

Necesidad y vigencia del derecho de guerra

FRANCISCO LOUSTAU FERRAN

**General Auditor del Aire
Asesor del JEMAD**

Sumario: I. Preámbulo. II. Los conflictos internacionales y el Derecho. III. El derecho de guerra. 1. El derecho subjetivo de guerra. 2. El derecho objetivo de guerra. 3. La crisis del derecho de guerra y su motivación. A) Motivos de orden filosófico y moral. B) Motivos de orden sociológico. C) Motivos de orden político. D) Motivos de orden práctico. E) Motivos de orden técnico. F) Motivos de orden jurídico. 4. El derecho positivo de guerra y su vigencia. 5. Necesidad de una reafirmación y actualización del derecho de guerra. A) Factores que condicionan la actualización del derecho de guerra. a) Factores políticos. b) Factores socio-económicos. c) Factores técnicos. d) Factores jurídicos. B) Principios básicos de un derecho de guerra actual. a) Protección del hombre y de sus valores y derechos fundamentales. b) Protección de los bienes de la cultura y la civilización. c) Limitación en los medios y armas. d) Principio de necesidad militar. e) Sistema de control de cumplimiento. f) Responsabilidades y sanciones. IV. Conclusiones.

I. PREAMBULO



GUERRA y derecho son dos fenómenos aparentemente antagónicos pero ambos consecuencia de un hecho común: el instinto social del hombre. La sociabilidad humana requiere unas normas que ordenen la convivencia. Ese conjunto de normas constituyen el derecho. Pero esa convivencia es también origen de conflictos que representan una constante histórica. Y muchos de esos conflictos desembocan en una situación de guerra. Para Hegel, la guerra es un instrumento esencial e irremplazable ligado a la existencia de las sociedades políticas. Se atribuye a la guerra la

misma razón biológica que se manifiesta en el instinto de conservación y en la ley de la lucha por la vida, cuya proyección se extiende tanto al individuo como al Estado.

La bibliografía sobre la guerra es extensa. Su esencia y su realidad han sido estudiadas desde múltiples puntos de vista: como técnica y arte militar, como hecho histórico, sociológico, político, moral, religioso, etcétera.

En este trabajo se pretende resaltar su perspectiva jurídica partiendo del desuso, abandono e indiferencia en que parece encontrarse el derecho de guerra para, con un análisis de los motivos que producen su estado de crisis, llegar a la idea de que es necesaria una reafirmación y una actualización de su contenido.

Parece ineludible, en esta civilización "post-industrial" en que el mundo está entrando, conciliar las diversas tecnologías y, entre ellas, intentar que la técnica del derecho, en base a su contenido esencialmente humanístico, regule la convivencia internacional con una estructura y una normativa capaz de alcanzar, si no siempre la solución pacífica de sus problemas, al menos el encauzamiento de los conflictos dentro de un ordenamiento jurídico adecuado.

Ante un mundo atormentado por un panorama político y socio-económico confuso, el derecho puede, quizá, servir de premisa esperanzadora para el hombre y para las comunidades políticas. En el orden internacional, los Estados deben observar los principios de derecho consagrados por las Naciones Unidas respecto a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, el no recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza y el arreglo de sus controversias por medios pacíficos.

II. LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES Y EL DERECHO

El derecho internacional regula las relaciones entre los Estados. La idea del derecho se identifica con la armonía y el orden. La norma jurídica pretende resolver las discrepancias y crear un sistema de convivencia pacífica en el marco de la justicia. El derecho internacional persigue estos fines en el ámbito de la comunidad internacional. No obstante, las diferencias entre Estados, la inobservancia de obligaciones contraídas o las diversas interpretaciones que pueden derivarse de la normativa internacional generan frecuentemente situaciones de conflicto. El derecho internacional arbitra fórmulas pacíficas para su solución a través de la vía diplomática, la vía política o la vía jurídica y fórmulas no pacíficas con el empleo de procedimientos coactivos no bélicos y, en último término, por medio de la guerra.

La guerra es la "solución bélica" del conflicto internacional. "Ultima ratio", como tanto se ha dicho. Fórmula a la que únicamente se debe llegar cuando se han agotado todas las anteriores, pero que no por ser una decisión límite debe estar fuera o al margen de la norma jurídica. Por eso, parte del derecho internacional es el derecho de guerra.

La dificultad de solución pacífica de los conflictos suele imputarse a la misma naturaleza del derecho internacional, que desde antiguo se viene diciendo que está en crisis y al que, también tradicionalmente, se niega incluso la propia existencia. Para muchos la crisis del derecho internacional se deriva de su poca eficacia. Su fin último es conseguir la convivencia pacífica entre los Estados. Y la experiencia demuestra que las situaciones de conflicto y las guerras son una constante histórica. El derecho internacional —se dice— es insuficiente e incompleto porque no existen leyes definidas y con fuerza de obligar. Sus fuentes son básicamente los Tratados y la costumbre; los primeros están sujetos en su interpretación y ejecución a la voluntad de las partes, de los Estados; la segunda, además, suele ser abstracta e indeterminada. No existe un poder ejecutivo que vigile la aplicación de la norma con un contenido de autoridad suficiente. No hay una organización judicial para exigir coactivamente la efectividad de este derecho.

La Organización de las Naciones Unidas, mediante la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, adopta resoluciones y recomendaciones que encierran, a veces, un contenido normativo, pero que carecen de virtualidad suficiente para ser consideradas como norma legal. La Carta de las Naciones Unidas atribuye a éstas ciertos poderes ejecutivos y existen unas fuerzas de seguridad de la ONU que en ciertos casos han sido eficaces, pero que no pueden identificarse con una organización efectiva de poder. También existe un Tribunal Permanente de Justicia Internacional como órgano judicial de las Naciones Unidas. Pero su jurisdicción únicamente actúa en ocasiones concretas y cuando los Estados se someten a ella y se comprometen a aceptarla.

Todo ello inclina, si no a negar el derecho internacional, sí a admitir su debilidad. Su plena eficacia sólo será posible si se realiza una transformación profunda en las relaciones internacionales y se adquiere un compromiso firme por parte de los Estados para someterse a una normativa superior.

Si las instituciones que han de crear y mantener el derecho no son suficientemente efectivas y, en consecuencia, éste no lleva en sí el germen de la eficacia, con más razón se argumentará contra él en cuanto a las situaciones conflictivas y, especialmente, respecto a la posibilidad de su proyección en los conflictos bélicos.

Hoy, el estudio de la sociología de los conflictos en el orden internacional lleva a la conclusión de que más que nunca existe una crisis de eficacia en el derecho que debe regularlos, pero también más

que nunca se advierte la necesidad de arbitrar los medios precisos para fortalecer los instrumentos de seguridad de la Comunidad internacional, su autoridad y las normas que rijan la posible solución de su problemática.

Las relaciones internacionales están en la actualidad condicionadas por factores políticos y socio-económicos. Existen tensiones conflictivas provocadas por las diferentes concepciones ideológicas entre los tradicionales grandes bloques, que a menudo no son claramente definidos y, por eso mismo y por su propia fluctuación, crean a su vez nuevas situaciones de conflicto. Un fenómeno de ósmosis traslada al campo internacional la contraposición de ideas y creencias de los partidos políticos internos, muchos de ellos unidos a los de otros países a través de agrupaciones internacionales. Al bipolarismo clásico Este-Oeste, de marcada significación política, se añade el eje Norte-Sur, de evidente contenido socio-económico. Los puntos de tensión y de actitudes de guerra permanentes y tradicionales se amplían con otros nuevos. Se mantienen procesos conflictivos, residuos de ese otro gran proceso de descolonización y de incorporación de pueblos nuevos. Las guerras interiores, las actividades de los movimientos de liberación, los focos subversivos, el terrorismo y el amplio espectro del síndrome de agresividad latente o efectivo dan nuevos matices a la conflictividad internacional. En esa sociología de los conflictos no pueden omitirse los efectos desestabilizadores que produce la crisis energética y la presión que ejerce sobre las relaciones entre los países miembros de la Comunidad Internacional. El poder militar, en su función de elemento de fuerza y en su efecto de factor disuasivo, ha de mantenerse en una dimensión creciente y en una permanente alerta.

En el orden internacional se requiere una revitalización del derecho. Frente a los condicionantes políticos, sociales y económicos, que por su propia naturaleza están sometidos al relativismo de todos los procesos de coyuntura, el derecho mantiene unas constantes en sus objetivos de orden y justicia. Pero hay que abordar, además, un esquema sociológico de mayor amplitud. Como dice el profesor Mario Amadeo, lo que existe en el orden internacional es, como en otras esferas, una crisis de cultura y una incertidumbre producida por el abandono de unos valores que no han sido sustituidos por otros. Esa crisis se manifiesta en la convivencia internacional por la permanente trasgresión de los compromisos adquiridos, por la falta de respeto a los derechos fundamentales de los Estados, por la impotencia en la solución de los conflictos y en la minoración de sus resultados y por la inoperancia de las grandes organizaciones internacionales.

III. EL DERECHO DE GUERRA

Si la guerra es, aunque "in extremis", una forma aceptada de solución de los conflictos internacionales, debe existir un derecho de guerra, es decir, un conjunto de normas que la regulen. Como todo derecho, el de guerra tiene un aspecto subjetivo y otro objetivo. El derecho subjetivo de guerra ("ius ad bellum"-derecho a la guerra) es la facultad de los Estados para acudir a la guerra como una forma de solución de los conflictos internacionales. El derecho objetivo de guerra es el conjunto de normas que la regulan. Es el llamado "ius in bello", derecho en la guerra.

1. EL DERECHO SUBJETIVO DE GUERRA

En el derecho internacional clásico el derecho de los Estados a la guerra iba unido a las concepciones de la "guerra justa". La justicia de la guerra y su apreciación valorativa trasciende del campo del derecho al de la moral y la religión. En su estimativa surgen dos posiciones extremas. Para algunos toda guerra es injusta. Es la clásica postura pacifista; la guerra es la expresión de la injusticia. No puede, pues, aceptarse una guerra justa. Para otros toda guerra es justa. En ella no deben incidir elementos derivados de un orden religioso, moral o, incluso, jurídico. La guerra viene condicionada exclusivamente por la propia necesidad del Estado. Así, para Maquiavelo lo que importa es el resultado, la vida del Príncipe y de su Estado: "si ello se alcanza, todos los medios son honorables". Algunas concepciones modernas de la política de poder y del positivismo político llevaron también a prescindir de la causa justa para acudir a la guerra, cuya motivación básica se encuentra únicamente en el interés del Estado.

Pero frente a estas posiciones extremas se ha defendido la postura intermedia de admitir la existencia de guerras justas e injustas. La dificultad en su calificación se deriva de que cada Estado que vaya a emprenderla la estimará justa y no hay un ente superior con autoridad suficiente para poder imponer un criterio objetivo sobre la justicia de la acción bélica.

Ya Cicerón apuntó el problema cuando dijo que para emprender la guerra, para desarrollarla y para terminarla es necesario respetar altamente la justicia y la fe. Y Montesquieu afirmaba que la vida de los Estados es como la de los hombres; éstos tienen el derecho de matar en caso de defensa natural, aquéllos tienen el derecho de hacer la guerra para su propia conservación. Pero los que trataron extensamente la teoría de la guerra justa fueron los teólogos. San Agustín, testigo del saqueo de Roma del año 410, advirtió que los romanos achacaban al

Dios de los cristianos la culpa de la debilidad en la resistencia por su doctrina de renuncia a la violencia y de ceder ante la fuerza. Por ello estudió el problema de la justificación de la guerra. La paz —dijo— es el deseado fin de la guerra, porque todos los hombres, aún con la guerra, buscan la paz, pero ninguno con la paz busca la guerra. Pero, a veces, la guerra es necesaria para restablecer la paz violada, siempre que no se pueda alcanzar su objetivo legítimo con otros medios no sangrientos. San Isidoro de Sevilla considera justa la guerra que se hace después de advertencia, para recuperar bienes o para rechazar a los enemigos. Para Santo Tomás, Suárez y el Padre Vitoria (llamado “el gran teólogo de la guerra”) también es requisito, entre otros, la causa justa para emprender la guerra. Esta preocupación se ha mantenido también en los Pontífices y especialmente en los que vivieron los dos grandes conflictos mundiales, Benedicto XV y Pío XII.

Teólogos y moralistas aportaron, pues, las ideas básicas sobre este derecho subjetivo de los Estados. Desde Hugo Grocio, en 1625, en su obra “*De iure belli ac pacis*”, los juristas se han ocupado también de él. En gran parte, al transferirse al campo del derecho el concepto de guerra justa, los términos justicia e injusticia se han sustituido por los de licitud e ilicitud. Kunz entiende que hoy, más que de guerra justa, debe hablarse de guerra legal. Según el Pacto de la Sociedad de Naciones y la Carta de las Naciones Unidas, lo que se exige es más bien la observancia de normas previas procesales para un justo ejercicio del “*ius ad bellum*”. Constantopoulou estima, no obstante, que el “*bellum justum*” se encuentra también en la Carta de la ONU, en cuyo artículo 2, párrafo 3, se dice que los miembros de la Organización solucionarán sus diferencias internacionales por medios pacíficos y en forma tal que la paz, la seguridad y la justicia no sean puestas en peligro. Hoy puede decirse que de la exigencia de la “causa justa” se ha pasado a la de defensa contra la agresión. Pero este concepto es difícil de precisar y de interpretación relativa. Otra vez ocurrirá que ante la inexistencia de una Autoridad supranacional que lo defina, el concepto de agresión será apreciado subjetivamente por cada Estado.

En el preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones, los Estados aceptaban ciertos “compromisos de no recurrir a la guerra” y en su articulado se establecieron preceptos prohibitivos o trámites previos. En 1928 firmaron quince Estados el llamado Pacto de Briand-Kellog, en el que las partes contratantes “declaran solemnemente en nombre de sus respectivos pueblos que condenan recurrir a la guerra para el arreglo de las diferencias internacionales y renuncian a ella como instrumento de política nacional en su relaciones mutuas”. La Carta de las Naciones Unidas compromete a sus miembros a abstenerse 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. No obstante, el artículo 51 reserva a los Estados el derecho de legítima defensa individual o colectiva hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias.

2. EL DERECHO OBJETIVO DE GUERRA

El "ius in bello" pretende regular normativamente la guerra. A pesar de ser muy discutida su existencia, y sobre todo su eficacia, doctrinalmente hay un derecho de guerra construido como parte del derecho internacional. Su justificación se basa en argumentos diversos. Es expresión de la autotutela, medio de solución de los conflictos. La violencia que representa la guerra exige un encauzamiento jurídico. Por eso son temas integrantes de un derecho de guerra clásico el estudio de sus fuentes (costumbres y tratados), formas de iniciación (declaración formal, declaración condicional y "ultimátum"), terminación (tratados de paz, capitulación, eliminación de uno de los beligerantes, armisticio...), relaciones diplomáticas, suspensión de tratados, situación de los súbditos de países beligerantes y neutrales, concepto de combatiente, teatro de hostilidades, el estatuto del prisionero de guerra, protección de las víctimas, medios prohibidos en guerra terrestre, marítima y aérea, armas y métodos, neutralidad y no beligerancia, régimen jurídico de la ocupación militar, etcétera.

Hoy, con nuevas formas de guerra, nuevas armas, implicación masiva en la guerra total y, en general, distintos planteamientos en el orden internacional, muchos de los preceptos convencionales o consuetudinarios exigen una reconsideración actualizada si se quiere conseguir una normativa con posibilidades de observancia y efectividad.

3. LA CRISIS DEL DERECHO DE GUERRA Y SU MOTIVACION

La insuficiencia de sus normas, su ambigüedad y consiguiente relatividad de interpretación, el permanente desarrollo tecnológico que las hace anticuadas y su inobservancia práctica son factores que provocan un escepticismo general sobre la eficacia del derecho de guerra y han producido, especialmente en los últimos tiempos, un abandono en su estudio y elaboración. Por eso se habla de crisis.

En un ensayo de sistematización de sus motivos y de esta indiferencia o escepticismo ante el derecho de guerra, podrían señalarse los siguientes: A) de orden filosófico y moral; B) de orden sociológico; C) de orden político; D) de orden práctico; E) de orden técnico y F) de orden jurídico.

A) Motivos de orden filosófico y moral

Se dice que aceptar un derecho de guerra es paradójico y contradictorio. El derecho es orden y paz, incompatible, pues, con la guerra. Precisamente cuando la guerra comienza, el derecho termina. Es inhumana y no puede reglamentarse un enfrentamiento entre hombres. Las religiones prohíben matar a los semejantes. Es anómalo regular una situación que precisamente consiste en producir la muerte. Si el derecho es moral y justicia, es incomprensible pretender introducir en él lo que es inmoral, injusto y antijurídico.

B) Motivos de orden sociológico

Se aduce que la guerra es un fenómeno inevitable, derivado de la propia naturaleza humana. Las conocidas afirmaciones de Hobbes y sus seguidores sobre la maldad humana —“el hombre, lobo para el hombre”, “guerra de todos contra todos”— se oponen a la creación de un derecho contrario a un instinto innato de agresividad. La historia demuestra que en los enfrentamientos bélicos se ha producido una constante de progresiva participación social. Las guerras primitivas se hacían únicamente entre guerreros; después se formaron los ejércitos permanentes y, más tarde, la obligatoriedad del servicio militar amplió la participación del elemento humano, del pueblo, en las contiendas. Con la generalización del principio de las nacionalidades, la guerra pasó a concebirse no como lucha entre ejércitos, sino entre naciones. La concepción moderna de la guerra total supone una participación sociológicamente masiva, en el aspecto activo y en el pasivo, de los efectos bélicos. Otra forma de guerra, la subversiva o revolucionaria, producto de esa descarga de agresividad, no admite normas —se dice—, ya que en gran parte de su concepción y desarrollo la nota destacada es, precisamente, el empleo de medios y procedimientos contrarios a los que una limitación jurídica podrá aceptar.

C) Motivos de orden político

Para algunos, coartar la actuación de los Estados en un conflicto bélico supone un atentado al concepto de soberanía que, por su propia naturaleza, es absoluta e ilimitada. En una guerra, el Estado en uso de su poder podrá emplear todos los medios de que disponga para aniquilar al enemigo.

Por otra parte, la propia estructura de la sociedad internacional y su debilidad coactiva no podrá hacer frente a la violación de la norma. Mientras la organización internacional no tenga más fuerza política es inútil pretender la vigencia de un derecho que obligue a los Estados. Estos son los únicos intérpretes de la norma y los que han de decidir sobre su aplicación, extensión y cumplimiento.

D) Motivos de orden práctico

La realidad histórica demuestra que en las guerras se ha violado siempre el derecho vigente. Para qué, pues, perder el tiempo en crear normas que de antemano se sabe que no han de cumplirse. Por eso, los Estados se han preocupado más por la prevención de la guerra que por su reglamentación. Así se quiso en sus expresiones de deseos con la Sociedad de Naciones, el Pacto Briand-Kellog y las Naciones Unidas y, en un orden más práctico, en las múltiples conferencias de desarme y de limitación de armamento. Es curiosa la paradoja del dilema “desarme”—debilitación en los medios— y “carrera de armamentos”—equilibrio y poder de disuasión— como métodos preventivos de guerra.

E) Motivos de orden técnico

Suele decirse que reglamentar el uso de armas y métodos en una guerra moderna es prácticamente imposible, dada la naturaleza y constante perfeccionamiento de la tecnología actual. El tradicional derecho de guerra se basaba en la guerra justa y en los medios lícitos. Hoy se duda de que sea posible la justicia y la licitud en el empleo de las armas modernas. No es fácil hoy respetar preceptos tales como proporcionalidad en los medios empleados en la defensa frente a la agresión, ataque limitado al objetivo militar, protección de la población no beligerante y bienes culturales, etc. El poder destructor de las armas modernas hace difícil un uso controlado. La propia técnica de la guerra y la estimación valorativa de los factores psicológicos y socio-económicos han transformado, por otra parte, el concepto clásico de objetivo militar y de medios lícitos.

F) Motivos de orden jurídico

Aquí habría que reproducir los argumentos basados en la debilidad de la estructura jurídica internacional y de su poder coactivo como elemento esencial para hacer cumplir el derecho.

En una comunicación presentada por el autor de este trabajo en unas Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, celebradas en Valladolid en 1961, se decía que un ensayo de reglamentación de la guerra moderna debería discernir entre lo permitido y lo prohibido. Esto presenta una gran dificultad actual, pero mucho más en la elaboración de una norma de derecho con proyección hacia el futuro. La evolución de la técnica de guerra es constante. Es imposible prever el ritmo del progreso técnico que, indudablemente, ha de desenvolverse con mayor rapidez que la norma. Y la norma, entonces, quedará anticuada. Ello podrá dar lugar, bien a que no se cumpla —en cuyo caso su creación ha sido inútil— o bien a que pretenda transformarse, adaptándola al grado alcanzado por la técnica. En este último caso, ante las dificultades y la lentitud de una modificación de las leyes y los Convenios internacionales, las nuevas

normas nacerán ya viejas e inaplicables y, en definitiva, se llegaría a comprender su inutilidad y a abandonar su elaboración. La eficacia de la ley exige una relativa continuidad. Una ley internacional de guerra, si ha de poseer un contenido práctico, no puede regir sin un carácter de elemental permanencia.

4. EL DERECHO POSITIVO DE GUERRA Y SU VIGENCIA

El fenómeno de la guerra existe desde la propia realidad de la vida social del hombre. Aunque no aparezca un derecho de guerra hasta los tiempos modernos, las comunidades en conflicto advirtieron ya desde antiguo la necesidad de limitar en lo posible la actuación de los combatientes. El propio instinto de conservación de las sociedades políticas les hizo reaccionar ante las acciones incontroladas y, de alguna forma, someter los actos humanos de enfrentamiento a una normativa adecuada. A pesar de que en ciertos períodos de la historia antigua la guerra se consideró como una especie de "juicio de Dios" en el que la victoria sería dada al elegido por la divinidad y por ello en su desarrollo no debían imponerse restricciones, y en Grecia y Roma, por otra parte, los extranjeros, considerados bárbaros, carecían de toda protección, fueron surgiendo preceptos aislados que suavizaron el rigor de las luchas primitivas y, en cierto modo, constituyeron un incipiente derecho de guerra. El Código del Manú ya prescribía que no debía matarse al enemigo que no resiste y mandaba que los prisioneros fueran respetados. Las "leyes feciales" romanas contenían preceptos rituales cuya observancia revestía de justicia a la guerra y, si bien su carácter era predominantemente formal, no dejaban de ser reglas de un elemental contenido jurídico.

Con el cristianismo se intentó suavizar el rigor de las guerras y su autoridad moral contribuyó a la generalización de un derecho consuetudinario bélico. Pero hasta los tiempos modernos no se fue construyendo un derecho positivo que vinculara a los Estados. Se fue generalizando la idea de que las guerras son conflictos entre los Estados y no entre los hombres. Estos luchan como soldados, pero cuando deponen las armas son sencillamente hombres y no ya enemigos. Deben tener, pues, toda la protección.

Los Tratados de Westfalia habían representado un importante avance hacia el humanitarismo, pero hasta el siglo XIX no aparece realmente el tratado internacional como fuente del derecho de guerra junto a la costumbre y los usos "de caballería" medievales. En el siglo XIX se firman los Convenios de Ginebra de 1864 sobre trato a heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, el Convenio de San Petersburgo, que prohíbe las balas explosivas, y el Convenio de La Haya de 1899, que reglamentó la guerra terrestre y marítima. En el siglo XX se celebran los Tratados de Ginebra de 1906, de 1929 y los hoy vigentes, de 1949,

sobre: a) heridos y enfermos en campaña; b) heridos, enfermos y náufragos en el mar; c) prisioneros de guerra y d) protección de las personas civiles en tiempo de guerra. La guerra terrestre y marítima fue tratada en el Convenio de La Haya de 1907. El Protocolo de Ginebra de 1925 prohibió la guerra química y bacteriológica. El Protocolo de Londres de 1936 reguló la acción de los submarinos contra los buques mercantes. La protección de los bienes culturales se recoge en el Convenio de La Haya de 1954. Obtenidas las ratificaciones necesarias ya han entrado en vigor dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, que fueron firmados también en aquella ciudad suiza el 10 de junio de 1977; el Protocolo I trata de la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo II de los conflictos armados sin carácter internacional.

Existe, pues, un derecho de guerra vigente, obligatorio para aquellos Estados que hayan ratificado los tratados que lo contienen. Hay que tener en cuenta, además, que en previsión de sus lagunas o insuficiencias, en varios de los Convenios se incluye la famosa cláusula de Martens, en virtud de la cual "en la espera de que pueda ser dictado un Código más completo de las leyes de la guerra, las partes contratantes juzgan oportuno comprobar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tal y como resulta de las costumbres bélicas establecidas entre las naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Existe, en definitiva, una tentativa jurídica vigente de encauzamiento de la actuación de los beligerantes para "humanizar" los conflictos. Sus postulados básicos tradicionales responden a los principios de "necesidad" (aceptación de lo que sea indispensable a los fines de la guerra), de "humanidad" (evitación de males y sufrimientos innecesarios) y de "lealtad" (proscripción de actos pérfidos y engañosos).

A pesar de su vigencia, hay que reconocer que, salvo los Protocolos de Ginebra de 1977, que han reafirmado y desarrollado el derecho humanitario de modo actualizado y, en lo posible, han tenido en cuenta las circunstancias de una guerra moderna, el derecho internacional positivo es anticuado e insuficiente.

No obstante, dentro de una interpretación amplia de sus fuentes, hay que considerar derecho de guerra vigente ciertas resoluciones de las Naciones Unidas y los Convenios y Tratados que, directa o indirectamente, afectan a una posible guerra. Entre las declaraciones y resoluciones de las Naciones Unidas cabe recordar la de 24 de noviembre de 1961, sobre prohibición del uso de armas nucleares y termonucleares; la de 19 de diciembre de 1968, relativa a los derechos humanos en los conflictos armados; la de 9 de diciembre de 1970,

sobre protección de poblaciones civiles; la de 29 de noviembre de 1972, sobre el no uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la prohibición permanente del uso de armas nucleares; la de 18 de diciembre de 1973, sobre respeto a los derechos humanos en período de conflicto armado; la de enero de 1974, sobre estatuto jurídico del combatiente en lucha contra la dominación colonial y regímenes racistas; etc. Junto a otros Convenios, pueden citarse a este respecto: el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 entre las potencias vencedoras en la Segunda Guerra mundial para la persecución y castigo de los criminales de guerra; el Convenio de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio; el Tratado de 25 de julio de 1953 de prohibición de ensayos de armas nucleares en la atmósfera, espacio extra-atmosférico y bajo el agua; el de 1 de julio de 1968 de no proliferación de armas nucleares; el de 11 de febrero de 1971 de prohibición de colocación de armas nucleares y otras armas de destrucción masiva en el fondo del mar, océanos y subsuelo.

Las leyes internas de los países suelen contener preceptos que imponen el cumplimiento del derecho de guerra, tanto por disposiciones generales que expresan la fuerza obligatoria de los Tratados suscritos y ratificados, como por medio de leyes y reglamentos que vinculan en las actividades militares.

En España, la Constitución de 1978, las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y el Código de Justicia Militar contienen preceptos que determinan la vinculación efectiva de nuestra legislación a las normas internacionales del derecho de guerra. La Constitución, aparte de la expresión de deseos que recoge el preámbulo "colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra", alude a los Tratados internacionales en el Capítulo Tercero del Título III, y concretamente el artículo 96 dispone que, válidamente celebrados y una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Las Reales Ordenanzas imponen a las Fuerzas Armadas en muchos de sus artículos la obligación de cumplir, en caso de guerra, las normas de derecho internacional y adecuar su actuación al respeto de la persona y al bien común. Los artículos, que no se reproducen y a los que hay que remitirse para conocer esta normativa, son los siguientes: artículos 7, 9, 26, 34, 84, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 170 y 171. El Código de Justicia Militar, en el Capítulo III del Título VIII del Tratado Segundo (artículos 279 y siguientes) recoge, bajo el enunciado "Delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo", los tipos delictivos y las penas que corresponden en las infracciones de normas del derecho internacional y de guerra.

5. NECESIDAD DE UNA REAFIRMACION Y ACTUALIZACION DEL DERECHO DE GUERRA

Del análisis del derecho de guerra vigente se desprende que es precisa la reafirmación de su existencia y la actualización de su contenido, cuyos preceptos son anticuados en muchos casos, insuficientes en otros y, en una gran parte, inadecuados para una eficaz aplicación en los conflictos bélicos modernos.

Puede intentarse un ensayo de descripción de los factores que, de una u otra forma, condicionan la labor de esa actualización, para después exponer los principios que se estima deberían servir de base para realizarla.

A) Factores que condicionan la actualización del derecho de guerra

El panorama del mundo de hoy y los supuestos en que una guerra moderna se desarrollaría, inducen a una exposición valorativa de los factores que, positiva o negativamente, han de influir en una reconsideración y puesta al día del derecho de guerra. De modo algo arbitrario, y desde luego no exhaustivo, pero con un afán simplemente de ordenación sistemática, podrían clasificarse esos condicionantes en los siguientes grupos: a) factores políticos; b) factores socio-económicos; c) factores técnicos y d) factores jurídicos.

a) Factores políticos

La serenidad con que los Estados deben afrontar la problemática de una actualización de la reglamentación de la guerra parece incompatible con la complejidad de la situación política internacional. Aunque en algunos momentos se presenten elementos de distensión que provocan un moderado optimismo, la circunstancia histórica actual ofrece perspectivas poco propicias para un entendimiento eficaz en orden a unos acuerdos efectivos, tanto de prevención de la guerra como de compromiso de los Estados para someterse fielmente a la Carta de las Naciones Unidas en el ejercicio del derecho subjetivo de guerra y reafirmar y desarrollar las normas adecuadas para una regulación realista de las guerras futuras.

Se han dado pasos decisivos en una política de prevención de la guerra, no ya con los avances tímidos y lentos de las prolongadas conferencias de desarme, sino también con la firma de tratados internacionales que limitan determinadas actividades en cuanto a las armas nucleares, uso pacífico de la energía atómica, no utilización de los espacios superiores con fines bélicos y otros de los que ya se ha hecho mención anteriormente. Hay que añadir a ellos, a título de ejemplo, el Convenio ratificado por España y publicado en el

Boletín Oficial del Estado de 11 de julio de 1979 sobre prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas, biológicas y tóxicas y sobre su destrucción, hecho en Londres, Moscú y Washington el 10 de abril de 1972.

Las alianzas militares de los grandes bloques y el amplio sector de los países no alineados son también factores de difícil conciliación que, según la circunstancia política internacional, pueden contribuir positiva o negativamente a una consideración actualizada del derecho de guerra. Los éxitos o los fracasos de los acercamientos entre Estados y de la labor de las Naciones Unidas son también factores que pueden crear el "climax" determinante de la eficacia o de la inutilidad de un sistema jurídico.

b) Factores socio-económicos

Es difícil separar hoy el condicionante político del socio-económico. El mundo político internacional está mediatizado por las circunstancias económicas del subdesarrollo, de los centros geográficos productores de materias primas, de la crisis energética, de la explosión demográfica, etcétera. Las tensiones políticas y los conflictos bélicos obedecen muchas veces a "procesos de descarga". Hoy es importante la influencia que en el orden internacional tiene las pequeñas y medianas potencias, tanto por razón del número que supone la obtención de mayorías en centros de decisión, como por la situación de protagonismo de los países y grupos de países productores de energía o de materias primas, cuyas posturas determinan en gran parte el proceso económico general.

En derecho internacional debe contemplarse con especial atención el panorama socio-económico. De una parte, porque el derecho es la realización de la justicia y, por consiguiente, la solución de los problemas que puedan derivarse de una situación de injusticia internacional debe competir al derecho. De otra parte, y en lo que se refiere al derecho internacional como medio de solución de conflictos, porque la eliminación de diferencias y el acercamiento al bienestar de todos los pueblos será factor decisivo en la construcción de un derecho que prevenga, limite y regule esos conflictos.

c) Factores técnicos

Son muy numerosos y de índole diversa. La tecnología en la variedad de las armas modernas y en su aplicación condicionan negativamente una regulación positiva que determine su permisibilidad o prohibición. Es necesario tratar de forma diferente el empleo de armas nucleares y el de las llamadas convencionales. Hay que prever el uso bélico de armas o métodos nuevos, bombas de neutrones, radiaciones, "láser", etcétera.

Por otra parte, las técnicas de guerra y sus nuevas formas implican al derecho, que ha de contemplar con perspectiva diferente la guerra clásica, generalizada o limitada, la nuclear y las diversas formas de guerra revolucionaria o subversiva.

d) Factores jurídicos

Una actualización eficaz del derecho de guerra está supeditada a un reforzamiento de los medios y fines del propio derecho internacional. Si se observan los principios y objetivos de las Naciones Unidas, las relaciones internacionales pueden superar las situaciones de conflicto e, incluso, la simple coexistencia, para entrar en las fases de cooperación e integración, esta última alcanzada ya en casos concretos e ideal máximo de convivencia. Los internacionalistas apelan a la "coacción de solidaridad" que basa el derecho internacional no sólo en la voluntaria sumisión de los Estados, sino en la mera pertenencia de éstos a la Comunidad internacional.

Esta solidaridad puede exigir un nuevo concepto de la soberanía. Debe ésta entenderse como un poder no absoluto, sino limitado y relativo. El concepto tradicional de soberanía tiene un doble significado: el interno, como poder supremo del Estado y el externo, que supone que ningún Estado debe depender de otro. Pero, como dice Marcel Sibert, si el Estado es soberano en forma absoluta no reconocerá junto a él ninguna otra fuerza, ni siquiera la moral; sus tratados no tendrán fuerza obligatoria sino en la medida en que el Estado lo quiera y por el tiempo que le convenga; no aceptará la jurisdicción de un Tribunal internacional porque sería aceptar dependencia, y, en fin, la soberanía absoluta del Estado implica necesariamente su irresponsabilidad. La teoría de la autolimitación quiere decir que el Estado, sin renunciar a su soberanía sino precisamente ejerciéndola, desarrolla la facultad que ésta le concede para limitarse jurídicamente, ligándose a compromisos con los demás Estados.

De que se acepte o no esa concepción de la soberanía dependerá que los Estados tomen conciencia y adopten la decisión de emprender la tarea de reafirmar y actualizar el derecho de guerra.

B) Principios básicos de un derecho de guerra actual

Podían considerarse principios generales para una reafirmación y puesta al día de un derecho de guerra los siguientes: a) protección del hombre y de sus valores y derechos fundamentales; b) protección de los bienes de la cultura y la civilización; c) limitación en los medios y armas; d) principio de necesidad, que obliga a tener en cuenta los fines militares perseguidos por los beligerantes; e) sistema de control de su cumplimiento y f) responsabilidades y sanciones.

a) Protección del hombre y de sus valores y derechos fundamentales

Este es el objetivo primordial del derecho de guerra. Aunque pueda parecer paradójico, ingenuo e, incluso, sarcástico, el fin que ha de perseguir una reglamentación de la guerra es su "humanización". El hombre —medida de todas las cosas y portador de valores permanentes— es titular de unos derechos que han de ser protegidos. En los últimos tiempos se ha producido un movimiento de exaltación y defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En la Carta de las Naciones Unidas —a nivel internacional— ya se proclamó; la Asamblea General aprobó, el 10 de diciembre de 1948, la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" y en diciembre de 1966 se firmaron los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Hoy el hombre es, pues, verdadero sujeto del derecho internacional, así como la totalidad de los hombres, la "humanidad", reconocida como tal en tratados y convenios.

Si el hombre está amparado en el derecho internacional general, con más razón ha de ocuparse de él el derecho de guerra. En la guerra es precisamente donde existe mayor riesgo de que sean violados sus derechos y libertades. La protección del hombre ha de alcanzar a sus derechos básicos, vida, integridad física y mental, dignidad personal, etc. Han de prohibirse los atentados a la vida, las mutilaciones, las torturas, las experiencias médicas, etcétera.

b) Protección de los bienes de la cultura y la civilización

El Convenio para la protección de bienes culturales, de 14 de mayo de 1954, contiene una descripción de lo que debe considerarse patrimonio cultural de los pueblos —monumentos artísticos, históricos, religiosos, etc., obras de arte, libros, etc.—, así como edificios y centros de protección especial.

En los últimos tiempos existe una tendencia a extender la protección al medio ambiente, como consecuencia de las orientaciones ecológicas. El Protocolo I de Ginebra de 1977 trata especialmente de ello cuando dispone que en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves, prohibiéndose el empleo de métodos o medios que hayan sido concebidos para causar —o de los que quepa prever que causan— tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.

c) Limitación en los medios y armas

Este es uno de los problemas más difíciles de resolver en un derecho positivo de guerra. Desde antiguo el derecho internacional ha

pretendido limitar el uso de las armas con efectos indiscriminados o que causen males superfluos y sufrimientos innecesarios. Especialmente, toda arma nueva ha sido cuestionada y muchas veces proscrita. El desarrollo tecnológico de hoy ha de hacer más difícil llegar a limitaciones y prohibiciones aceptadas por todos los Estados. Es evidente el fracaso de muchas conferencias y reuniones de desarme o limitación de armamentos.

El humanitarismo que persigue el derecho viene condicionado por factores tales como la eficacia militar de las armas, las necesidades de la defensa, el grado de desarrollo en la tecnología militar, la financiación e inversiones en material de guerra, la dificultad de sustitución de unas armas por otras, etcétera.

d) Principio de necesidad militar

Quizá sea éste el más importante obstáculo a salvar en la consecución de unas normas eficaces del derecho de guerra. Las necesidades militares obligan al empleo de métodos y armas con los que se consiga la destrucción del enemigo. El realismo jurídico aconseja, pues, evitar la articulación de normas que impidan a los beligerantes cumplir ese objetivo. Para que una ley de guerra pueda tener una vigencia efectiva necesita cumplir las exigencias de fondo —validez ética que la acomode a unos principios de orden superior filosófico-moral— y las de forma —plasmarse en tratados o costumbres aceptadas—, pero también ha de poseer lo que se ha llamado “validez sociológica”, es decir, adaptación a la realidad del contorno y de la circunstancia concreta. Si una norma jurídica no contempla esa realidad sociológica, nacerá ya sin efectividad.

La norma ha de tener en cuenta las exigencias militares y los objetivos bélicos. Es difícil la conciliación de los tradicionales principios de “necesidad” y de “humanidad”. De ahí, quizá, el escepticismo ante el derecho de guerra. Los conceptos modernos dan mayor complejidad al tema. Hay una contradicción, por ejemplo, entre la constante del derecho humanitario a limitar y restringir el concepto de “objetivo militar” y la idea de “defensa nacional”, que abarca a la totalidad de la nación. Si todos están implicados en la defensa, todos constituirán parte del objetivo militar.

Como derecho positivo moderno, en lo que al concepto de objetivo militar se refiere, el Protocolo de Ginebra referido determina que los ataques se limitarán estrictamente a ellos y concibe como tales los que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

e) Sistema de control de cumplimiento

El desarrollo de la guerra puede conducir a un deterioro u olvido del deber de observancia de las normas del derecho. Para evitarlo, se hace necesario establecer un sistema que permita una fiscalización de la actividad de los beligerantes.

Las Naciones Unidas deberían disponer de medios suficientes para garantizar el cumplimiento de las normas relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, pero en el Estado actual de la organización y su estructura ello no es fácil.

Los Convenios de Ginebra recogieron la institución de las llamadas Potencias Protectoras, Estados neutrales encargados de salvaguardar los intereses de las Potencias beligerantes en país enemigo. Esta institución fue un paso importante en el campo del derecho internacional y se estableció en 1929 en el Estatuto de los prisioneros de guerra, con el fin de asegurar a éstos una protección que se pretendía fuera análoga a la que gozan en tiempo de paz los extranjeros a través de sus representaciones diplomáticas. Los recientes Protocolos de Ginebra definen la Potencia protectora como un Estado neutral u otro Estado que no sea parte en el conflicto y que, aceptado por la parte adversa, esté dispuesto a desempeñar las funciones que los Convenios le asignan. La función genérica que les compete es la de salvaguardar los intereses de las partes en conflicto, así como prestar sus buenos oficios en caso de desacuerdo entre éstas. Al Comité Internacional de la Cruz Roja se le reconocen también funciones protectoras que pueden significar un cierto control en la aplicación de las normas humanitarias. También se articula en el Protocolo I de Ginebra una Comisión Internacional de Encuesta, cuya misión es investigar las infracciones graves y violaciones de los Convenios y facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actividad de respeto a los mismos.

f) Responsabilidades y sanciones

Todo derecho debe disponer de un régimen sancionador para el caso de incumplimiento de la norma. En el derecho internacional, el concepto de soberanía antes expuesto hace difícil el reconocimiento de responsabilidades por parte de los estados y su sumisión a un sistema penal. La doctrina y la práctica, no obstante, advierten la necesidad de un derecho penal internacional. Se ha consagrado en gran parte mediante la aceptación de los "crímenes de guerra". Muchos Convenios incluyen preceptos definidores de las infracciones, así como el compromiso de los Estados de adoptar medidas legislativas para determinar las sanciones penales adecuadas que deben ser impuestas a los responsables.

La obligación de cumplimiento de los Tratados internacionales

viene expresada en sus propios textos. Los Estados se comprometen a respetar y hacer respetar los Convenios en todas las circunstancias y a exigir, por ello, responsabilidades a los infractores.

Se han hecho muchas tentativas de elaboración de un Código penal universal. En la Conferencia de Ginebra, que elaboró los recientes Protocolos tantas veces citados, se presentó por la Delegación de Filipinas un Proyecto que, en esencia, se ajusta al que aprobó la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1951. En él se definen los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, el genocidio, la violación de las leyes y usos de la guerra, la conspiración, instigación, complicidad y tentativa y se señala la responsabilidad del mando y la de los subordinados, así como se crea un Tribunal Internacional Penal y el procedimiento ante el mismo.

IV. CONCLUSIONES

- 1.ª La situación política mundial exige un fortalecimiento del derecho internacional, con el que se logre una mejor estructura de seguridad y un ordenamiento jurídico efectivo para resolver la conflictividad entre los Estados.
- 2.ª En el caso de conflicto bélico, los Estados están obligados a la observancia de las normas del derecho de guerra.
- 3.ª Es evidente que el derecho de guerra vigente es anticuado, incompleto e insuficiente, tanto en relación con la circunstancia política como en lo que respecta al grado de desarrollo de la técnica militar.
- 4.ª Consecuencia de ello es la indiferencia y el escepticismo ante este derecho y el olvido y abandono que sufre dentro del sistema jurídico internacional.
- 5.ª Es, pues, preciso emprender la tarea de reafirmar y actualizar el derecho de guerra que, en algunos aspectos concretos, ha sido ya objeto de Conferencias internacionales con resultado positivo.
- 6.ª El derecho de guerra actual ha de responder a los principios básicos de protección del hombre y sus derechos y de los bienes de la cultura y la civilización mediante la limitación en el uso de las armas y métodos, pero siempre teniendo en cuenta la necesidad de respetar, dentro del marco del derecho, los fines militares y los objetivos legítimos perseguidos por los beligerantes.

- 7.º Para la efectividad de este derecho se requiere realismo en su elaboración, voluntad y decisión de los Estados en su observancia, articulación de un sistema de vigilancia y garantía y creación de un ordenamiento penal que sancione su incumplimiento.

