 544.

(54) PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Loc. cit.*, p. 90.

(55) Sobre este extremo, *vid.* RIULLOBA SANTANA, E. «Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo» en *Estudios de Derecho Internacional*, Homenaje al profesor MIAJA DE LA MUELA. Madrid, 1979; vol. I, pp. 303 y ss.

Esta nueva percepción del problema quedó, en su día, reflejada en diversos textos adoptados por Naciones Unidas a partir del final de la década de los años sesenta. Así, y por lo que se refiere a la protección civil en los conflictos armados deben recordarse los textos aprobados en 1968 sobre la materia. De una parte, la llamada Proclamación de Teherán de los Derechos humanos, aprobada por unanimidad en la Conferencia celebrada por la ONU en abril-mayo en dicha ciudad, y, de otra, la resolución adoptada en diciembre por la Asamblea General sobre protección de los derechos humanos en los conflictos armados.

Por lo que se refiere a los pueblos en lucha contra la dependencia colonial, ha de recordarse el principio de igualdad de derechos y libre determinación formulado por la resolución 2.625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, en la que se señala que «todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin ingerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con la Carta». Por consiguiente, «el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación» del principio de la igualdad y de la libre determinación de los pueblos, «así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas». En consecuencia, lo proclama la Resolución, que «todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos antes aludidos en la formulación del presente principio de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia. En los actos que se realicen y en la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas».

3. La Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario

A finales de la década de los años sesenta, los esfuerzos encaminados a adaptar el Derecho Internacional Humanitario a las nuevas realidades —y a redefinirlo, hasta cierto punto—, comenzaron a tomar forma (56). Todo un conjunto de diligencias y trabajos preparatorios se vieron materializados en la convocatoria —de nuevo por parte del Gobierno suizo— en 1974 de una Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.

No me parece fortuito el hecho de que el año en que se inicia esta Conferencia sea el mismo en que se adoptan los más importantes y emblemáticos textos del Nuevo Orden Económico Internacional. En efecto, el proceso descolonizador, a la sazón en su etapa de desenlace definitivo ponía de manifiesto un principio hoy en día incontestable cual es el de la permeabilidad de los grandes problemas que

(56) MANGAS MARTÍN, A. *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*. Salamanca, 1990 p. 43.

aquejan a la sociedad internacional contemporánea y en este caso los de la interdependencia económica y los de la seguridad internacional. En efecto, presupuesto ineludible del establecimiento de un NOEI es evidentemente el ejercicio pleno del derecho de autodeterminación, lo que lleva a calificar a los conflictos armados entre la metrópolis colonialista y la colonia no como conflictos internos, sino como conflictos armados internacionales (57).

4. Los Protocolos adicionales de los Convenios de Ginebra de 1949

La Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y Desarrollo del Derecho internacional humanitario tuvo lugar, en Ginebra, entre 1974 y 1977 y abarcó cuatro períodos de sesiones. Sus trabajos tuvieron por resultado la adopción de dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949: el Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo II, referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Ambos Protocolos entraron en vigor el 7 de Diciembre de 1978.

Por lo que hace a la participación ha de retenerse lo siguiente: a 31 de diciembre de 1990 eran partes en el Protocolo I por haber depositado su ratificación o adhesión, 99 Estados. El desglose de esta cifra no deja de carecer de interés: 18 de estos Estados son occidentales (58) y de ellos 14 han presentado reservas o declaraciones interpretativas, 7 son países del llamado bloque del Este (59), hoy en fase de desaparición, de los que dos han presentado reservas. El resto son países en vías de desarrollo. En la misma fecha eran parte en el Protocolo II, 89 Estados. También en este caso 17 Estados son occidentales (60) y de ellos 14 lo son con reservas o declaraciones interpretativas. La posición en este caso, de los cinco Estados pertenecientes al extinto bloque del Este, no varía y el resto se halla compuesto por países del Tercer Mundo aun cuando con una reducción en cuanto a participación de diez países de este grupo. España es parte en ambos Protocolos desde el 21 de abril de 1989, si bien ha hecho declaraciones interpretativas a ambos. También, con fecha de 31 de diciembre de 1990, veinte Estados habían aceptado la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, prevista en el artículo 90 del Protocolo adicional I. Por lo cual procede ya la Constitución de la misma.

El número de Estados partes en los Protocolos adicionales es sensiblemente bajo si se le compara con el de la participación en los Convenios de Ginebra y sobre todo si se consideran los objetivos perseguidos por los Protocolos, esto

(57) *Ibidem.*

(58) Son los siguientes: Chipre, Suecia, Finlandia, Noruega, Suiza, Dinamarca, Austria, Santa Sede, Italia, Bélgica, Islandia, Países Bajos, Grecia, Malta, España, Liechtenstein, Luxemburgo y Canadá.

(59) Yugoslavia, Hungría, Bulgaria, URSS, Bielorrusia, Ucrania y Checoslovaquia.

(60) Son los siguientes: Suecia, Finlandia, Noruega, Suiza, Dinamarca, Austria, Francia, Santa Sede, Italia, Bélgica, Islandia, Países Bajos, Malta, España, Liechtenstein, Luxemburgo y Canadá.

es, la protección de las víctimas de la guerra en los conflictos armados tanto internacionales como en aquellos que no tengan este carácter. En razón de esta circunstancia estos Protocolos tienen, como escribe PASTOR RIDRUEJO, evidente vocación de universalidad, pero a los trece años de la firma este objetivo no se ha conseguido.

5. Conflictos armados internacionales y conflictos armados internos

Entre las razones que pueden explicar semejante atraso debe anotarse las posturas contrapuestas de los países desarrollados y los de la periferia económica en relación con lo que debe entender por conflicto armado internacional y conflicto armado interno, doméstico o no internacional. En efecto, en el curso de la Conferencia Diplomática de Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario se hizo patente la posición de las antiguas y no tan antiguas metrópolis colonialistas respecto a los conflictos armados surgidos como consecuencia del intento de llevar a la práctica el principio de la libre determinación de los pueblos. En términos generales, los Estados occidentales pretendían que tales conflictos fuesen considerados como internos y, en consecuencia, incluidos en las disposiciones del Protocolo II mientras que los Estados en desarrollo, habida cuenta de la distinta condición jurídica del territorio colonial en relación con el de la metrópolis, mantenían que los conflictos suscitados a causa de la puesta en práctica del principio de libre determinación habrían de ser considerados como internacionales y, en consecuencia, acogidos a las disposiciones del Protocolo I.

Semejante enfrentamiento de posiciones no logró hallar una fórmula transaccional que propiciase el consenso y, con él, una salida con mejores perspectivas de futuro tal vez. En la Conferencia prevaleció, por consiguiente, el ejercicio del voto y la aspiración, ciertamente legítima, de la mayoría y consiguientemente la inclusión de los conflictos debidos al ejercicio *manu militari*, del derecho a la libre determinación de los pueblos en el Protocolo I, destinado a los conflictos de carácter internacional. Muchos países occidentales consideraron esta inclusión no sólo desafortunada sino como un considerable elemento de erosión para su política de mantenimiento del *status quo* en el contexto de las relaciones norte-sur. Relaciones consideradas entonces por NN.UU., o al menos por su componente mayoritaria, como un empeño de primera magnitud, prueba de ello es la aprobación en estos años de los textos más importantes del NOEI (61). Un análisis, siquiera sea breve, del contenido y alcance de ambos Protocolos nos ayudará, sin duda, a considerar con mayor claridad los términos del enfrentamiento de posiciones al que se acaba de hacer referencia.

Según señala su art. 1 el ámbito del Protocolo I viene definido por aquellas situaciones a las que se refiere el art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra

(61) PELÁEZ MARÓN, J.M. *La crisis del Derecho Internacional del Desarrollo*. Córdoba, 2.ª reimp. 1989, pp. 18 y ss.

de 1949. Se lee en dicho artículo que las normas del Derecho de Ginebra se aplicarán «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». Una primera conclusión que cabe deducir de la lectura de este texto es la de vigencia de un principio de rango constitucional en el Derecho Internacional contemporáneo, cual es el principio de efectividad (62).

Sin embargo, este primer ámbito material de aplicación del Protocolo, diseñado ya en 1949, va a ser aplicado a otros conflictos y justamente esta aplicación constituirá el centro de gravedad de la polémica. En efecto, el artículo 1.4 del Protocolo proclama que, además de las situaciones conflictivas a las que se acaba de hacer referencia, el ámbito de aplicación del Protocolo comprende también a «los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra 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».

Ciertamente la inclusión, en el Protocolo, de estos conflictos en los que hallan involucrados todo un conjunto de derechos y obligaciones de evidente trasfondo socioeconómico y en los que fundamentalmente se reclama la titularidad de unos derechos negados o el ejercicio en libertad de los mismos, introduce un elemento de polémica.

Ahora bien, la consideración de estos conflictos como internacionales supuso la ampliación por parte del Protocolo del concepto de fuerza armada desde el momento en que gran parte de los combates emprendidos por los movimientos de liberación nacional suelen adoptar la forma de guerrilla. Al propio tiempo implicaba asimilar el guerrillero al combatiente. Consecuencia de ello fue la extensión a los guerrilleros de los derechos de los combatientes. Así el art. 43.1 del Protocolo considera fuerzas armadas de una Parte en conflicto a «todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de esa Parte, aún cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa». Por consiguiente los guerrilleros habrán de recibir el trato de combatientes y, en su caso, de prisioneros de guerra.

Ha de reconocerse que esta asimilación del guerrillero al combatiente es, desde el punto de vista jurídico, evidentemente imprecisa y tal imprecisión haría posible el supuesto de que un guerrillero se acogiese, como ha señalado PASTOR RIDRUEJO, a la condición de combatiente para hostigar legítimamente al adversario, pero decidiese, en circunstancia desfavorable, invocar el estatuto de no combatiente para eludir la responsabilidad que hiciese al caso.

Por lo que hace al Protocolo II cabe decir que tuvo por finalidad el desarrollar y complementar el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Tales artículos contenían determinadas disposiciones mínimas aplicables a

(62) PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Loc. cit.*, p. 90.

los conflictos internos. Sin embargo, al haberse aceptado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario la inclusión de las guerras de liberación nacional, en el Protocolo I, el interés por el Protocolo II disminuyó sensiblemente, sobre todo por lo que se refiere a los Estados en vías de desarrollo y, generalmente, de reciente independencia. Estos Estados y, por supuesto, el resto de los Estados no estaban dispuestos a ver limitada su libertad de acción en la represión de los conflictos internos, a causa de un convenio internacional que, en el mejor de los casos, no brindaba compensaciones apreciables a los ojos de los diversos Estados partes (63).

El ámbito de aplicación material del Protocolo II se circunscribe, según señala su art. 1.º a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el Protocolo I y «que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas» y aplicar el Protocolo. Añade este artículo, en su párrafo 2, que el Protocolo II «no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados».

No obstante que el Protocolo II tiene un ámbito de protección más reducido que el Protocolo I, no deja por ello de contener unas normas generales sobre trato humanitario mínimo, entre las que se encuentra el deber de respetar a las personas que no participan en las hostilidades, esto es, no atacar contra la vida, integridad física y demás derechos fundamentales de la población civil (64).

Por otra parte debe señalarse que algunas de las normas contenidas en los Protocolos de Ginebra de 1977, pueden ser consideradas como normas de Derecho internacional General y, por consiguiente, aplicables con independencia de cualquier vínculo convencional.

En tal sentido se pronunció la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 27 de junio de 1986 dictada con ocasión del asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (65). En este caso, al no serle posible a la Corte examinar los hechos denunciados por Nicaragua en el marco de los convenios multilaterales en vigor, dada la reserva de Estados Unidos a la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria para la aplicación de los convenios militares (y por consiguiente, los de Ginebra de 1949), la Corte los valora a la luz del Derecho Internacional consuetudinario y, concretamente, según los criterios contenidos en los principios generales del Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, insiste la Corte, la denuncia de cualquier Convenio no afectará a las obligaciones que incumben a las partes en conflicto según los principios del Derecho de Gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre las naciones

(63) *Ibidem*, p. 93.

(64) *Ibidem*, p. 94.

(65) *I.C.J. Reports*, 1986.

civilizadas, las leyes de humanidad y la exigencia de la conciencia pública (cláusula Martens).

Añade la Corte Internacional de Justicia que el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra «enuncia ciertas reglas... que constituyen también, en caso de conflictos armados internacionales un mínimo independiente de aquéllas, más elaboradas que se añaden a tales conflicto». La Corte señala que puede considerarse aplicables dichas reglas, en el caso en cuestión, sin tener que pronunciarse por ello, sobre la reserva estadounidense relativa a los tratados multilaterales. En definitiva, en esta sentencia la Corte proclamó que unas reglas convencionales —las contenidas en el artículo 3 común— constituyen principios de Derecho Internacional Humanitario aplicables con independencia de cualquier vínculo internacional.

6. Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: una raíz común y una interacción imprescindible

No obstante que el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos humanos han tenido un desarrollo histórico separado, esta circunstancia no debe hacer olvidar que ambas ramas normativas nacen del tronco común del derecho internacional y son tributarias de unos mismos principios espirituales y filosóficos. Las consideraciones que siguen tienen por objeto poner de relieve el interés e importancia que tal realidad tiene en una sociedad como la internacional de la segunda postguerra mundial caracterizada, entre otros importantes rasgos, por el hecho de la permeabilidad e interacción de tres graves problemas comunes, planteados por la interdependencia económica, la seguridad global y la preservación del medio ambiente.

El derecho de los pueblos a su autodeterminación interna supone la posibilidad del ejercicio efectivo, por parte de las personas que integran dichos pueblos, de sus derechos y libertades fundamentales (66). La relación entre este principio y el de la protección de los derechos humanos es evidentemente estrecha (67). A este propósito, Gros Espiell ha señalado que, en la actualidad, la no-

(66) CARRILLO SALCEDO, J.A. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2.^a ed., Madrid 1976, p. 69.

(67) En este sentido, ya se pronunció la delegación italiana en el documento de trabajo que, en 1970, presentó al Comité especial creado por la R. 1966 (XVIII), en el que se señalaba que «existe una estrecha relación entre ese principio y la promoción de los derechos humanos. El ejercicio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos como entidades colectivas podrá garantizarse eficazmente en la medida en que se permita a los individuos que integran esas entidades ejercer efectivamente sus derechos y libertades fundamentales... La existencia y el funcionamiento de estructuras y mecanismos mediante los cuales se ha de expresar la libre determinación depende de la posesión y del ejercicio efectivo de los derechos y libertades individuales».

Doc. A/AC. 125/L. 83. Sobre estos extremos puede verse también PELÁEZ MARÓN, J.M. «La dette sociale et le droit des peuples a disposer de leur temps historique». Comunicación presentada a la *Table Ronde sur le Droit International du Développement Social et Culturel*, organizada por el G.E.R.D.I.E.D. y la Université de Paris Nord. Ed. Mimeo., París, mayo, 1990.

ción de derechos humanos comprende, además de los clásicos derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, otros nuevos derechos que exigencias planteadas por cuestiones tales como el desarrollo y la libre determinación de los pueblos, han determinado su nacimiento y consolidación en nuestros días (68).

En varias ocasiones, a lo largo de estas páginas, se ha puesto de relieve cómo el devenir incesante de los acontecimientos históricos, provoca una falta de correspondencia entre el Derecho Internacional Humanitario y la realidad social objeto de su regulación. En la actualidad cabe decir que dicha falta de adecuación material es consecuencia, en parte, de una falta de ordenación sistemática de los instrumentos jurídicos que, en nuestros días, pretenden dar respuesta a los problemas dimanantes de comportamientos violentos de distinta naturaleza.

En efecto, la sociedad internacional actual, dada su estructura y composición, presenta unos perfiles de interrelación e interdependencia que, a mi juicio, ponen de manifiesto un dato de importancia capital; me refiero a la permeabilidad de los grandes problemas que ha de encarar hoy la humanidad y que, como ya he señalado, no son otros que el de la seguridad global, el de la interdependencia económica y el de la salvaguardia del medio ambiente. Entiendo que semejantes circunstancias han de presidir cualquier reflexión que se haga en relación con la falta de adecuación de la normativa del Derecho Internacional Humanitario a la realidad social de nuestros días.

Es justamente en razón de esta realidad por lo que, desde hace aproximadamente una década, ha comenzado a perfilarse una iniciativa tendente a la promoción de lo que ha venido en llamarse nuevo orden humanitario internacional. En este sentido, parece que, en efecto, comienza a abrirse paso una consideración más general según la cual resulta evidente que, en las actuales circunstancias, cualquier individuo que puede sufrir agresiones que conculquen sus derechos fundamentales, en cuanto ser humano, a causa de una situación de opresión socio-económica, puede ver violados esos mismos derechos al ser víctima de un conflicto armado, ya sea interno o internacional y ser reducido, por ejemplo, a la condición de refugiado. Y ello es así dado que aun cuando sus respectivos campos de aplicación no coinciden plenamente, existe una zona común entre el derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Podrán existir, es cierto, principios o criterios particulares, necesariamente aplicables sólo en algunas de estas ramas del Derecho internacional, pero no puede negarse la existencia de principios comunes a ambas, que las vinculan e interrelacionan en base al objetivo esencial de defender y garantizar la dignidad e integridad de la persona humana (69).

(68) GROS ESPIELL, M. «Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados» en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge* (en l'honneur de JEAN PICTET). Ginebra 1984, p. 704.

(69) *Ibidem*, pp. 704 y ss. Sobre este extremo observa CALGEROPOULOS-STRATIS que «el fundamento filosófico de la protección general de la persona humana es idéntico para el Derecho humanitario y para

No cabe, por consiguiente, olvidar el hecho de que la desgracia humana es indivisible por lo que necesita un trato y una responsabilidad también indivisibles. No obstante, dicho trato corre el riesgo de ver disminuida, cuando no anulada, su eficacia a causa de la existencia de un conjunto de instrumentos jurídicos, no siempre dotados de la necesaria coherencia y aplicados también por instituciones cuya actuación no se halla ciertamente coordinada.

Parece necesario, pues, que en la tarea de desarrollar progresivamente el Derecho Internacional Humanitario han de tenerse en cuenta estas circunstancias así como el hecho de la consolidación (testimoniada por la práctica) de unos principios comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. En relación con tales principios ha de precisarse que no se trata de meros postulados morales o políticos (70) sino que se trata de principios informadores de normas de derecho positivo, como ha reiterado la Corte Internacional de Justicia (71). Tales principios han propiciado también importantes resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En efecto, algunas de estas resoluciones, cuyo alcance jurídico no cabe hoy desconocer (72) versan sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación, lo que plantea tanto la cuestión del respeto de los derechos humanos fundamentales como la de la salvaguardia de principios elementales de humanidad inspiradores de las normas más fundamentales del Derecho Internacional Humanitario. Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de estas normas no parece que hoy día quepa discutir (salvo desde posiciones interesadas) su carácter consuetudinario. Se trataría, por consiguiente, de una costumbre internacional consolidada en un breve espacio de tiempo (73) de acuerdo con las exigencias de democratización y socialización de la actual sociedad internacional. Además, tales normas habrían contado, como factor decisivo para su formación, con el apoyo brindado por la Asamblea General de las NN.UU., plataforma institucional que brinda a los Estados la posibilidad de hacer patente la existencia de una *opinio iuris* colectiva y de poder mostrar, en su caso, la existencia indiscutible de una norma consuetudinaria de origen institucional. Tal es el caso, por ejemplo de la

los derechos humanos y no distingue entre situación de guerra y situación de paz». En *Etudes et essais sur le droit international humanitaire...*, cit., p. 655.

(70) Como en tal sentido ya mantuviese la Comisión de juristas del Consejo de la Sociedad de Naciones, en su informe sobre el asunto de las Islas Aland, *J.O.S.D.N.*, octubre 1920, sup. spé.

(71) En efecto, tanto en sus dictámenes de 21 de junio de 1970 sobre el asunto Namibia (*I.C.J. Reports*, 1971) y de 16 de octubre de 1975 sobre el Sahara Occidental (*C.I.J. Recueil*, 1975) como en sus sentencias en los asuntos del Estrecho de Corfú de 9 de abril de 1949 (*C.I.J. Recueil*, 1949) y de las Operaciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua de 27 de junio de 1986 (*I.C.J. Reports*, 1986) la Corte Internacional de Justicia ha mantenido esta opinión.

(72) PELÁEZ MARÓN, J.M. *La crisis del Derecho Internacional del desarrollo*. Córdoba, 2.ª reimpresión, 1989, particularmente pp. 68 y ss.

(73) *Ibidem*, p. 50.

norma que consagra el derecho de los pueblos a la libre determinación (74), norma que, para un sector mayoritario de la doctrina, tiene el rango de norma de *ius cogens* (75).

(74) En tal sentido se ha pronunciado la C.I.J. en el *asunto de las Operaciones militares en y contra Nicaragua* cuando ha sostenido que en relación con la norma consuetudinaria, la *opinio iuris* puede deducirse entre otros elementos:

«de la actitud de los... Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General, particularmente de la resolución 2.625 (XXV)... El efecto de un texto de tales resoluciones no puede ser interpretado como el de una simple llamado o simple especificación del compromiso convencional originado en la Carta. Puede, por el contrario interpretarse como una adhesión al valor de la regla o de la serie de reglas declaradas por la resolución y consideradas en sí mismas... La toma de posición mencionada puede, en otros términos, aparecer como la expresión de una *opinio iuris* respecto de la regla (o de la serie de reglas) en cuestión, considerada independientemente en adelante de las disposiciones, particularmente institucionales, a las que se halla sometida en el plano convencional de la Carta». Y ha añadido que:

«el hecho de que los Estados han adoptado este texto (R. 2.625 (XXV) proporciona una indicación de su *opinio iuris* en el derecho internacional consuetudinario en cuestión. La declaración comporta, al lado de ciertas formulaciones que pueden aplicarse a la agresión, otras que sólo contemplan modalidades menos graves de empleo de la fuerza. En ella se encuentran especialmente los siguientes pasajes:

«Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de coerción que privase de su derecho a la autodeterminación, a la libertad y a la independencia a los pueblos mencionados en la formulación del principio de igualdad de derechos y del derecho a disponer de sí mismos».

Vid., sobre este extremo, PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Loc. cit.*, p. 262.

(75) Entre otras, pueden citarse, en tal sentido, las opiniones siguientes: ABI-SAAB, *The concept of jus cogens in International Law*, Ginebra, 1967; p. 13. Ago, R. Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados. «El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976. Vol. II. Doc. A/CN.4/291 y Add. 1 y 2, pp. 34, 53 y 59. ALEXIDZE, L.A. «Problemas de *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo» en *Soviet Year-Book of International Law*, Moscú, 1968, p. 148. BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. Oxford, 3.^a ed. 1979, pp. 472 y ss. CARRILLO SALCEDO, J.A. *Soberanía del Estado y Derecho internacional*. Madrid, 2.^a 1976, p. 248. CONDORELLI, L. et BOISSON DE CHAZZOURNES, L. «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*, Ginebra 1984; p. 21 y s. GROS ESPIELL, H. «No discriminación y libre determinación como normas imperativas del Derecho internacional con especial referencia a los efectos de su denegación sobre la legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas normas imperativas» en *Anuario del IHLADI*, vol. 6; 1980, pp. 53 y ss. KISS, A. «Le Droit international peut-il encore être considéré comme volontariste?», en *Symbole García Arias. Temis*. Zaragoza, 1973-74; p. 83. NGUYEN QUOC, D. DAILLIER, P. PELLET, A. *Droit international public*. Paris, 3.^a ed. 1987, p. 186. PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público*, *cit.* p. 262 PELLET, A. *Droit international public*, Paris, 1981, p. 74.

