

LA RATIFICACION POR ESPAÑA DE LOS PROTOCOLOS DEL 8 DE JUNIO DE 1977, ADICIONALES A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949.

Javier SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA
Magistrado del Tribunal Supremo
General Consejero Togado

I. INTRODUCCION.

España ha ratificado, transcurridos doce años desde su firma, lo dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra. La ratificación va acompañada de una declaración relativa al artículo 90.2 del Protocolo Adicional I y de siete declaraciones interpretativas sobre distintos aspectos a los que nos referiremos posteriormente (1).

El solo hecho de la ratificación merecería ya una nota, siquiera fuera a título informativo; pero la inclusión de unas declaraciones del género "interpretativo" como las formuladas, exige un espacio más amplio que la mera noticia. Lo exige, al menos, para el autor de este estudio que, ya desde ahora, declara sus serias dudas sobre una gran parte del contenido de la "interpretación" que probablemente no es necesaria y lamentablemente no es original. Tampoco le parece oportuna y considera, además, que va más allá de la simple interpretación para transformarse, en ocasiones, en auténticas reservas (2).

(1) El Instrumento de ratificación aparece en el B.O.E Nº 177, del 26 de julio de 1989.

(2) Vaya por delante una confesión: quizá el autor, que participó muy activamente en la elaboración de los Protocolos, sea poco objetivo. No lo quisiera. Mi postura es contraria a la más generalmente admitida en eso que ha dado en llamarse nuestro entorno natural, léase mundo occidental. Pero no es voz única. Ingenios más ilustres nadan en la misma dirección —contra corriente— aunque solo sea con la esperanza de que, algún día, las normas que ahora se discuten, y hasta se rechazan, puedan ser comprendidas en su verdadero alcance.

Los Protocolos adicionales ahora ratificados fueron adoptados el 8 de junio de 1977, tras una larga y muy difícil elaboración. Un análisis de cierta profundidad, y no menos objetividad, de su contenido obliga, al menos, a tener a la vista tres distintos aspectos: los objetivos que se perseguían; el sistema de su gestación y adopción; y, finalmente, los resultados efectivamente conseguidos en relación con los fines intentados.

1. *Los objetivos perseguidos.*

La elaboración de los Protocolos no fue una mera casualidad: responde a una necesidad sentida desde época muy próxima al 12 de agosto de 1949 en que se adoptaron los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra. Ya en 1957, el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) había presentado un proyecto de normas de protección de la población civil, aprobado, en principio, por la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada aquel año en Nueva Delhi (3). Con posterioridad, nunca dejó el C.I.C.R. de ocuparse de un posible desarrollo del Derecho internacional humanitario teniendo en cuenta la evolución que estaba teniendo el fenómeno de la guerra.

La finalidad del C.I.C.R. al preparar la futura Conferencia diplomática que produciría los necesarios instrumentos de desarrollo del derecho de la guerra, era múltiple y se contenía, básicamente, en la Resolución XXVIII de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Viena en 1965. Su título era el de "Protección de la población civil contra los peligros indiscriminados de la guerra" (4) y declaraba, una vez más, que los Gobiernos deberían observar, al menos, los siguientes principios:

- que el derecho de las partes implicadas en un conflicto sobre los medios de agresión al enemigo no es ilimitado;
- que está prohibido lanzar ataques contra las poblaciones civiles en cuanto tales;
- que debe distinguirse en todo momento entre las personas que participan en las hostilidades y la población civil, de forma que esta última sea preservada tanto como sea posible;

(3) Vid. C.I.C.R. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra 1987, Pág. XXX. Las normas sufrieron un general rechazo gubernamental debido a su directa referencia a las armas nucleares, tema al que nos referimos más adelante.

(4) Vid. Texto en *Manual de la Cruz Roja Internacional*, Ginebra 1983, pág. 634 (versión española).

- que los principios generales del Derecho de la Guerra se aplican a las armas nucleares y similares.

En la Resolución XXIII de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán, se aborda idéntico asunto bajo la denominación de “derechos Humanos y Conflictos Armados” (5). Consecuencia de ello fue la importantísima Resolución 2444 (XXIII) de la asamblea de las Naciones Unidas, de fecha 19 de diciembre de 1968, que ratifica literalmente lo acordado por la Conferencia Internacional de la Cruz Roja (omitiendo, sin embargo, muy significativamente toda alusión a las armas nucleares) e invita al Secretario General para que, en consulta con el C.I.C.R., dé los pasos necesarios para la reafirmación y el desarrollo del Derecho internacional humanitario (6).

El resultado de estas Resoluciones, en las que la Comunidad internacional por rara unanimidad mostraba una profunda preocupación por los crecientes males producidos por la guerra, fue la Conferencia Diplomática que, en los años 1974 a 1977, dio a luz los Protocolos. El trabajo fue preparado por una conferencia de Expertos Gubernamentales que se reunió en dos períodos de sesiones en los años 1971 y 1972, a la que el C.I.C.R. sometió documentación sobre las siguientes materias que constituyen, en definitiva, los fines perseguidos por los nuevos instrumentos internacionales (7):

- Disposiciones tendentes a reforzar la aplicación del Derecho internacional humanitario existente en los conflictos armados.
- Refuerzo de la protección de las Poblaciones civiles contra el peligro de las hostilidades.
- Reglas humanitarias relativas al comportamiento entre combatientes.
- Protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
- Estatuto de los combatientes y el problema de la guerrilla.
- Protección de heridos y enfermos.

Estos propósitos han de ser tenidos en cuenta antes de emitir un juicio sobre los Protocolos y, en especial, sobre el Protocolo Adicional I, ya que el

(5) Vid. en SCHINDLER-TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*. A.W. Sijthoff, Leiden, 1973, Pág. 189

(6) Schindler-Toman; op. cit. pág. 191

(7) Documentación presentada por el C.I.C.R. a la Conferencia de Expertos. Fascículo I, Introducción, pág. 1. Cada uno de estos seis fines fueron objeto de un fascículo, del II al VII, completado con un VIII sobre Anexos documentales.

II, por razones a las que posteriormente aludiré, plantea menores problemas.

2. *Elaboración de los Protocolos.*

No sería suficiente la consideración de los fines perseguidos sin conocer, al menos sucintamente, el proceso de elaboración de los dos Protocolos (8).

En primer término, es de advertir que en la Conferencia, cuyo nombre revelador y completo era “Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados”, abreviadamente CDDH, estuvo presente prácticamente la totalidad de la comunidad internacional. Solo muy pequeños Estados faltaron a la cita. En el período de sesiones de 1974 (20.02 a 29.03) hubo 124 Estados representados; en el de 1975 (03.02 a 18.04) 120, en el de 1976 (21.04 a 11.06), 107; y en el de 1977 (17.03 a 10.06) 109. Solamente China, de entre las grandes potencias, estuvo ausente y su ausencia fue relativa: intervino plenamente en el período de sesiones de 1974 y, aunque no concurrió a los otros tres, manifestó mantener su interés en la Conferencia y su deseo de estar informada puntualmente de la marcha de sus trabajos (9). Por distintas razones —especialmente por la introducción del número 4 del artículo primero en el Protocolo I— se separó, apartándose de toda actividad y sin explicación alguna, la República de Sudáfrica (10). Las demás ausencias no fueron significativas por lo que bien puede reiterarse la universalidad de la CDDH. Una universalidad completada con la presencia activa de numerosos organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales, movimientos nacionales de liberación, representantes de instituciones religiosas y, por supuesto, el C.I.C.R. y la Liga de las sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Pero más interesante que la generalizada presencia de la comunidad internacional resulta el hecho de que, en la sesión plenaria del 8 de junio de 1977, ambos Protocolos en su conjunto fueron aprobados por consenso con la sola observación de Francia que fue, digámoslo francamente, la voz discordante que, sin embargo, tampoco se opuso al consenso (11).

(8) Vid. los dos comentarios completos hasta ahora publicados: el ya citado del C.I.C.R. en nota (3) y BOTHE PARTSCH y SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, 1982.

(9) Actas conf. Volv, pág. 277. China se ha adherido a ambos Protocolos en 14 de septiembre de 1983.

(10) Permaneció, por el contrario, Israel que emitió el único voto en contra en plenarios. Actas, Vol. VI, pág. 41.

Es cierto que, en la adopción del Protocolo Adicional I, antes de llegar al consenso en su conjunto, se examinó su contenido artículo por artículo con las siguientes excepciones al consenso:

- Art. 1º Sometido a votación nominal, fue aprobado por 87 votos a favor, 1 en contra (Israel) y 11 abstenciones (España, entre ellas).
- Art. 42. Aprobado por 71 votos contra 12 (países del grupo árabe) y 11 abstenciones.
- Art.44. Sometido a votación nominal, fue aprobado por 73 votos a favor contra 1 (Israel) y 21 abstenciones (España, entre ellas).
- Art. 51. Sometido a votación nominal, fue aprobado por 77 votos contra 1 (Francia) y 16 abstenciones.
- Art. 52. Aprobado por 79 votos a favor, ninguno en contra y 7 abstenciones (entre ellas Francia, que fue la solicitante del voto).
- Art. 57. Aprobado por 90 votos a favor, ninguno en contra y 4 abstenciones (entre ellas, Francia que fue la solicitante del voto).
- Art. 58. Aprobado por 80 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones (entre ellas Francia, solicitante del voto).
- Art. 89. Aprobado por 50 votos a favor contra 3 y 40 abstenciones.
- Art. 90. Aprobado por 49 votos contra 21 y 15 abstenciones.
- Art. 96. Sometido a votación nominal, fue aprobado por 93 votos a favor 1 en contra (Israel) y 2 abstenciones (España y Tai-landia).

Del examen detallado de estos resultados, puede deducirse que, en un documento de 102 artículos, fueron aceptados sin mayores problemas y por consenso 92. De los diez restantes, que fueron aprobados por mayorías que pueden calificarse de aplastantes (12), cabe formar cuatro grupos:

a) Los artículos 1, 44 y 96, objetados exclusivamente por Israel y adoptados con 87, 73 y 93 votos a favor, respectivamente. En los dos primeros se abstuvieron principalmente los países del grupo occidental — con importantes excepciones— y en el 96 solamente España y Tailandia, sin que pueda saberse realmente por qué motivos, como no sea por una pura inercia derivada de su postura sobre los artículos 1 y 44.

b) El artículo 42, al que solo se opusieron 12 países del grupo árabe, que

(11) Actas, Vol VII, pág 205. Sobre la postura de Francia, no muy lógica, volveremos más adelante.

(12) De acuerdo con el Reglamento de la CDDH, se exigía una mayoría de dos tercios de representantes presentes y votantes para las decisiones de fondo (artículo 35). En todos los casos, como puede observarse, la mayoría fue mucho más amplia.

pretendían introducir una modificación claramente atentatoria contra el Derecho de la Guerra clásico y a todo principio humanitario: la posibilidad de atacar al piloto que, derribado su avión en combate, se lanza en paracaídas, cuando sea previsible que va a caer en territorio controlado por la Parte a la que el piloto pertenece.

c) Los artículos 51, 52, 57 y 58, objetados solamente por Francia, la que exigió voto y solo lo emitió contra el 51, absteniéndose respecto a los otros tres.

d) Los artículos 89 y 90 objetados, en el primer caso por excesiva imprecisión y en el segundo por posible ineficacia y riesgo de intervención en las competencias soberanas del Estado (13), sin que, pese a ello, hayan dado lugar posteriormente a reservas o declaraciones interpretativas.

Cabe deducir de lo que se acaba de exponer, que España—como, por otra parte, la mayoría del grupo occidental— solamente se planteó con seriedad las consecuencias que podían derivarse de los artículos 1, párrafo 4,44 y 96. En ningún momento tuvo dudas sobre los demás preceptos del Protocolo I, con la excepción del artículo 89 sobre el que la abstención fue una medida de excesiva prudencia derivada de su origen. El artículo 89 fue el resultado de una transacción conseguida tras numerosos esfuerzos para sustituir a las propuestas, mucho más concretas e inaceptables para los más, sobre la doctrina sobre las represalias.

No creemos necesario insistir aquí sobre el Protocolo II que, excepto en sus artículos 1 y 16, fue aceptado por consenso y que, por ser producto de un rechazo generalizado del proyecto elaborado por la Conferencia y de una enmienda transaccional a la totalidad que, en el último momento, presentó Pakistán, ha quedado reducido a poco más que una declaración de intenciones. Nuestro país, como todos los occidentales, lo ha ratificado pura y simplemente, pues no plantea especiales problemas (14).

El consenso alcanzado en el Protocolo I tiene su explicación en el propio método de trabajo de la Conferencia. Se dividió ésta en tres Comisiones principales que se ocuparon, cada una de ellas, de un grupo de materias. Las Comisiones, a su vez, constituyeron cuantos grupos de trabajo fueron

(13) España se abstuvo en la votación del art. 89. Por un evidente error de Secretaría, la explicación de su voto aparece en la página 79 del volumen VI de las Actas, como referida al artículo 7 (téngase en cuenta que el art. 89 era, en el proyecto, un artículo no numerado para colocar antes o después del 70: la mecanógrafa debió omitir el 0).

(14) En alguna ocasión quisiera ocuparme de este documento, aunque solo sea como un ejercicio de estilo, como gráficamente afirmó el embajador Bindscheller, de Suiza, en relación con algunos de los artículos procedentes de la enmienda de Pakistán, de los que había desaparecido todo su pleno significado.

precisos para alcanzar textos aceptables para todos. Este sistema de trabajo exigió un notable esfuerzo y, por supuesto, una gran pérdida de tiempo: el trabajo de pasillos fue tan importante como el oficial. El embajador Aldrich, que presidió la delegación de los Estados Unidos, afirma que “una de las razones por las que la conferencia exigió cuatro períodos de sesiones fue la necesidad de una gran cantidad de tiempo y esfuerzos encaminados a obtener compromisos generalmente aceptables, en vez de enfrentar votos potencialmente destructivos (15).

Desde el primer momento se intentó que los textos, a fuerza de ceder sus autores en parte y de aceptar enmiendas en cuanto fuera posible, a fuerza de tejer y destejer, de avanzar y retroceder, llegasen a ser texto de general aceptación.

De esa forma, incluso los artículos que no obtuvieron la unanimidad, consiguieron en votación mayorías de notable importancia.

3. *Los resultados.*

Las circunstancias que quedan expuestas en el anterior apartado deberían plantearnos seriamente qué problema o problemas han llevado posteriormente a reticencias y hasta objeciones que están atentando gravemente contra la eficacia de unos instrumentos internacionales, cuya necesidad es agobiante. Por eso, antes de entrar en el examen de aquel o aquellos problemas —en relación con las declaraciones interpretativas españolas— puede ser interesante hacer una somera valoración de los resultados obtenidos en función de los objetivos perseguidos.

A mi juicio, los seis objetivos perseguidos por los Protocolos han sido llevados a la realidad por los siguientes preceptos:

A.- Objetivo primero: reforzar la aplicación del Derecho internacional humanitario existente. El C.I.C.R. proponía, a este respecto, el estudio de cuatro grupos de materias (16):

- a) Normas sobre difusión y aplicación de los principios y reglas humanitarias, lo que se ha traducido en los artículos 82, 83 y 84 del Protocolo I y 19 del Protocolo II.
- b) Normas sobre el control más eficaz de la observancia y cumplimiento.

(15) GEORGE H. ALDRICH, *Some reflections on the origins of 1977 Geneva Protocols*, en *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, 1984. Págs. 129 y sigs, esp. 133.

(16) Documentación C.I.C.R. Conferencia de Expertos, Fascículo II.

to del derecho vigente. En este aspecto, cabe citar los artículos 5 (potencias protectoras), 6 (personal cualificado), 81 (actividades del C.I.C.R. y otras organizaciones humanitarias) y, en cierto modo, artículo 90 (comisión de encuesta), todos del Protocolo I.

- c) Normas más eficaces sobre sanción de las violaciones del derecho en vigor. A ello se dirigen los artículos 85 al 91 del Protocolo I.
- d) Represalias. En esta materia, no fue posible un avance sustancial, aunque se incluyeron prohibiciones concretas en los artículos 20, 51.6, 52.1, 53.3, 54.4, 55.2 y 56.4 del Protocolo I.

B.- Objetivo segundo: protección de las poblaciones civiles contra los peligros derivados de las hostilidades. En realidad, este fue el fin principal perseguido por las normas adicionales a los convenios. La más importante víctima de la guerra moderna es la población civil y esta idea late en todo el desarrollo actual del Derecho internacional humanitario. Sería inútil, por eso, enumerar aquí los preceptos que, de modo directo o indirecto, tienen como objeto conseguir una mejor protección de la población civil. Ambos Protocolos, en su totalidad, tienen este fin último. De modo directo, además, todo el Título IV del Protocolo I (arts 48 al 79) y el IV del Protocolo II (arts. 13 al 18).

C.- Objetivo tercero: Reglas humanitarias relativas al comportamiento de los combatientes. El propósito era, en este punto, conseguir un desarrollo de los principios muy generales contenidos en los Convenios de La Haya 1899/1907.

Las ideas contenidas en la documentación presentada por el C.I.C.R. (17) se plasmaron en los artículos 35 al 42 del Protocolo I.

D.- Objetivo cuarto: protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional. Fin conseguido, aunque con evidentes limitaciones como ya se ha dicho anteriormente, por el Protocolo Adicional II en su conjunto.

E.- Objetivo quinto: estatuto de los combatientes y el problema de la guerrilla. El fin planteado por el C.I.C.R. se limitaba realmente a conseguir una norma suficiente a proteger a los combatientes de todos los conflictos armados, incluidos, por tanto, los que utilizan la guerrilla como método de guerra (18). El resultado fue, quizá, más amplio que el inicialmente planteado.

En el Proyecto elaborado por la Conferencia de expertos y presentado después, como punto de partida, ante la CDDH (19) no aparecía más que un

(17) Docs. C.I.C.R. Conferencia Expertos, Fascículo IV.

artículo 42 sobre los que se llamaba “nueva categoría de prisioneros de guerra” si bien en el artículo 40 se trataban las llamadas “misiones independientes” que han pasado a ser el actual artículo 46, sobre espías. El resultado final de los trabajos de la CDDH ha sido la Sección II de Título III del Protocolo I, “Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra”, que incluye cinco importantes disposiciones: art. 43 (concepto de Fuerzas Armadas), 44 (Combatientes y prisioneros de guerra), 45 (otras personas que han tomado parte en las hostilidades), 46 (espías) y 47 (mercenarios).

F.- Objetivo sexto: protección de heridos y enfermos. El propósito perseguido era doble: de una parte, ampliar la protección de heridos, enfermos y naufragos, suficientemente desarrollada para las Fuerzas Armadas en los Convenios I y II, pero muy limitada para la población civil; y de otra, conseguir una mayor protección de los transportes sanitarios, en especial los aéreos (20). El resultado puede considerarse especialmente feliz mediante el Título II del Protocolo I y el Título III del Protocolo II. Tres problemas muy arduos fueron abordados y solucionados bastante satisfactoriamente: la protección de las personas contra tratos médicos abusivos (art. 11 del Prot. I y 5 del Prot. II), la protección general de la misión médica (arts. 16 Prot. I y 10 Prot II) y la protección de aeronaves sanitarias (arts. 18 a 24 al 31 del Prot. I) (21).

Como consecuencia de cuanto queda dicho, parece que puede concluirse que los resultados obtenidos fueron suficientemente satisfactorios. Se plantearon cuestiones de suma importancia que consiguieron, las más de las veces, una solución admitida por unanimidad; en alguna ocasión, una solución admitida mayoritariamente, con mayorías no ya absolutas o calificadas, sino cercanas a la unanimidad; y solo en una materia —problema de las represalias— con una solución parcial pero generalmente admisible.

En tales circunstancias, cabe preguntarse de nuevo cuál o cuáles han sido los motivos que dan lugar ahora a reticencias que van desde el rechazo radical del Protocolo Adicional I por Francia —y muy probablemente por los Estados Unidos—, hasta su aceptación limitada con declaraciones interpretativas de distinto alcance, pero que ocultan, en muchos casos, verdaderas

(18) Docs. C.I.C.R. Conferencia Expertos, Fascículo VI.

(19) Documento CDDH 3, Ginebra 1973.

(20) Docs. C.I.C.R. Conferencia Expertos, Fascículo VII.

(21) Vid. Waldemar A. Solf, *Development of the protection of the Wounded, Sick and Shipwrecked under the Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions*, en *Etudes... en l'honneur de Jean Pictet*, cit. pág. 240.

reservas. No es éste el motivo de este artículo, pero el tema queda planteado ante las declaraciones que presenta España y que a continuación me propongo examinar.

II. LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS PRESENTADAS POR EL GOBIERNO ESPAÑOL

1ª.- *Al Protocolo I en su totalidad*

El Gobierno del Reino de España "entiende que este Protocolo, en su ámbito específico, se aplica exclusivamente a las armas convencionales, y sin perjuicio de las normas de Derecho Internacional aplicables a otros tipos de armas".

Esta declaración es extraordinariamente grave, a mi juicio, pues desvirtúa, en gran parte, la finalidad fundamental del Protocolo y muestra, además, que el redactor de la declaración ha copiado, pero ha copiado muy mal (22).

El origen de esta declaración hay que buscarlo en las manifestaciones hechas por los Estados Unidos y por el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en el momento de la firma del acta final de la CDDH y por el representante de Francia en la Sesión plenaria del 8 de junio de 1977.

Los Estados Unidos, en su declaración escrita, decían lo siguiente:

"Entienden los Estados Unidos de América que las normas contenidas en este Protocolo *no* tuvieron como fin el producir efecto alguno sobre el uso de las armas nucleares y en consecuencia ni lo regulan ni lo prohíben". (23).

El Reino Unido, por su parte, incluye entre otras notas interpretativas presentadas en la misma ocasión, la siguiente:

"que las nuevas normas introducidas por el Protocolo no tienen como fin el producir efecto alguno o regular o prohibir el uso de armas nucleares". (24).

Francia, finalmente, en la citada sesión plenaria de 8 de junio de 1977, y antes de que se procediese a la adopción de los dos Protocolos en su conjunto por consenso, hizo una amplia declaración en la que, entre otras, aparecen las siguientes frases:

(22) Probablemente, igual de mal que Bélgica, cuya declaración, en este punto, deja mucho que desear.

(23) *It is the understanding of the United States of America that the Rules established by this Protocol were not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons.*

(24) *That the new rules introduced by the Protocol are not intended to have any effect on and do regulate or prohibit the use of nuclear weapons.* El texto completo de declaraciones de U.S.A. y U.K., en Bothe, Patsch, Solf, op. cit. pág. 721.

“... su Gobierno no admite en modo alguno que las disposiciones del Protocolo I... puedan prohibirle el empleo de cualquier arma específica que estime necesaria para su defensa. El Gobierno de Francia tomó nota desde 1973 de que el C.I.C.R. no había incluido en sus proyectos reglamentación alguna sobre las armas atómicas. Al participar en la elaboración de las disposiciones de los Protocolos adicionales, el Gobierno de Francia solo tomó en consideración los conflictos en que se empleen armas convencionales... (25).

No es éste el lugar indicado para entrar en el debate sobre las armas nucleares y su relación con las disposiciones del Protocolo. El debate existe (26).

La sola lectura de las observaciones hechas por las tres potencias citadas, todas ellas dotadas de armamento nuclear, da ya a conocer, al menos, dos posturas distintas: los Estados Unidos y el Reino Unido se limitan a manifestar que las normas del Protocolo no pueden producir efectos sobre el empleo del arma nuclear, ni intentan su regulación o prohibición; Francia va más allá y afirma que no se han tomado en consideración, para la adopción de las nuevas normas, más que los conflictos en que se emplean armas convencionales. La discrepancia misma de las tres potencias nucleares permite la duda sobre el posible alcance del Protocolo en esta materia. Sus posturas son, además, más que discutibles, pues, si es cierto que desde el primer momento se excluyó intencionadamente toda discusión sobre las armas nucleares —sin que por tanto exista prohibición o autorización expresas, sino simplemente silencio—, no se excluyó nunca, ni se pudo excluir, una regulación de la utilización de los medios y modos de combatir, de carácter “protector”, que intenta paliar, en la mayor medida posible, los terribles efectos de la guerra sobre las víctimas civiles del conflicto. Cualquier exclusión global del tema equivaldría a dejar sin efecto el Protocolo mismo. El arma atómica no ha sido prohibida, pero su utilización habrá de tener en cuenta, sin duda alguna, los principios que consagra el Protocolo, en

(25) Actas. Vol VII, pág 205.

(26) C.I.C.R., “Commentary ...”, cit. pág. 589-596. Parte de la doctrina estima que las armas nucleares están incluidas en el Protocolo y afectadas por sus limitaciones. Así, Ipsen, “Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht” en *Zeitschrift für Asuländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vl. 38, pág. 43 (opinión no compartida por los coautores del artículo, Profs. Bothe y Partsch). Igualmente, Elmar Rauch, *L’emploi d’armes nucléaires et la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, *Rev. Hellenique du Droit International*, 33 éme année 1980. En contra, Henri Meyrowitz, “L’estratégie nucléaire et le Protocol Additionnel I aux Conventions de Genève de 1949” en *Rev. Général de Droit International Public*, vol. 83. 1979; y Solf, en “New Rules...”, cit., nota 12 en página 191.

el que la necesidad militar y proporcionalidad están adecuadamente representadas.

Y aquí aparece la gran crítica a la declaración de nuestro Gobierno. Por varios motivos:

En primer lugar, porque la declaración va más allá incluso que las de los Estados Unidos y del Reino Unido que, en sí misma, constituyen una grave declaración, pero que no excluyen la aplicación del Protocolo —o de partes de él— en el supuesto de utilización del arma nuclear. Parece claro que, con la interpretación de los dos países, seguirá siendo aplicable el Protocolo en su mayor parte, pues lo único que reservan es la posibilidad de hacer uso del arma cualquiera que fuere el resultado. Después de todo, siempre serán aplicables los Títulos I, II, III completos, los Capítulos V y VI de la Sección I y las secciones II y III del Título IV, y la totalidad de los Títulos V y VI. Es decir, que solo los cuatro primeros Capítulos de la Sección I del Título IV pueden quedar afectados — y aun excluidos— por la reserva. La declaración española, por el contrario, y siguiendo un poco la postura maximalista de Francia, es radical: el Protocolo solo se aplica a la guerra con armas convencionales y, “a sensu contrario” no es aplicable en cuanto se utilicen las armas nucleares (y biológicas o de cualquier otro tipo imaginable). Tal como queda redactada la torpe interpretación, convierte en inútil la ratificación desde el momento en que cualquier tercero transforme la guerra convencional en otro tipo de guerra mediante la utilización, aunque sea esporádica, de armas no convencionales.

La torpeza aumenta si se tiene en cuenta que España no solo no es una potencia nuclear, sino que reiteradamente afirma una política antinuclear, por no citar su propia decisión de ser desnuclearizada. Se podrá argüir en favor de esta declaración que hemos de seguir la misma dirección que nuestros aliados de la Alianza Atlántica, pero es argumento que carece de base y de fuerza: ni la alianza se ha manifestado sobre el asunto, ni hay unanimidad entre sus miembros. Los Países Bajos, Dinamarca, Islandia y Noruega han ratificado el Protocolo sin especificación alguna sobre el asunto. Francia, más consecuente con su radical postura, ha manifestado su rechazo a la totalidad del Protocolo y su intención de no ratificarlo (27). Italia, al proceder a la ratificación, ha presentado una declaración más correcta: “entiende el Gobierno de Italia que las normas sobre el uso de armas, introducidas por el Protocolo Adicional I, se refieren exclusivamente

(27) Por el contrario, tiene ya ratificado el Protocolo II. La postura de Francia es sorprendente si se tiene en cuenta su muy activa participación y notable peso en la elaboración de los textos.

a las armas convencionales. No prejuzgan cualquier otra norma de Derecho Internacional que sea aplicable a otro tipo de armas". La declaración española, como la belga, resultan incompresibles.

La declaración interpretativa de España adolece, además, de otra imprecisión mayor: entiende el Gobierno que este Protocolo, "en su ámbito específico", se aplica sólo a las armas convencionales. Pero ¿cuál es el ámbito específico del Protocolo? Aquí aparece un nuevo elemento de confusión, pues el ámbito de aplicación del Protocolo está definido en los números 3 y 4 del artículo 1º. El número 3 se refiere a las situaciones contempladas en el artículo 2, común a los cuatro Convenios de 1949 y es, por tanto, un ámbito genérico: en tales situaciones, se aplica todo el Derecho. Por el contrario, el nº 4 es específico del Protocolo al extender las situaciones previstas en el número 3 a los conflictos armados contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y regímenes racistas. En estos tipos de conflicto es específicamente aplicable el Protocolo, ya que, del Derecho preexistente, solo serán aplicables las normas consuetudinarias, pero no las convencionales (28). Si a tales consecuencias llegamos, habremos de admitir que la declaración española no responde a lo que, al parecer, era su intención, pues en la guerra clásica o en los conflictos armados a que se refiere el artículo 2, común, resultaría aplicable el Protocolo aunque llegase a ser utilizada el arma nuclear.

Mucho nos tememos que la postura del Gobierno estaba más próxima a la de la declaración italiana. Quizá debo interpretar las palabras "en su ámbito específico" en relación con el uso de ciertos medios de hacer la guerra y no con el ámbito de aplicación del Protocolo. Quizá hay solo una mala redacción castellana. Quizá, al fin, sea precisa otra declaración interpretativa que interprete la interpretación...Pero, en todo caso, resulta lamentable comprobar a dónde puede llegar el temor de que se nos pueda considerar autoexcluidos del club de los grandes. No otra explicación puede tener esta declaración interpretativa que no interpreta, aclaratoria que introduce confusión y comprensiva de una política que, al menos en su apariencia, es radicalmente opuesta a la política que mantiene el Gobierno que la formula.

Dos palabras más habría que añadir a este comentario: esta declaración implica una verdadera reserva y, frente a la opinión contraria (29), estimamos que esta reserva es incompatible con el fin y objeto del tratado, con lo que cae de lleno en el apartado c) del artículo 19 del Convenio de Viena sobre

(28) CASSESE, "Wars of national liberation and humanitarian Law"; en "Etudes... en l'honneur de Jean Pictet" cit. pág. 323. Vid. también C.I.C.R. "Commentary...", cit. págs. 39 y sigs.

(29) SOLF, en "New Rules...", cit. página 191.

los tratados. La declaración es de carácter tan general, que puede realmente desvirtuar el propio Instrumento al que se refiere.

2ª.- *A los artículos 1, párrafo 4, y 96, párrafo 3.*

“Estos artículos se interpretarán de acuerdo con el Principio enunciado en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, tal y como figura desarrollado y reafirmado en los siguientes textos:

- 1.- Párrafo dispositivo 6 de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1960.
- 2.- Último párrafo relativo al Principio de Igualdad de Derechos y Libre Determinación de los Pueblos, de la Declaración sobre 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, aprobada por Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970”.

Aunque uno se pregunta si realmente es necesaria esta declaración, a la vista de la propia redacción del párrafo 4 del art. 1º del Protocolo — ya que expresamente se remite a la Carta y a la Resolución 2625 (XXV) —, no puede ser tan crítico con ella como lo ha sido con la anterior.

El párrafo 4 del artículo 1º fue objeto de serias preocupaciones y, como ya vimos anteriormente, fue rechazado de plano por Israel con la abstención de 11 Estados. La votación se realizó sobre el artículo en su conjunto, pero tanto Israel como los abstenidos explicaron su postura en razón al párrafo 4. La delegación de España presentó una declaración explicativa que dice así:

“Haciendo uso de la facultad de explicar sus votos por escrito, que ha sido recientemente concedida a las delegaciones participantes en la Conferencia, la Delegación de España desea hacer constar que su abstención en la votación del artículo 1 del Protocolo I obedece a la redacción dada al párrafo 4, cuya formulación da la impresión de que el tratamiento jurídico de un conflicto armado pudiera estar en relación con los motivos o los fines que hayan podido impulsar a las Partes contendientes, lo que, a su vez, pudiera interpretarse como un reflejo de la filosofía, por nadie admitida hoy, según la cual el fin justifica los medios.

Además, ese párrafo incluye el concepto, de muy difícil definición objetiva, de movimientos de liberación nacional, que, en opinión de la

Delegación de España, por las razones antedichas, que fueron oportunamente señaladas, no tiene lugar en este artículo.

La Delegación de España expresa su respeto y comprensión hacia el criterio seguido por las delegaciones que han propugnado y aprobado este párrafo y, finalmente, subraya su conformidad con los tres primeros párrafos del artículo 1. (30).

La oposición española a este párrafo no era nueva. Se había puesto también de manifiesto en el seno de la Comisión I en la que emitió voto negativo. Por otra parte, la posición de nuestro País coincidía con la de otros países occidentales, que manifestaron sus reservas respecto a la redacción del párrafo, aún admitiendo todos ellos la necesidad de dar protección a las víctimas de lo que, en términos no muy precisos, se podrían llamar guerras coloniales o guerras por la independencia. Esta postura se manifiesta en las once abstenciones que corresponden, precisamente, a 10 países occidentales (Mónaco, Reino Unido de la Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Italia y Japón) a los que se unió Guatemala. En general, compartían tales Estados la preocupación sobre la inseguridad que podía derivar de tal párrafo y quizá las palabras que mejor reflejan ese estado de ánimo sean las de la declaración formulada por la República Federal de Alemania.

“Las expresiones *dominación colonial, ocupación extranjera y regímenes racistas* no son criterios objetivos, sino que se prestan a interpretaciones y aplicaciones arbitrarias, inspiradas en razones de orden subjetivo y político. Además, han sido elegidas más bien en función de problemas y objetivos a corto plazo, y en consecuencia no encajan debidamente en un instrumento jurídico al que se quiere dar una validez de larga duración (31).

La declaración interpretativa que presenta ahora España responde a esta preocupación, saliendo al paso de pretensiones “subjetivas” o “políticas” que serían incompatibles con principios universalmente aceptados que afectan a la soberanía e integridad territorial de los Estados.

La realidad es que, como observaba la República Federal de Alemania, el párrafo 4 del artículo 1 nació con unas finalidades muy concretas y

(30) Actas, Vol. VI, pág. 62.

(31) Actas, Vol. VI, pág. 60.

puramente temporales. Tan concretas, que casi se puede decir que se estaba pensando en tres únicos países: Portugal (“dominación colonial”; el párrafo se adoptó en 1974), Israel (“ocupación extranjera”) y República Sudafricana (“régimenes racistas”) (32). El Prof. Karl Josef Partsch hace un detenido análisis del precepto para concluir que su alcance es verdaderamente muy limitado (33). Pese a ello, no puedo rechazar la declaración de nuestro Gobierno, si bien me permito una observación: quizá la referencia al último párrafo sobre el Principio de Igualdad de Derechos y Libre Determinación de los Pueblos, contenido en la Resolución 2625 (XXV) debiera haberse extendido también a su párrafo penúltimo. Puestos a matizar el artículo 1.4 —y, correlativamente, el 93.3—, cuanta más precisión mejor (34).

3ª.- A los artículos 41, 56, 57, 58, 78, y 86

El Gobierno del Reino de España “entiende que la palabra posible significa que el asunto a que se refiere es factible o posible en la práctica, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en el momento en que se produce el hecho, incluyendo en las mismas aspectos humanitarios y militares”.

(32) CASSESE, *War of national liberation...*, cit. pág. 319. El autor no comparte, sin embargo, el criterio de la R.F.A. y otros occidentales, a los que culpa en parte de la ambigüedad del precepto al haberse opuesto a postura más progresista como las que mantuvieron las delegaciones de Australia y Noruega.

(33) BOTHE, PARTSCH, SOLF, *New Rules...*, cit. pág. 50-52. Más limitada es todavía la conclusión de Frits Kalshoven (citado por Partsch) para quien el párrafo podría haber sido sustituido por una referencia a “los pueblos de Sudáfrica y de Palestina”.

(34) El artículo 2, número 4, de la Carta de las Naciones Unidas dice así: *Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.* El párrafo dispositivo 6 de la Resolución 1514 (XV) dice así: “Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

Finalmente, los aludidos párrafos de la Resolución 2625 (XXV) son los siguientes: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”. “Todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”. (Un estudio completo sobre esta declaración, puede verse en Elisa Pérez Vera, “Naciones Unidas y los Principios de la Coexistencia Pacífica”, Tecnos).

Esta declaración está directamente inspirada en la que, en el momento de la firma del acta, presentó el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y es copia exacta de la que, en el momento de su ratificación, ha presentado Italia.

Yo me permito disentir de esta declaración y ello por dos razones fundamentales: en primer lugar, por una razón puramente filológica; y, en segundo término, por una razón lógica.

La razón filológica o lingüística es clara: ignoro si en inglés puede haber alguna duda sobre el sentido de la palabra "feasible", que es la utilizada en los artículos 41, 57 y 58 del texto en aquel idioma y a la que concretamente se refería la declaración del Reino Unido, la cual, además, explicaba que "feasible" debe entenderse como "lo que es practicable o prácticamente posible teniendo en cuenta todas las circunstancias del momento incluso las relativas al éxito de las operaciones militares". Pero, por lo que hace al texto español, creo que se entiende por sí solo sin necesidad de que nada se explique.

La palabra "factible", que es la que se ha empleado en el texto español como equivalente a "feasible" en los artículos 57 y 58, tiene un sentido claro: "lo que se puede hacer" (Diccionario de la Real Academia); lo que es "hacedero", "posible", "realizable", "susceptible de ser hecho" (Diccionario del uso del Español, María Moliner). Y no otra cosa dicen los citados artículos. No precisan, a mi juicio, de mayores explicaciones: debe hacerse lo que se puede hacer, y no se hará aquello que interfiera gravemente en las operaciones militares de acuerdo con las normas de proporcionalidad y economía por las que se rigen. La misma utilización de la palabra indica que no se trata de normas absolutas.

Otro tanto cabe decir de la palabra "posible". Posible es "lo que puede ser" o "se puede ejecutar" y hacer lo posible o todo lo posible es "no omitir circunstancia ni diligencia alguna para el logro de lo que se intenta" (Diccionario de la Real Academia); y es también "procurar". Lo posible no fuerza, salvo en la medida en que algo intentado permita el esfuerzo. No se habla, por tanto, de exigencias inalcanzables u obligaciones inasequibles. Creo que nuestro idioma es claro y cualquier militar que lea cualquiera de los artículos interpretados sabrá, perfectamente, sin necesidad de interpretación, cuál es su alcance.

Hay una segunda razón no gramatical, para rechazar la declaración. La he llamado lógica y no sé si es la palabra adecuada. Lo que quiero decir es que, hasta cierto punto, es incongruente: no se pueden medir por el mismo rasero todos los artículos. En primer lugar, porque no todos utilizan la misma

terminología: en los artículos 57 y 58 y 86 no se utiliza, en la versión española, la palabra "posible", sino la palabra "factible" (35). Y aunque ambas tiene un sentido similar, no resulta admisible que el Gobierno español —y sus funcionarios responsables— y las Cortes que le autorizan demuestren no haber leído los textos y pretendan aclarar una palabra que no se usa (36). En segundo lugar, porque la esencia de todos los artículos aquí interpretados es distinta y la fuerza de las palabras que contienen es necesariamente distinta: los artículos 41, 56 y 78 son de contenido fundamentalmente humanitario y, consecuentemente, la exigencia de lo posible es mayor en relación con su aspecto humanitario; los artículos 57 y 58 son de contenido preferentemente táctico y, por tanto, la necesidad militar tiene un mayor peso que su aspecto indirectamente humanitario; el art. 86, finalmente, tiene un contenido de carácter penal para cuya valoración habrá que atender a más circunstancias que a los meros aspectos humanitarios y militares a que se refiere la declaración interpretativa.

Quede, pues, aquí constancia de la disconformidad del autor de esta nota sobre la discutible interpretación. Esta opinión, ciertamente, es tan discutible como la declaración, pero, por supuesto, de menor trascendencia. Yo no soy un Gobierno copiando a otro. Y me parecería, sin embargo, faltar a mi propio sentido jurídico si no mostrase mis profundas dudas sobre la necesidad y oportunidad de tan absurda y foránea explicación.

5ª. Al artículo 44, párrafo 3.

El Gobierno del Reino de España "entiende que los criterios contenidos en el párrafo b) del citado artículo respecto a distinción entre combatientes y población civil pueden ser solamente aplicados en territorios ocupados. Asimismo interpreta que la expresión despliegue militar significa cualquier movimiento hacia el lugar desde el que o hacia el que un ataque va a ser lanzado".

Pocos artículos han sido tan debatidos como el 44. Se puede decir que toda la labor desarrollada por la Comisión III de la CDDH durante los tres primeros períodos de sesiones (1974, 1975 y 1976) estuvo prácticamente

(35) En congruencia con la versión inglesa, que utiliza *feasible* y con la francesa que, en los tres supuestos, aplica el giro *pratiquement possible*.

(36) Sospecho que hay aquí, como se ha dicho, una traducción de la declaración italiana: interpreta la palabra *feasible*, pero el texto inglés no la emplea en el artículo 56 en el que se habla de *practical precautions*. Además, el Reino Unido, al hacer la declaración, distinguió perfectamente la distinta naturaleza de los artículos citados y se refiere exclusivamente al uso de *feasible* en los artículos 41, 57 y 58 y no a los demás.

limitado a conseguir un texto de este artículo 44 tal como hoy podemos leerlo. No es éste ni el momento ni el lugar para una exposición amplia de su amplia problemática (37). España, que se abstuvo en la votación, presentó la siguiente explicación de voto:

“La Delegación de España desea, con motivo de su abstención en la votación sobre el artículo 42 (definitiva numeración, la actual 44) del Protocolo I, dejar constancia de que las circunstancias que motivaron una actitud idéntica, de su parte, cuando se produjo la adopción del mismo artículo en la Comisión III, no han cambiado, a su juicio, y no justifican un cambio de actitud en este momento.

El texto puesto a votación no garantiza, en efecto, como ya se hizo notar entonces, la seguridad de la población civil, fin capital de los instrumentos que se discuten. Los términos en que el artículo está redactado podrían favorecer, a juicio de la delegación de España, el desarrollo del nuevo fenómeno llamado guerrilla urbana y, por consiguiente, cierta forma de terrorismo, constituyendo, en tal concepto, un riesgo grave para la seguridad de los Estados y, en definitiva, un paso en el camino de la subversión internacional” (38).

Aunque es cierto que el artículo 44, en especial en su párrafo 3, puede poner en mayor riesgo a la población civil, y aunque es cierto también que el fin capital de los Protocolos era incrementar su seguridad, no me parece que se puede llegar, a su vista, a la conclusión a que llega la declaración que acaba de transcribirse. No olvidemos que, al inicio de la CDDH, también se planteaba el problema del estatuto del guerrillero en cuanto especie de combatiente legítimo y que el artículo 44 está en íntima y necesaria relación con el 43 (39) y con el resto de los que componen el capítulo: el artículo 44 solo se refiere a combatientes legítimos, es decir, a personas que tiene el derecho a combatir.

Tampoco es posible olvidar que estamos hablando de un instrumento internacional aplicable a conflictos armados internacionales, por lo que parece abusivo hablar de guerrilla urbana y de terrorismo (40). Sin embargo

(37) El lector puede satisfacer su curiosidad en los correspondientes comentarios al art. 44 en los ya citados del C.I.C.R. y de Bothe, Parsch y Solf. También puede resultar interesante — y no menos instructiva — la consulta de la *Revue de Droit Pénal Militaire et Droit de la Guerre*, tomo XXI, número 1-2-3-4, 1982, que recoge los trabajos de la reunión de la Sociedad en Lausanne del 2 al 6 de septiembre de 1982.

(38) Actas, Vol. VI, pág. 141.

(39) Solf, en *New Rules...*, cit., pág. 248 y sigs.

(40) Tampoco puedo entrar en este tema que, a mi juicio saca de quicio al Protocolo. El Presidente Reagan ha llegado a similares niveles de incomprensión en el escrito de 29 de enero

la ambigüedad que aparece en la redacción del párrafo 3 y, sobre todo, las torcidas interpretaciones —o las interesadas interpretaciones— de que ha sido objeto bien merece alguna mínima interpretación por parte de los Gobiernos que, responsablemente, desean aplicarlo si ratifican el Protocolo. En este sentido, la declaración española es plausible, pues, se refiere a dos de los escollos que el artículo plantea: el de las circunstancias en que puede ser admitida la no distinción de los combatientes respecto a la población civil (ámbito de aplicación del n° 3 del art. 44) y el de los límites mínimos con que, incluso en tales circunstancias, el combatiente ha de mostrarse como tal (momento a partir del cual, la ocultación de su cualidad empezaría a ser perfidia).

En el primer aspecto, la declaración española es, quizá, excesivamente restrictiva al considerar el párrafo aplicable solamente “en los territorios ocupados”. El párrafo fue pensado, preferentemente, no para territorios ocupados, sino para las luchas extraordinarias a que se refiere el n° 4 del artículo 1 y, muy en especial, para las llamadas de liberación nacional, que mantenían los pueblos coloniales contra sus metrópolis. Hablar en estos casos de territorios ocupados parece desorbitado. Ciertamente, el C.I.C.R., al proponer un desarrollo del derecho en este aspecto, pensaba más bien en la insuficiencia del artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra. El Reino Unido, a la firma del Protocolo, estimaba que este párrafo era aplicable en los territorios ocupados y en los conflictos armados previstos en el art. 1.4; y en el mismo sentido se manifiestan, en el momento de su ratificación, Bélgica, Nueva Zelanda y la República de Corea. En sentido más restringido, similar al de España, Italia al ratificar y la República Federal de Alemania en su explicación de voto ante la Conferencia (41). Tras un examen del texto — que se refiere a la naturaleza de las hostilidades y no a su causa— parece más aceptable pensar que las únicas situaciones de excepción se dan en territorio ocupado o en los conflictos del n°4 del art. 1 (42), aunque algunos entiendan que este segundo caso es sólo un supuesto especial del primero.

de 1987 con el que remite al Senado, para su ratificación, el Protocolo II y previene contra la del Protocolo I. Vid. *American Journal of International Law*, oct. 1987, vol. 81, n° 4, seguido de una refutación a cargo de Hans-Peter Gasser, Asesor Jurídico del C.I.C.R. De este mismo autor, *Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario*, XI Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de S. Remo (Italia), sept. 1985. En la redacción del artículo 44 intervinieron, por cierto, de forma decisiva, los relatores de la Comisión III, el Prof. Baxter y el Embajador Aldrich, ambos norteamericanos y el último, jefe de la Delegación de los Estados Unidos.

(41) Actas, Vol. VI, pág. 140.

(42) C.I.C.R., *Commentary...*, cit, págs 529 y sigs. en las que se examina ampliamente este problema. El autor de este artículo mantuvo la postura, también quizá excesivamente restrictiva de que este párrafo era solo aplicable a los supuestos del Art. 1.4. Vid. *Rev. de Droit Penal Militaire*, volumen citado en nota 37.

El segundo problema que intenta solucionar la declaración es de gran complejidad, pues los términos “despliegue militar” han sido interpretados según el gusto de cada cual. La declaración española es coincidente con la interpretación generalmente aceptada por el mundo occidental y muy especialmente por la República Federal de Alemania que fue, además, la proponente del párrafo en orden a determinar con la mayor claridad posible los mínimos exigibles para poder considerar combatiente legítimo al guerrillero que normalmente no se distingue de la población civil (43).

En cualquier caso, los problemas que plantea el artículo 44 —y no solo su párrafo 3, aunque éste muy particularmente— que, partiendo del deber de los combatientes de distinguirse siempre de la población civil no combatiente, admite situaciones en que ésto no es posible, exige por parte de los protagonistas internacionales una gran dosis de buena fe en su interpretación. Solo así, sin perder de vista que tales circunstancias solo pueden ser muy excepcionales, que el art. 44 forma parte de una estructura de la que son también parte los artículos 43 y 45 —ambos en íntima relación con aquél— y que la finalidad perseguida es la de alcanzar una protección adecuada a los combatientes de la guerra de guerrilla puestos fuera de combate, podrá llegarse a una comprensión perfecta de todo el precepto.

Reconozcamos, porque es de justicia, que la buena fe no es abundante en las relaciones internacionales. Las aclaraciones españolas —como sus paralelas de otros países occidentales— pueden contribuir a una mejor comprensión del artículo 44, pero de nada servirá si falta aquella buena fe en las partes afectadas por el conflicto. Y en estas situaciones, pedir objetividad es tanto como predicar en el desierto.

5ª. A los artículos 51 al 58

El Gobierno del Reino de España “entiende que la decisión adoptada por mandos militares, u otros con facultad legal para planear o ejecutar ataques que pudieran tener repercusiones sobre personal civil, bienes o similares, no puede necesariamente ser tomada más que sobre la base de informaciones pertinentes disponibles en el momento considerado y que ha sido posible obtener a estos efectos”.

(43) Las interpretaciones sobre el despliegue son muy variadas. El Relator de la Comisión daba tres posturas: *Algunas delegaciones declararon que lo entendían como todo movimiento hacia el lugar desde el cual se va a lanzar un ataque. Otras delegaciones declararon que ello solo incluye el movimiento final hasta las posiciones de fuego. Varias delegaciones declararon que entendían que esos términos cubrían solamente el momento que precede inmediatamente al ataque.* Vid. C.I.C.R. *Commentary...* págs. 534 y sigs. Como puede observarse, cada delegación, con toda objetividad, arrojaba el ascua a su sardina.

De nuevo estamos ante un caso de mimetismo incomprensible. La simple lectura de los artículos 51 al 58 lleva a conclusiones tales, que la declaración resulta innecesaria. Tales artículos tiene por objeto conseguir —si ello es posible— que la población civil no padezca el cúmulo de horrores que viene padeciendo en los modernos conflictos armados. Constituyen los Capítulos II, III y IV de la Sección I del Título IV del Protocolo. Todo el título IV se refiere a la protección de la población civil y su Sección I se denomina “Protección General contra los efectos de las hostilidades”. Viene a complementar el tímido intento de protección contenido en el Título II del Cuarto Convenio de Ginebra. Pero nunca están redactados en unos términos de carácter absoluto.

La CDDH se ocupó de dejar bien sentado el necesario equilibrio entre la necesidad militar y la necesidad humanitaria y para ello dejó prevalecer la primera —salvo en muy contados supuestos— mediante fórmulas de diversa índole, pero cuyo sentido no deja lugar a dudas. Unas veces, mediante la clara y directa declaración de que la necesidad militar debe prevalecer (art. 54); otras, mediante la utilización de verbos no imperativos del tipo “velará”, “procurará”, etc. (arts. 55, 57 y 58); otras, en fin, mediante la admisión de excepciones a las prohibiciones impuestas (arts. 54, 56)... Sólo dos prohibiciones son, a mi juicio, absolutas: el ataque a la población civil como tal y los ataques a título de represalias en los contados supuestos en que expresamente se prohíben.

Declarar que el mando militar o el responsable de un ataque sólo puede tomar su decisión a la vista de las informaciones que posea es una obviedad tal, que su sola declaración avergüenza y hasta resulta injuriosa para el mando del que se duda que pueda obrar de otra manera.

Esta declaración procede, una vez más, de la que llevó a cabo el Reino Unido en el momento de la firma de los Protocolos y a la que reiteradamente hemos debido aludir en este trabajo. En el mismo sentido que la declaración española, las han presentado, al ratificar, Italia y Nueva Zelanda. Ningún otro Estado ha considerado necesaria aclaración alguna a normas que no la necesitan.

Es cierto que, en relación con estos artículos, se planteó un problema distinto: el de su posible repercusión sobre el derecho de legítima defensa consagrado por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ya hemos aludido a este problema planteado por Francia en concreta relación con los artículos 51, 52, 57 y 58 (44), que fueron sometidos a voto y aceptados por

(44) Vid. especialmente, la declaración hecha en relación con el artículo 51, en *Actas*, Vol.

abrumadoras mayorías. Los otros cuatro artículos del grupo que ahora contemplamos fueron aceptados por consenso, con la sola observación del representante del Reino Unido que, sin embargo, prestó su consentimiento a los ocho en su plenitud. (45).

En la interpretación de estos artículos, no puede dejarse de lado su finalidad fundamentalmente humanitaria. No se trata de establecer rígidas normas sobre medios o modos de hacer la guerra; no se establecen prohibiciones sobre armas concretas o sobre ciertas tácticas; no se limita el derecho a la defensa —bien al contrario, se consagra nueva y expresamente en el número 5 del artículo 54 del Protocolo I—. De lo que se trata es de conseguir, para la población civil, la gran víctima de la guerra moderna, la mayor protección posible. Y nadie tiene derecho a dudar sobre la capacidad de los Mandos militares, que es evidente que tomarán sus decisiones a la vista de las informaciones que posean y solo a la vista de ellas. ¿Es que hay algún otro procedimiento de tomar decisiones? Nadie suele ir a la guerra — y menos a la gravosísima guerra actual a matar moscas a cañonazos. La información es la base de toda decisión y toda decisión se apoya en el principio coste-eficacia, una de cuyas más claras manifestaciones es el de proporcionalidad al que ya anteriormente hemos aludido (46).

Creo, en definitiva, que cuando todo el mundo apreciaba el exacto sentido de los preceptos protectores de la población civil, la postura de Francia y la declaración del Reino Unido —ahora desgraciadamente seguida por nuestro país— vinieron a poner confusión, cumpliendo así la ya vieja postura intelectual de oscurecer lo que aparecía claro.

6ª. A los artículos 51, 52 y 57

El Gobierno del Reino de España “entiende que la *ventaja militar* a que hacen referencia tales artículos se refiere a la ventaja que se espera del ataque en su conjunto y no de partes aisladas del mismo”

I, págs. 168, 169. Francia introdujo este tema sorpresivamente en las plenarios finales. Durante toda la Conferencia colaboró intensamente en la obtención de los textos que después fueron objetados.

(45) Actas, Vol. I, Pág. 172. Austria presenta una declaración similar solo respecto al artículo 57 y una reserva al 58 en el sentido de que será aplicable dejando a salvo el derecho a su legítima defensa.

(46) Frente a las tesis que mantuvo la delegación francesa, vid. Partsh “New Rules...”, cit., pág. 317. Estima este comentarista que los párrafos 4, 5 y 7 del art. 51 — fundamento de la oposición gala— no hacen sino consagrar lo que, según la mayoría de la doctrina, es derecho internacional consuetudinario.

Así lo entiende el Gobierno del Reino de España, siguiendo —una vez más— la confusa mente del Gobierno de S.M. Británica y lo entiende, al modesto juicio de este comentarista, muy mal: En primer lugar, porque la declaración pasa por el mismo raso a la “ventaja militar”, tal como aparece en los artículos 51 y 57 —que consagran el repetido principio de proporcionalidad— y a la cita que se hace en el artículo 52 como elemento determinante de la cualidad de militar de un determinado bien. Lo que ocurre es que el Reino Unido introduce un nuevo elemento de confusión —seguido gregariamente por Italia, Bélgica y Nueva Zelanda— que no existe realmente en los artículos 51 y 57, y tal elemento es causa efectiva de confusión en otros Gobiernos que repentinamente sienten afanes perfeccionistas (47).

Por otra parte, parece que el Reino Unido confundió el concepto de ataque con los ataques muy grandes. Mejor dicho, con las grandes operaciones militares. Pero el ataque puede ser también algo más pequeño y aun muy pequeño: y, en todos los supuestos, hay una acción unitaria. Tanto en las grandes operaciones —compuestas, si se quiere por una serie de ataques más pequeños que responden todos al mismo fin y a los mismos impulsos— como en las pequeñas. El “ataque” es una unidad en sí misma. Siempre. En toda circunstancia. En unos casos de más entidad y en otros de menos. Y la ventaja militar es también siempre única. En unos casos grande —la invasión del continente europeo— y en otros más reducida —la ocupación de Montecasino—. Incluso muy pequeña: la ocupación de una pequeña casa aislada desde la que alguien hostiga a las fuerzas propias. Pero es evidente que *en todos los casos*, sin que el Reino Unido nos lo explique ni nuestro Gobierno tenga que interpretarlo, lo que contempla el Mando militar es siempre la ventaja de cada acción, de cada ataque en su conjunto. Habría que retorcer los textos de los artículos 51 y 57 para llegar a distinta conclusión.

La alusión, por tanto, a los dos citados artículos nos parece, con todos los respetos hacia quienes la concibieron, un error contraproducente: ayudará a que, en cuanto a alguien le convenga, esgrima una interpretación ventajosa.

La alusión, en la declaración española, al artículo 52 —al que, ciertamente el Reino Unido se refiere, pero no en conexión con los otros dos artículos— no solo me parece un error, sino la consecuencia de una mala lectura del Protocolo. En este artículo, las palabras “ventaja militar” no se refieren a ataques, sino a la definición de los objetivos militares y la observación de nuestro Gobierno carece de todo sentido.

(47) Numerosas delegaciones en la CDDH se felicitaron, precisamente, por la consagración del principio de proporcionalidad (incluida la del Reino Unido).

7ª. Al artículo 52, párrafo 2

El Gobierno del Reino de España “entiende que la consecución o conservación de una determinada zona terrestre constituye un objetivo militar cuando reuniendo todos los requerimientos expuestos en el citado párrafo, proporciona una concreta ventaja militar teniendo en cuenta las circunstancias que concurren durante el tiempo considerado”.

También esta declaración está inspirada en la que, en su momento, formuló el Reino Unido. La declaración no es, en sí misma censurable, aunque es probablemente innecesaria. La aprobación de este artículo tuvo lugar en la sesión plenaria 41ª de la CDDH, celebrada en la tarde del 26 de mayo de 1977. A petición del Delegado de Francia, se sometió a votación y se aceptó por 79 votos a favor, ninguno en contra y 7 abstenciones, entre ellas, para general perplejidad, la de Francia que, al solicitar votación, parecía indicar que se iba a oponer como había hecho en el artículo anterior (48). Ninguna delegación puso en duda el alcance del concepto de objetivo militar en el sentido de extenderse también a zonas terrestres amplias cuya posesión se traduzca en una evidente ventaja militar.

Es cierto que, durante los trabajos en Comisión, se había planteado esta cuestión y se aceptó la redacción del número 2 del artículo 52 como suficientemente comprensiva. El delegado del Reino Unido, en su intervención en la sesión plenaria antes citada, se felicitó por la inclusión del párrafo 2 que, a su juicio, incluía entre los posibles objetivos militares, zonas determinadas de terreno si, a causa de su situación o por otras razones específicas, su destrucción, captura o neutralización producían una ventaja militar. Solo otros tres oradores (49) tomaron la palabra y ninguno para oponerse a las pronunciadas por el Delegado del Reino Unido.

En tales condiciones, y a la vista del resultado de la votación y del contenido de las actas, es lícito preguntarse hasta qué punto resulta necesaria la declaración que hace nuestra patria. El conocido refrán, “lo que abunda no daña”, no siempre es acertado: en ocasiones, lo abundante indigesta. Y cuando, con rara unanimidad, se ha aceptado ya una interpretación en la

(48) Actas, Vol. VL, pág. 117.

(49) Francia, Italia y Siria. Actas, Vol. VI, págs 177-178. En el mismo sentido presentaron explicación de voto por escrito la República Federal de Alemania, Canadá, Estados Unidos y los Países Bajos. Ni una sola delegación se había opuesto a tal interpretación. Solo Méjico (Vol. VI, pág. 199) presentó una declaración escrita que incluye la siguiente frase: “México, por el contrario, ha mantenido que la protección a la población civil y a los bienes de carácter civil debe ser universalmente reconocida, incluso mediante la restricción de medios y métodos de combate cuyos efectos no sea posible limitar a objetivos militares *concretos*: y estimaba, en consecuencia, que los artículo 46 y 47 (definitivos, 51 y 52) no podían ser objeto de reserva.

Conferencia en la que el texto se preparó y aprobó —una interpretación auténtica—, resulta inútil y probablemente inoportuna toda insistencia.

Pero, además, quizá no esté demás recordar que la interpretación de todo texto ha de hacerse en su conjunto y de modo sistemático. El párrafo 2 del artículo 52 no podría tener otro sentido que el propuesto por el Gobierno, cuando el propio Protocolo así lo admite. Por ejemplo, y “a sensu contrario”, es posible tratar como objetivo único (no sería ataque indiscriminado a los efectos del artículo 51.5) una región o porción de terreno donde aparezcan concentrados muchos objetivos militares concretos, cuya separación física sea tan pequeña que resulte imposible el ataque individualizado: una gran región industrial de alta concentración; un paso geográfico; etc.

III.- LA DECLARACION SOBRE EL ARTICULO 90, PÁRRAFO 2

El Gobierno reconoce, mediante esta declaración, que considero de excepcional importancia, la competencia de la Comisión especial de encuesta que se crea en el número 1 del mismo artículo. La creación de esta Comisión, que tiene por objeto asegurar más el efectivo cumplimiento del Derecho humanitario, tropezó con no pocas dificultades que tienen ahora su reflejo en el pequeño número de países que, al ratificar, han hecho la declaración de reconocimiento “ipso facto” y sin previo acuerdo especial, de su competencia. Al hacerlo España, no tenemos sino que felicitamos de su alineamiento con el grupo de naciones más seriamente comprometidas en el respeto de las mencionadas normas humanitarias. Según los datos que obran en mi poder, solo 11 Estados de los 83 que habían ratificado el Protocolo I, habían hecho la declaración: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Suecia y Suiza. El número y características de estos países hablan por sí solos. Levanta el ánimo ver a España entre ellos.

IV.- ALGUNAS OBSERVACIONES FINALES

El autor de este comentario, sin duda llevado por un sentimiento utópico, hubiera querido que su patria hubiera ratificado el Protocolo Adicional I tal como ha hecho con el II: sin mezcla de mal alguno. No tiene más remedio que reconocer que su postura está, efectivamente, fuera de lugar. Pero cree obligado insistir en que, tanto la finalidad fundamental del documento — preferente protección de las tristes y atormentadas poblaciones civiles contra el azote de la guerra— como el método lento, prudente y conciliador seguido

en su elaboración, obligaban a una mayor comprensión del instrumento por parte de las Autoridades gubernamentales y de los Mandos militares. Porque el Protocolo I introduce, ciertamente, *algunas dificultades* en la planificación de la guerra; pero no consagra, en ninguno de sus preceptos, *imposibilidades*. También obligaban —y esto es especialmente válido respecto a nuestro Gobierno —a huir de un mimetismo en las interpretaciones, que carece de mucha base jurídica y de toda base humanitaria.

El autor no puede, por tanto, compartir la “prudencia” —si es que ésto merece tal nombre— de nuestro Gobierno siguiendo, ciegamente, el dictado de otros más fuertes que, digámoslo con franqueza, tampoco tienen razón. Se pueden admitir —con todas las reservas de que se ha hecho mención— las declaraciones que se refieren a los artículos 1.4 y 44.3. Sobran todas las demás. Y se echa de menos, en cambio, una declaración expresa, en relación con lo dispuesto en el artículo 43.3 del Protocolo, sobre la especial *naturaleza* del Cuerpo de la Guardia Civil (50), a la vista de lo establecido, con ciertas dosis de ambigüedad, en el artículo 9, b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el 39 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, sobre criterios básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar. Hubiera quedado hecha, así, de una vez para siempre la declaración a que se refiere el mencionado precepto del Protocolo.

Pese a todo lo hasta aquí expuesto, bienvenida sea la ratificación.

(50) Similar a la formulada por Bélgica sobre su Gendarmería.