

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS (Aprovechando el *Asunto TADIC*)

Cesáreo Gutiérrez Espada
*Catedrático de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS: 2.1. DERECHO CONVENCIONAL: A) EL ARTÍCULO 3 COMÚN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA (1949) Y EL PROTOCOLO II (1977). B) CONTENIDO FUNDAMENTAL. 2.2. ¿EXISTEN NORMAS CONSUETUDINARIAS DE DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES A LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES?—III. *DE LEGE FERENDA*: ¿UN ÚNICO DERECHO PARA TODO TIPO DE CONFLICTOS ARMADOS?: 3.1. EN GENERAL. 3.2. EN UN SUPUESTO CONCRETO: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CULPABLES DE CRÍMENES DE GUERRA.

I. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho internacional humanitario (terminología que comenzó a utilizarse en los documentos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y en la Conferencia diplomática de 1976 y 1977 que elaboró los Protocolos I y II complementarios de los Convenios de Ginebra de 1949), o Derecho de los conflictos armados, quizás con un matiz más amplio pero denominación a mi juicio más precisa, se basa en una distinción fundamental: la que separa los conflictos armados *internacionales* de los denominados *no internacionales* (o *internos*). Distinción profundamente enraizada en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto 1949 sobre la protección de las víctimas de guerra (1), mantenida en los

(1) Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (BOE de 23 agosto 1952), convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (BOE de 26 agosto 1952), convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (BOE de 2 septiembre 1952), y convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra (BOE de 5 septiembre 1952).

Todos ellos vinculando, prácticamente a la sociedad internacional en su conjunto.

Protocolos I y II de 8 de junio de 1977 adicionales a los citados convenios, el primero relativo a los conflictos armados internacionales y el segundo a los internos (2), y calificable de “fundamental” porque supone la aceptación de un grado de protección muy diferente para las víctimas de esos conflictos.

Es interesante recordar, no obstante, que ninguna de las Declaraciones o textos internacionales sobre los conflictos armados adoptados antes de 1949 contenía disposición alguna sobre su ámbito de aplicación, siendo los convenios de Ginebra los que, por vez primera (arts. 2 y 3 comunes a los cuatro Convenios adoptados en la capital suiza). Introdujeron la distinción y, por ende, el impreciso concepto de “conflicto armado no internacional”.

2. El Derecho internacional clásico no se olvidó por completo de las guerras civiles, pero supeditaba la aplicación a las mismas del Derecho de la guerra al *reconocimiento de beligerancia*, es decir, sólo si el Gobierno contra el que una rebelión había estallado en su territorio se declaraba dispuesto a aplicar las leyes internacionales de la guerra a los rebeldes éstos podían invocar dichas normas y prevalerse de ellas. Pero como situación tal dependía del puro consentimiento del Gobierno en cuestión no resulta sorprendente que fueran extremadamente raros los casos de reconocimiento de beligerancia, con lo que *de facto* el Derecho de la guerra no se aplicaba en los conflictos armados de carácter interno. Hubo, desde luego, intentos para hacer obligatorio el reconocimiento de beligerancia si se daban determinadas condiciones, que resultaron baldíos. La teoría del *reconocimiento de insurgencia*, desarrollada algo después, tenía el mismo propósito: imponer a los Gobiernos la obligación de aplicar al menos algunos de los principios del *ius in bello* en los conflictos internos. Tanto el reconocimiento de beligerancia como el de insurgencia, que fueron los pilares esenciales para la aplicación de las leyes de la guerra a los conflictos armados no internacionales, duermen hoy el sueño de los justos (y es una forma de hablar, porque no me atrevo a poner la mano en el fuego por la *justicia* de figuras tales), habiendo desaparecido su cita, prácticamente, en los escritos sobre el Derecho internacional público contemporáneo.

(2) España ratificó también ambos, tres años después de su adopción (BOE de 26 julio 1989). Los Protocolos han sido “consentidos” por la inmensa mayoría de los Estados que existen, siendo el número II el que menos Partes tiene (más de 125 Estados).

El CICR y las sociedades nacionales de esta Organización no Gubernamental (ONG) hicieron ímprobos esfuerzos, esencialmente a través de un planteamiento no planificado previamente sino de decisiones *ad hoc*, para prestar asistencia humanitaria en los numerosos casos de insurrección acaecidos a finales del XIX y principios del siglo XX en Europa oriental, los Balcanes, o España, por no hablar del hemisferio occidental. De esta práctica nació la idea de elaborar algún tipo de normativa que impusiera a los Gobiernos la obligación (jurídica, formal) de prestar su acuerdo a la realización de este tipo de acciones. Así, la Cruz Roja americana sometió el primer proyecto de esta naturaleza a la Conferencia internacional de la Cruz Roja celebrada en Washington (1912); pero fue años después, en 1921, cuando se adoptó a este fin una resolución por la décima Conferencia internacional (Ginebra, 1921), que confirió a las sociedades nacionales de la Cruz Roja el derecho y también el deber de ofrecer sus servicios en supuestos de disturbios internos o guerra civil; asimismo, se impuso al CICR el deber de intervenir en los casos de guerra civil.

Hasta 1949, la citada resolución de 1921 y los Estatutos del CICR (revisión de 1928) eran los únicos títulos, no generados por ni formando parte pues del Derecho internacional positivo, en los que el Comité podía cobijar sus acciones en el caso de los conflictos armados de carácter no internacional.

Fueron los Convenios de Ginebra los que por primera vez aplicaron a los conflictos internos un mínimo de regulación jurídica, pero también los que establecieron por primera vez en Derecho internacional público una protección desigual para las víctimas de los conflictos armados (art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra).

Los desarrollos que se han producido en los conflictos armados internos desde finales de la década de los sesenta han demostrado la inadecuación del contenido y ámbito de aplicación del art. 3 común, pues la frecuencia, intensidad y duración de estas “guerras domésticas” (principalmente a causa de la intervención de terceros), les asimila cada vez más a los conflictos armados internacionales; de ahí que sería lógico extender a los conflictos internos el régimen básico (combatientes y prisioneros, medios y métodos de combate, protección de la población y propiedad civil) que regula las guerras entre Estados.

En Ginebra, a lo largo del bienio 1976-77 se llevó a cabo una Conferencia internacional a fin de complementar y poner al día los Convenios de Ginebra. Eran dos las posiciones de partida posibles: o eliminar la distinción entre conflictos armados internacionales e internos, adoptando un sólo

Protocolo aplicable a todo tipo de conflictos, o mantenerla. Triunfó la última. Y, de mantener esta distinción, dos caminos eran, a su vez, posibles:

— Completar el contenido de la protección en los conflictos internos tal y como venían definidos por el art. 3 común. Tesis, ésta, no aceptada por numerosos Estados participantes en la Conferencia, que vieron con profundo recelo el Proyecto de Protocolo preparado por el CICR, y las disposiciones concretas que este establecía a propósito del *status* de los combatientes, los prisioneros y las limitaciones que deberían respetar los beligerantes. Muchos Estados, en efecto, prefirieron tener las manos libres para “solucionar” a su modo las eventuales rebeliones o insurrecciones contra el Poder establecido.

— Extraer el mayor número posible de situaciones del régimen de los conflictos internos para cobijarlos bajo el paraguas más amplio, más impermeable, utilizado para la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Y así se hizo, al reconocer como “internacionales” las luchas que la comunidad internacional había ya aceptado, social y jurídicamente, como tal: las llevadas a cabo en un pueblo al que se le niega por la fuerza su derecho de libre determinación. El Protocolo I recoge una fórmula amplia ya utilizada por numerosas resoluciones de la Asamblea General de la ONU, que incluye a los pueblos que luchan “contra la dominación colonial”, pero también contra “la ocupación extranjera y los regímenes racistas”, entendiéndose que todos ellos lo hacen “en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación” (art. 1.4). Fórmulas de este tipo pueden, se escribió entre nosotros, “llevar los nombres propios de Cisjordania y Gaza por una parte, y el de Sudáfrica por la otra” (3); naturalmente este pasaje era absolutamente correcto en el año en que se escribió, pero hoy es ya historia, o, al menos, lo es en una parte (Sudáfrica) y está en camino de serlo en su totalidad (Gaza y Cisjordania).

3. Me propongo, a partir de ahora, comentar cual es el contenido del Derecho de los conflictos armados en su aplicación a los de carácter interno, para, finalmente, examinar, en general y respecto de un supuesto concreto, si *de lege ferenda* debería establecerse un sólo Derecho para cualquier tipo de conflicto armado.

(3) R. MESA GARRIDO: “conflictos armados sin carácter internacional en el marco de los Protocolos adicionales”, *Il Jornadas de Derecho internacional humanitario (4 y 5 de mayo de 1989)*. Cruz Roja Española-AIETI-Universidad, Sevilla, 1990, pp. 7-16 (la cita textual en p. 13).

II. EL CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

2.1. *El Derecho convencional*

A) *El art. 3 común de los convenios de Ginebra (1949) y el Protocolo II (1977)*

4. El Derecho convencional aplicable, en la actualidad, a los conflictos armados internos está representado por el art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra (1949) y las disposiciones del Protocolo II (1977).

Artículo 3 y Protocolo II que constituyen disposiciones de aplicación autónoma. Y aunque a primera vista pueda parecer absurda una posición de esta naturaleza, pensando en que el Protocolo II habría ya “absorbido” en su texto todo lo que de válido y útil comportaba ya el art. 3 común de los cuatro convenios de Ginebra, es importante (y aún necesario) apoyar la existencia de una función y vida diferenciadas para dicho artículo y Protocolo.

5. El art. 3 de los convenios de Ginebra, es aplicable “en caso de conflicto armado, que no tenga carácter internacional, en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes (...)”. Vaga formulación, ésta, que permite una interpretación amplia, pues no se desarrollan, ni se comenta, ni ejemplifican sus términos, como los de conflicto *armado* o de carácter *no internacional*.

Esta característica del art. 3 común considerada en su día como su principal defecto, pues se estimaba inadmisibles un texto que permitía, por su genericidad e inconcreción, una interpretación digamos “elástica”, hoy, sin embargo, ha podido calificarse de “una de sus principales ventajas” (4).

6. Y es que el Protocolo II es mucho más restrictivo, excluyendo claramente algunas situaciones que encuentran cabida en un art. 3 común flexiblemente interpretado. El Protocolo II, además de estipular que su aplicación se limita a los conflictos armados no internacionales (como

(4) ABI-SAAB, R.: “Humanitarian law and internal conflicts: The evolution of legal concern” *Humanitarian law of armed conflict, Challenges ahead*, edit. por A.J.M. DELISSON y G.J. TANJA, T.M.C. Asser Institut, M. NIJHOFF, La Haya, 1991. pp. 2009-23 (en p. 216)

hacia el art. 3 citado), añada otras precisiones: los conflictos armados no internacionales a los que el Protocolo se refiere deben tener lugar:

i) En el territorio de una Alta Parte Contratante y “entre sus Fuerzas Armadas y Fuerzas Armadas disidentes u otros grupos organizados”, con lo cual quedan fuera de la normativa del Protocolo las situaciones de conflicto armado en el interior de un Estado entre dos o más grupos rebeldes.

ii) Y, además, las fuerzas disidentes deben estar “bajo la dirección de un mando responsable” y “ejercer un control tal (sobre una parte del territorio) que les permita llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Exigencia que expulsa del Protocolo II a gran parte de los conflictos internos, o les deja al menos aparte durante gran parte de su desarrollo, pues no será fácil para un grupo rebelde conseguir un control territorial tan sólido (por efectivo y continuado) como el que se da en el caso de las guerras civiles en su pleno apogeo; de este modo, como decía, todos los conflictos armados no internacionales que no rebasen el listón de lo que en una terminología de moda se denominan “conflictos de baja intensidad” (en los que, sin embargo, las balas horadan y las bombas despedazan de la mismita manera que en las guerras genuinas, los “conflictos de alta intensidad” claro) quedan fuera de las normas el Derecho internacional humanitario.

Ahora se comprenderá mejor por qué mantener que el art. 3 común que los cuatro Convenios de Ginebra sigue siendo válido y útil y su aplicación puede hacerse autónomamente respecto de la del Protocolo II, es no sólo posible sino conveniente y aún necesario; y he escrito *posible* porque la cita que de la misma hago no pretende sólo proponer o sugerir lo que “debería” mantenerse o apoyarse (*de lege ferenda*), sino afirmar cual es el Derecho internacional humanitario “en vigor” (*de lege lata*): así, el Protocolo II apunta, sin duda, a la autonomía y validez del art. 3 común cuando precisa respecto de sí mismo que:

“(…) desarrolla y complementa el art. 3 (...) sin modificar sus actuales condiciones de aplicación (art. 1)”.

B) *Contenido fundamental*

7. El art. 3 común establece explícitamente la aplicación, en los conflictos armados internos, de algunos principios humanitarios fundamenta-

les, básicamente relativos a la protección de los derechos humanos e integridad física de las personas en cualquier circunstancia:

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrán la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1.^a Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidas, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitidas por un Tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2.^a Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.
(...)”.

Pero tales actos se prohíben únicamente respecto de personas que no toman parte en las hostilidades, que han rendido sus armas, o están en fuera de combate. Es decir, la diferencia fundamental con la protección establecida por los Convenios de Ginebra en general, es que el art. 3 común, en su aplicación a los conflictos internos, no establece regulación alguna específica aplicable a combatientes y prisioneros, que para el mismo al parecer no existen y, por tanto, ¿para qué atribuirles derechos y deberes?.

Es cierto que el art. 3 recomienda que, aparte el *minimum* normativo en él previsto, las partes en un conflicto deberían comprometerse a aplicar “por medio de acuerdos especiales, todas o parte de las demás dispo-

siciones” (se refiere a las de los Convenios de Ginebra). Esta posibilidad, y salvo excepciones (5), ha sido raramente usada en la práctica, como, por lo demás, era previsible (¿Gobierno y rebeldes sentados a una mesa para firmar un acuerdo de esta naturaleza entre el fragor de los disparos y el sobresalto de las escaramuzas?; parece algo surrealista, ¿no?=. Con algo más de éxito, el CICR ha conseguido en ocasiones convencer a las partes contendientes para que se maten, sí, pero con el debido respeto de algunas reglas concretas del Derecho humanitario.

8. El CICT ha intentado desde finales de la década de los sesenta que la comunidad internacional aceptara poner al día “el régimen de Ginebra”, regulando los conflictos armados internos de manera similar a los internacionales. Sus propuestas fueron presentadas en forma de Proyecto de Protocolo II por el Comité a la Conferencia de Ginebra (1976-77), siendo en buena parte rechazadas por los Estados participantes: para algunos Gobiernos porque la aplicación a los conflictos internos de algunos de los principios del Derecho internacional humanitario suponía una intervención en sus asuntos internos, otros se negaban a admitir que las que estallaban en sus territorios pudiesen alcanzar la categoría de guerras puras y duras, y, también debe señalarse, bastantes Estados del Tercer Mundo que tenían como punto de mira elevar el *status* de las guerras de liberación nacional, lo que consiguieron, demostraron carecer de la misma “sensibilidad” respecto de los conflictos internos.

El Protocolo II resultante sólo fue, por tanto, un débil eco del Proyecto del CICR. Así, sus disposiciones, las que el Comité consideraba fundamentales precisamente, fueron eliminadas; *status* de los combatientes, trato de los prisioneros de guerra y la regulación de los medios y métodos de combate.

9. Sería injusto con todo (y erróneo por lo demás) pensar que el Protocolo II no aporta mejora alguna a la regulación preexistente. Veamos algunos aspectos:

i) La aportación más descollante del Protocolo II se produce sobre todo respecto de sus artículos consagrados a la protección de la población y propiedad privada civil, que no aparecen en modo alguno en el art. 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra, por ejemplo los que prohíben:

– los ataques a civiles

(5) Por ejemplo, en Angola (1975); vid, Ch. Zorgbibe: “Pour une réaffirmation du droit humanitaire des conflits armés internes”. *Journal de Droit International*, 97 (1970), pp. 658-83 (en p. 666).

- la utilización del hambre como método de combate
- la destrucción de bienes indispensables para la supervivencia de la población
- los ataques sobre instalaciones (presas, diques, centrales nucleares de energía eléctrica) que contengan fuerzas peligrosas
- los actos de hostilidad contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen un patrimonio cultural;
- desplazamiento forzoso de poblaciones (Protocolo II, arts. 13-17).

ii) También deben reseñarse, en cuanto resultan indispensables para el cumplimiento por la Cruz Roja de sus funciones, las disposiciones relativas a la protección del personal sanitario y médico, así como de los transportes y unidades médicas (Protocolo II, arts. 9-11).

iii) Y, en fin, la prohibición de los castigos colectivos y las órdenes de no dejar supervivientes (art. 4.1 y 4.2).

Se avanza, desde luego, aunque muy modestamente dado, de una parte, lo limitado de sus disposiciones en su comparación con las propias del Protocolo I, y, de otra, que el Protocolo II no podrá aplicarse, como sabemos, a los conflictos armados que no hayan alcanzado proporciones claras de guerra civil generalizada; constatación, esta última, que deja en el internacionalista un amargo regusto de frustración cuando piensa que el viejo Derecho internacional ya propiciaba, producido si el reconocimiento de beligerancia, la aplicación a las guerras civiles de *todas* las “leyes de la guerra”:

— El art. 3 común había previsto que, en el caso de los conflictos internos, “un órgano humanitario imparcial, tal como el CICR, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes”, intentando, sin decirlo, que éste cumpliera una función similar a la desempeñada, en el imperio aqueménida de Ciro el persa, los funcionarios nombrados como “ojos del Rey”, vigilando y apreciando imparcialmente el cumplimiento de sus disposiciones, y ejercer de este modo una sana presión sobre las partes a fin de hacerles más gravoso su incumplimiento; teniendo en cuenta, desde luego, que dicho artículo ni obligaba al Comité a ofrecer nada ni, mucho meno, podía obligar a las Partes en conflicto a aceptar ofrecimiento alguno.

— Pues bien, el Protocolo II no retiene siquiera un mecanismo de control de su aplicación tan “blando” como el descrito (razón esta, adicional a las ya expuestas, que resalta la conveniencia de defender la autonomía conceptual respecto de éste del viejo art. 3).

En la Conferencia de Ginebra los Estados participantes rechazaron, como atentatoria al principio de no intervención, una disposición del Proyec-

to de Protocolo II presentado por el CICR en la que se mantenía la posibilidad para el Comité de ofrecer sus servicios “para cooperar en la observancia de las disposiciones” del presente Protocolo (Proyecto, art. 39).

2.2. *¿Existe un Derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales?*

10. ¿Estaría obligado un Estado no parte en el Protocolo II, que regula los conflictos internos, por normas jurídicas no escritas sobre el tema?; o, también, ¿existen para las Partes en el citado Protocolo normas no escritas que les vinculen, por tanto, más allá de su concreta normativa?.

11. De inapreciable utilidad y oportunidad al respecto resulta la Decisión de 2 de octubre de 1995, de la Cámara de apelación del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el *asunto Tadic* (competencia) (6). En ella, y sin necesidad de hacerlo, pues las acusaciones contra Tadic (atentados contra la vida e integridad corporal de los prisioneros) se referían a actos incluidos en el art. 3 común de las cuatro convenios de Ginebra aplicable a los conflictos armados no internacionales (si es que este fuera el caso), la Cámara de apelación se pronuncia minuciosamente sobre la existencia de normas de Derecho internacional general aplicables a los conflictos armados internos. Es ésta, desde luego, una actitud notable, que contrasta, como la doctrina ya se ha percatado, con el mínimo esfuerzo que ha venido realizando el TIJ para apoyar, con un análisis detallado de sus elementos, sus afirmaciones sobre la existencia de tal o cual norma consuetudinaria, y cuyo ejemplo paradigmático, sin duda, como en su momento ya puse de manifiesto (7), fue su sentencia en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*

(6) “Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (the prosecutor v. Dusko Tadic *a/k/a/* ‘Dule’), de 2 de octubre 1995 (case núm. IT-94-I-AR72)”, International Tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian Law committed in the territory of former Yugoslavia since 1991, Naciones Unidas, 1995.

La decisión puede consultarse, también, íntegramente en *International Legal Materials*, XXXV (1996), núm. 1, pp. 35-76.

(7) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Derecho internacional público*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 525-27. Con una crítica más descarnada, D’AMATO, A.A.: “Trashing customary international Law”, *American Journal of International Law*, 81 (1987), núm. 1, pp. 101-105 (en pp. 102-103).

(fondo, 1986) (8), o, incluso, con el que llevó a cabo en materia más cercana a ésta el mismo Tribunal Internacional de Nuremberg (9).

La Cámara de apelación, felizmente para todos, no ha seguido este camino sino que pasa revista, desde 1930, a la práctica estatal (guerra civil española [1936-39], intento de secesión, de Nigeria, de la provincia de Biafra [1966-69], conflicto civil en El Salvador, [1986...]), resoluciones de la Sociedad de Naciones y Asamblea General de la ONU (entre estas las res. 2444 [1968] y 2675 [1970]), práctica del CICR, y las posiciones y declaraciones de Estados y grupos de Estados (como la Unión Europea, (10) respecto de conflictos armados internos o situaciones análogas (a propósito, por ejemplo, de Chechenia, o respecto del pueblo kurdo en Irak).

El análisis de tan numerosos materiales de base, que la Cámara expone detallada y valorativamente, desemboca en una conclusión fundamental, que puede exponerse distinguiendo los siguientes puntos:

i) Primero, existen normas consuetudinarias de Derecho internacional relativas a la protección de la población y propiedad privada civil y, más ampliamente, a la protección de toda persona que no toma parte activa (o ha dejado de hacerlo) en las hostilidades. Normas consuetudinarias, algunas de las cuales figuran ya como disposiciones de los Protocolos I y II, que pueden concretarse en supuestos más específicos, posiblemente del tenor siguiente:

— Debe distinguirse siempre, en la realización de las operaciones militares en un conflicto armado interno, entre las personas que toman parte en las hostilidades y la población civil, y, en general, quienes, habiéndolo hecho, han dejado de participar activamente en ellas.

— Prohibición de lanzar ataques contra la población civil.

— Las presas, diques ya otras instalaciones utilizadas únicamente por la población civil no pueden ser objeto de operaciones militares.

— Lugares o áreas designadas para la protección de la población (hospitales, zonas de refugio...) no pueden ser objeto de operaciones militares.

(8) Sentencia de 27 de junio de 1986, *CIJ Recueil 1986*, pp. 14 ss. (sobre todo pp. 99-100).

(9) Sassòli, M.: "La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie: *tadic* (compétence)", *Revue Générale de Droit International Public*, 100 (1996), núm. 1 pp. 101-34 (en p. 126); Meron, Th.: "The continuing role of custom in the formation of international humanitarian Law", *American Journal of International Law*, 90 (1996), núm. 2, pp. 238-49 (en p. 239).

(10) Decisión cit. (nota 6), pp. 53-68, párrafos 96-127.

— La población civil no puede ser objeto de represalias, traslados forzados u otros atentados contra su integridad.

ii) Segundo, la práctica estatal demuestra que los principios de Derecho consuetudinario internacional han evolucionado con relación a los conflictos armados internos también en lo relativo a los “medios” y “métodos” de combate. El sentido general de esta evolución apunta a la ilicitud de utilizar en la lucha cualquier tipo de armas o de procedimientos, pues resulta contrario al Derecho internacional el empleo de armas específicas o de determinados métodos de hacer la guerra:

— En cuanto a las primeras, el ejemplo por excelencia son las armas químicas.

— Y en cuanto a las segundas, la práctica demuestra la prohibición de la *perfidia*. Según el Protocolo I:

“constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de Derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia: (...) a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o rendición (...); c) simular una incapacitación por herida o enfermedad (...).”

En conclusión, se han formado ya normas no escritas de Derecho internacional general que son de aplicación tanto a los conflictos armados como a los internos. De hecho, ya se había sostenido con anterioridad doctrinalmente que algunas disposiciones del Protocolo I, por su consideración de normas de *ius cogens* (dada su conexión indudable con los derechos humanos) se habían convertido ya en normas generales del Derecho internacional aplicables, en consecuencia, a todo tipo de conflicto armado (11).

(11) Por ejemplo, sus arts. 11.2 (prohibición de mutilaciones, experimentos médicos etc.), arts. 35, 37, 38 y 40 (sobre medios y métodos de combate), arts. 48, 51.3 y 51.4, 52 (en la materia de protección de la población civil y de sus bienes) (PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “Protocolos de Ginebra de 1977 sobre Derecho internacional humanitario y Derecho internacional general y ‘ius cogens’”, *Il Jornadas de Derecho internacional humanitario (4 y 5 de mayo de 1989)*, Cruz Roja-AIETI-Universidad, Sevilla, 1990, pp. 69-80, en pp. 77-79).

PENNA, L.R. añade otros: arts. 41, 45, 53, 54.1, 59, 73, 76, 78 (“Customary international law and Protocol I: An analysis of some provisions”, *Studies and essays of international humanitarian Law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, Comité Internacional de la Cruz Roja-M. Nijhoff, Ginebra-La Haya, 1984, pp. 201-25 (en pp. 210-24).

Pero, como la Decisión de la Cámara de apelación en el caso Tadic citada sostiene, la emergencia de esas normas consuetudinarias para los conflictos armados internos encuentran dos limitaciones fundamentales:

— Solo un número limitado de reglas y principios que regulan los conflictos armados internacionales se han extendido a los conflictos internos.

— Esta extensión no ha tenido lugar en la forma de un trasplante total y mecánico de aquellas normas en los conflictos internos, sino la esencia general de las mismas, y no la detallada regulación que puedan contener (12).

12. Las conclusiones a las que llega la Decisión de la Cámara de apelación serían absolutamente convincentes, a tenor del análisis de los materiales utilizados que la misma lleva a cabo, de no ser por una consideración, que la propia Cámara ha advertido, y que me dejaría más tranquilo referir, a saber: será difícil, a los fines de determinar la existencia o no de normas consuetudinarias, comprobar la conducta de las tropas en el teatro mismo de operaciones (13), por lo que, en este tema, hay que basarse, fundamentalmente, en elementos; como pronunciamientos oficiales de los Estados, manuales militares y decisiones judiciales. Siendo esto así, me gustaría efectuar dos afirmaciones personales e interrelacionadas:

— Aceptando como juiciosas y ciertas las consideraciones acerca de las dificultades citadas para determinar *in situ* el comportamiento de las fuerzas armadas, parece razonable considerar que las conclusiones que se obtengan del análisis de los pronunciamientos estatales, sus manuales militares y decisiones judiciales son capaces de generar una presunción (*iuris tantum*) de la existencia de normas consuetudinarias.

— Ahora bien, si llegara a demostrarse que, en su comportamiento real, las fuerzas de los beligerantes incumplen abierta y sistemáticamente dichos

(12) Decisión cit. (nota 6), p. 67, párrafo 126.

(13) Para "la Cámara de apelación en concreto no sólo es difícil sino quizás "imposible". Las razones de este, sin duda, serio obstáculo son las siguientes: "este examen se hará extremadamente difícil por el hecho de que no sólo es que el acceso al teatro de operaciones se deniega a observadores independientes (a menudo incluso al CICR) , sino que también la información sobre el desarrollo actual de las hostilidades es retenido por las partes en el conflicto, o, lo que es peor, se recurre a menudo a la desinformación con la finalidad de engañar al enemigo, la opinión pública y los Gobiernos extranjeros" (Decisión... cit. [nota 6], p. 55, párrafo 99.

pronunciamientos, manuales o decisiones, tendríamos forzosamente que admitir que la *práctica* no se conforma a la *opinio iuris*, por lo que no podría admitirse la existencia de norma consuetudinaria alguna (14). Y es que nadie ha podido demostrar que exista norma alguna que, en el caso del Derecho humanitario, exima a las costumbres de sus dos elementos constitutivos (*práctica y opinio iuris*). En el Derecho internacional humanitario, como en el Derecho internacional en general, la costumbre ha evolucionado sin duda, pero no hasta el punto de haber dinamitado su estructura básica. Y porque esto es así, algún autor, como el profesor Meron, en nada sospechoso de malquerencia hacia el Tribunal para la antigua Yugoslavia, ha puesto en guardia sobre lo difícil que va ser persuadir a los Gobiernos para que acepten una posición, la de la Cámara de apelación, en la que no se ha identificado “práctica operacional” (15).

En todo caso, estoy convencido que la opinión de la Cámara de apelación sobre la existencia (y su identificación) de las normas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internos ejercerá una gran influencia en la materia. Y su “fuerza” se verá sin duda ampliada cuando, como parece lógico, sea recogida y enfatizada debidamente en el *Informe sobre las reglas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales* que prepara el CICR, a petición del Grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de guerra y que la XXVI Conferencia internacional de la Cruz Roja y del Creciente Rojo asumió como propia (16). Aunque el Comité en cuestión no es un Estado ni tampoco una Organización internacional intergubernamental, su papel en el tema del Derecho de los conflictos armados ha sido, y es, importante, como se demuestra, entre otros datos, por el hecho de haberse reconocido su *status* y determinadas funciones tanto en los Convenios de Ginebra de 1949 como en los Protocolos I y II de 1977 (17). No sólo no hay, por tanto, “nada radical” (18) en que el CICR pueda ela-

(14) En el mismo sentido Sassòli cit. (nota 7), p. 127.

(15) Meron cit. (*supra* nota 9), p. 240.

(16) En su resolución I, de 7 diciembre 1995 (*Révue Internationale de la Croix Rouge*, 1995, p. 37; y *XXVI Conférence internationale de la Croix-Rouge, Genève 3-7 décembre 1995*, doc. 95/CI/2/1-2: Droit international humanitaire: Passer du droit à l'action, rapport sur le suivie de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre, Genève, 1995).

(17) *Vid. ad ex.* SANDOZ, Y.: “Réflexions sur la mise en oeuvre du Droit international humanitaire et sur le rôle du Comité international de la Croix-Rouge en ex-Yougoslavie”, *Révue suisse de Droit international et Européen*, 1993, núm. 4, pp. 463-90.

(18) Meron cit. (*supra* nota 9), p. 245.

borar un *restatement* sobre el Derecho consuetudinario de los conflictos armados, sino que es de esperar que dicho trabajo contribuya a reforzar la estructura normativa del Derecho humanitario de los conflictos armados internacionales y, sobre todo, de los de carácter no internacional.

III. *DE LEGE FERENDA*: ¿UN ÚNICO DERECHO PARA TODOS LOS CONFLICTOS ARMADOS?

3.1. *En general*

13. Sí, con independencia de la naturaleza internacional o interna de los conflictos armados, debe reclamarse, según mi criterio, una sola y misma normativa jurídica internacional y, por tanto, abandonarse formalmente la distinción sobre la que reposa hoy el denominado Derecho internacional humanitario y aparece simbolizada en la existencia de los Protocolos I y II de 1977.

La lógica de una posición de esta naturaleza, a la que me adhiero con decidido entusiasmo pese a considerarla (porque “lo cortés no quita lo valiente”) *de lege ferenda*, viene palmariamente demostrada por toda una serie de razones, conocidas ya de tan difundidas (19), pero que creo útil recordar también aquí, advirtiendo, sí, expresamente, de la interrelación existente entre todas ellas:

i) Los conflictos armados internos han sido frecuentes, y, lo que es más, conocida es la tesis, bastante razonable y lógica, de que desaparecido el “bloque socialista” y superada por tanto la división ideológico-político entre el Este y el Oeste, serán los conflictos “menores” (la gran mayoría de ámbito puramente doméstico) los que recogerán el testigo de los grandes enfrentamientos internacionales, por lo que esa frecuencia a la que hacía alusión se incrementará.

ii) Los conflictos armados no internacionales vienen demostrando una feracidad realmente preocupante y cada vez más extendida al conjunto de la población, a lo que cabría añadir el acceso de los contendientes a medios bélicos cada vez más sofisticados, devastadores y letales. En estas condiciones (piénsese, por ejemplo, no ya en casos que pueden parecer-

(19) Una de sus menciones más recientes es la efectuada por la Cámara de apelación en el *asunto Tadic* ante el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia: Decisión cit. (nota 6), pp. 53-54, párrafo 97.

nos casi históricos, como la guerra civil española [1936-39], sino actuales: Nicaragua [1981-90], El Salvador [1980-93], Ruanda [1994], Liberia [1995-96]...), ¿existen, realmente diferencias de fondo entre guerras como las citadas y muchos de los conflictos armados que llamamos internacionales?

iii) A las dimensiones tan serias que los conflictos armados internos han alcanzado en la práctica, y que ya de por sí exigen una clara y completa regulación jurídico-internacional, se añade el hecho de lo que la práctica permite calificar de tendencia recurrente a la intervención extranjera, con lo que el riesgo de “desbordamiento” del conflicto a Estados vecinos es importante, éste, desde luego, “se contamina” con un factor de internacionalización evidente, que contribuye poderosamente a desdibujar esa omnipresente distinción entre conflictos internacionales e internos en vigor desde los Convenios de Ginebra de 1949. Y no son palabras sino hechos, los que acabo de apuntar: ¿acaso no hubo intervención, y profunda en la mayoría de ellos, de terceros Estados en la guerra civil de Nigeria (1967-70), o en las de Nicaragua y El Salvador?. Recuérdese, sin más, que el TIJ condenó a Estados Unidos por *inter alia*, la violación del principio que prohíbe la intervención a causa de su ayuda a las fuerzas de “la contra” en lucha con el Gobierno sandinista de Nicaragua (20).

iv) La consolidación de la tesis de que el hombre, por serlo, tiene derechos inalienables y que el respeto de sus derechos constituye una de las normas fundamentales del Derecho internacional público contemporáneo, contribuye también a la necesidad de establecer una misma protección jurídica para los combatientes, los prisioneros y el personal no implicado activamente en las hostilidades sea cual sea la naturaleza, internacional o no, de un conflicto armado (21). ¿Qué justificación lógica, moral o jurídica, puede encontrar la concesión de una seria protección jurídica para la población civil (la prohibición del secuestro, la violación, la tortura, la destrucción de hospitales, iglesias [...]) o su propiedad privada, así como para los combatientes y prisioneros, y la proscripción de las armas que causen

(20) Sentencia de 27 de junio de 1986 cit. (*supra* nota 8), pp. 146 y 123 ss.

(21) Sobre la relación, y su resultado, entre las normas de Derecho internacional humanitario y las relativas a los derechos humanos respecto de los conflictos y disturbios armados internos, desde un punto de vista más detallado y analítico que el que yo sugiero en el texto, véase KOIJMANS, P.H.: “In the shadowland between civil wars and civil strife: Some reflections on the standard-setting process”, *Humanitarian Law of armed conflict. Challenges ahead*, A.J.M. DELISSON y G.J. TANJA (Edits), TMC Asser Institute, Nijhoff, La Haya, 1991, pp. 225-47.

sufrimientos innecesarios y de ciertas formas de hacer la guerra en el caso de un conflicto entre dos o más Estados, y no establecer las mismas prohibiciones, proscripciones y protecciones cuando los el estruendo de los cañones tiene lugar en el interior de los confines de unas fronteras estatales?. ¿No tienen los ciudadanos del Estado A, en el que ha estallado un conflicto armado, los mismo derechos que los ciudadanos que pueblan los Estados B y C que han entrado, el uno contra el otro, en guerra abierta?.

Si aceptamos la idea, fresca y cristalina como el agua de manantial, que las normas del Derecho internacional humanitario no son sino reflejo específico, en un tema dado, de algunos principios fundamentales de humanidad, que forman el corazón mismo de los derechos del hombre acogidos por Declaraciones y tratados internacionales, ¿nos queda, acaso, salida alguna que no nos lleve a clamar por el abandono jurídico-formal de la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales?.

14. Especialmente importante me parece un aspecto concreto. Si, en general, todo tipo de conflicto armado debiera ser regulado por un mismo Derecho humanitario, ello me parece singularmente evidente respecto de la responsabilidad penal de los individuos culpables de haber cometido violaciones del Derecho de la guerra.

Y, por ser más preciso: ¿Acaso los culpables de lo que serían crímenes de guerra no podrían ser acusados de violar el Derecho internacional, y en consecuencia ser declarada su responsabilidad internacional, si dichos crímenes se cometen en el marco de un conflicto interno y sí si éste tiene carácter internacional?.

3.2. *Respecto de un problema concreto: El castigo de las personas responsables de crímenes de guerra.*

15. Sabemos ya (22) que, tras la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Internacional de Nuremberg consideró que las personas físicas pueden incurrir en responsabilidad penal internacional, aunque la misma no figure contemplada en un tratado internacional, por violación de normas internacionales consuetudinarias y, en concreto, condenó a las autoridades del régimen nazi por la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra

(22) Sobre esta cuestión véase en general GUTIÉRREZ ESPADA cit. (*supra* nota 7), pp. 232 ss.

y contra la humanidad. A juicio del Tribunal, el inequívoco reconocimiento por los Estados del Derecho de la guerra y la práctica estatal manifestada en pronunciamientos oficiales, declaraciones y decisiones de los tribunales, datos reveladores de la intención de castigar a las personas culpables de esas violaciones, implicaban la existencia de normas generales de Derecho internacional que establecían la obligación para los seres humanos individuales de respetar el Derecho de los conflictos armados, y cuyo desconocimiento provocaría su responsabilidad penal internacional (23).

Los llamados “Principios de Nuremberg” fueron enseguida reafirmados por la Asamblea General de la ONU, y más tarde reformulados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (24).

También sabemos que la CDI ha elaborado un *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* (25), en el que se incluyen “los crímenes de guerra excepcionalmente graves”, crímenes, todos, que pueden ser castigados por los Estados en aplicación del principio de “jurisdicción universal” (es decir, todo Estado que aprese a una de esas personas o lo juzga y condena con la severidad adecuada a la gravedad del delito o lo extradita a otros Estados que puedan demandarlo) (26).

Comisión que ha adoptado, igualmente, un Proyecto de Estatuto de Tribunal Internacional permanente que podrá enjuiciar, *inter alia*, a quienes cometan “violaciones graves del Derecho relativo a los conflictos armados” (27).

(23) *The Trial of major war criminals: Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany*, Nuremberg, 1950, parte 22, pp. 445 ss., 467.

(24) Resolución 95 (I), de 11 de diciembre 1946; y *Yearbook of the International Law Commission*, 1950-II, pp. 364 ss. (en pp. 374-80).

(25) *Anuario de la CDI*, 1991, II, Segunda Parte, pp. 85-116.

(26) El art. 6 del Proyecto de Código de la CDI dice así:

“1. El Estado en cuyo territorio se encuentre el presente autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad deberá juzgarlo o conceder su extradición.

2. Si son varios los Estados que solicitan la extradición, se tendrá en cuenta especialmente la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no prejuzgarán la creación y la competencia de un Tribunal Penal Internacional”.

El art. 6 se acompaña de un asterisco en el que se indica: “Este artículo volverá a examinarse si se crea un Tribunal Penal Internacional” (los comentarios al art. 6 pueden consultarse en *Anuario CDI*, 1988, II, Segunda Parte, p. 73).

(27) Proyecto de Estatuto de un Tribunal Permanente Internacional, “Informe de la CDI a la Asamblea General sobre los trabajos de su 46 período de sesiones (2 mayo - 22 julio 1994)”, *Documentos oficiales de la Asamblea General en su 49 período de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/49/10)*.

Del mismo modo, es forzoso citar la práctica de la ONU: El Consejo de Seguridad decidió crear un Tribunal Internacional para juzgar a las personas responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia (1991) y, posteriormente, para los hechos ocurridos en la guerra civil de Ruanda (1994) (28).

Y obsérvese que ni los citados trabajos de la CDI ni en las resoluciones del Consejo de Seguridad se especifica que la responsabilidad de los individuos culpables debe estar necesariamente ligada a la naturaleza *internacional* del conflicto; más aún, en el caso de la antigua Yugoslavia (y sin duda posible ya en el de Ruanda) la naturaleza interna del conflicto en cuestión no es descartable.

16. Las observaciones apuntadas son relevantes porque cuando el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia decidió enjuiciar al Sr. Tadic por crímenes de guerra contra los prisioneros a su cargo (29) y su decisión impugnada por los abogados del acusado ante la Cámara de apelación, estos argumentaron que la violación del Derecho de la guerra *cuando se comete en el marco de un conflicto armado interno* no podía generar la responsabilidad penal internacional de los presuntos culpables, pues, a su juicio, el Derecho internacional en vigor sobre el tema no contempla, no ha previsto, medida de sanción alguna por la violación de las normas establecidas para los conflictos armados no internacionales (30). ¿Es esto así?

Hay algo cierto: El art. 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra no contiene ninguna referencia explícita a la responsabilidad criminal por la violación de sus disposiciones, ni tampoco lo hace el Protocolo II, relativo este, como aquel artículo, a los conflictos armados no internacionales, salvo para regular los principios procesales mínimos que los Estados partes deberán adoptar en su *Derecho interno* cuando sancionen a los

(28) Res. 827, de 25 mayo 1993; Res. 955, de 8 noviembre 1994

(29) Decisión sobre la moción de la Defensa acerca de la jurisdicción del Tribunal, de 10 agosto 1995, as. Đusko Tadic núm. IT-94-I-T, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Naciones Unidas, 1995.

(30) *Vid. ad ex.* Sobre esta cuestión en general. Ch. Meindersma: "violations of common article 3 of the Geneva Conventions as violations of the laws or customs of war under article 3 of Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *Netherlands International Law Review*, XLII (1995), núm. 3, pp. 375-97 (sobre todo pp. 387 ss.).

combatientes capturados o a quienes, en definitiva, han perdido la guerra civil (art. 6 del Protocolo II); no se trata, evidentemente, de responsabilidad *internacional*. Que la represión de las infracciones del art. 3 común y el Protocolo II constituyen, fundamental e, incluso, básicamente, cuestión interna (competencia de los Tribunales nacionales), es, por tanto, la conclusión inevitable de la doctrina, que personalmente comparto, aunque no puede ignorarse el hecho de que la creación de Tribunales internacionales *ad hoc* (antigua Yugoslavia y Ruanda) empuja claramente en pro de la extensión de las normas del Derecho humanitario (incluidas las relativas a la responsabilidad penal individual) a los conflictos armados no internacionales (31).

En mi opinión, sin embargo, la existencia de normas generales que establecieran la responsabilidad internacional de quienes violan el Derecho de los conflictos armados internacionales, haría absurdo y contrario a las consideraciones de humanidad más elementales cuyo respeto parece en el Derecho de la Guerra una cuestión clave (32), confinar dichas normas únicamente en el ámbito de ese tipo de conflictos armados. Pero ¿existen esas normas generales?. Pues es muy posible que existan ya o al menos, y esto es seguro, que están avanzando a buen paso por el camino de su formación; y apoyo esta impresión en las ideas siguientes:

— *Primero*, en la práctica sentada por las decisiones del Tribunal Internacional de Nuremberg (1945), la asunción de su “doctrina” por la Asamblea General de la ONU (1946) y su sistematización por la Comisión de Derecho internacional (1950).

— *Segundo*, porque parece clara una *opinio iuris* en el sentido de que las violaciones graves del Derecho de los conflictos armados suponen

(31) Vid. ad ex. FERNÁNDEZ FLORES, J.L.: “La represión de las infracciones del Protocolo II”, *II Jornadas de Derecho internacional humanitario (4 y 5 de mayo de 1989)*, Cruz Roja Española-AIETI-Universidad, Sevilla, 1990, pp. 57-67; y, sobre todo, Meron, Th.: “International criminalization of internal atrocities”, *American Journal of International Law*, 89 (1995), núm. 3, pp. 540-77.

(32) Recuérdese la vigencia y actualidad (desde los primeros Convenios de La Haya regulando el *ius in bello*) de la denominada cláusula Martens en el conjunto del Derecho de los conflictos armados. Más aún, ¿no resulta significativo que, en su Preámbulo, el Protocolo II haga una expresa referencia a la misma?:

“ (...) en los casos no previstos por el Derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

para sus autores la comisión de un crimen internacional, *opinio* que se manifiesta:

-) En el mismo Protocolo I, que obliga a los Estados partes a reprimir las infracciones a sus disposiciones (considerando expresamente las infracciones graves como *crímenes de guerra*), y a procesar penalmente o a cooperar en materia de extradición y a tener “debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada”, instituyendo, incluso, una Comisión Internacional de Encuesta con competencias para investigar cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave de los Convenios de Ginebra o del Protocolo I (arts. 85-91 de éste).
-) En los citados trabajos de la CDI (Proyecto de Código, y Proyecto de estatuto de un Tribunal permanente).
-) En las decisiones del Consejo de Seguridad de crear Tribunales penales de carácter *ad hoc* (para la antigua Yugoslavia y en el caso de Ruanda), decisiones, recuerdese, que se toman *ex art.* 25 de la Carta, esto es, como resoluciones obligatorias jurídicamente para todos sus Estados miembros.
-) Y, asimismo, en la tipificación de esas acciones como delitos gravísimos, penados adecuadamente a su naturaleza y gravedad, en los Manuales militares de numerosos Estados y en sus Códigos o leyes penales. En relación con España el nuevo Código penal (1995) recoge con detalle toda una serie de conductas contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, inspirándose estrechamente en los Convenios de La Haya (1899 y 1907), de Ginebra (1949) y los Protocolos I y II (1977), y fijando penas que oscilan entre las más leves (prisión de seis meses a dos años) y las más graves (de diez a quince años) (33).

— *Y tercero*, porque esa *opinio iuris* se va aplicando en la práctica, se actúa”: así, el Tribunal para la antigua Yugoslavia ya está en marcha y con sus primeros asuntos, y más y mejor, podría decirse, de las jurisdicciones nacionales de los Estados en cumplimiento de sus leyes penales antes apuntadas.

En conclusión, la responsabilidad penal de los individuos culpables de violaciones del Derecho de la guerra en los conflictos armados internos

(33) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, arts. 608-14 (Código que entró en vigor el 25 de mayo de 1996).

vendría exigida por la existencia de normas internacionales que consagran la misma en el caso de los conflictos armados internacionales, y cuya extensión a aquellos resulta de exigencias elementales de lógica, sentido común y con base en principios de humanidad. Esta interpretación que hago ha encontrado apoyo en la decisión de la Cámara de apelación del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el asunto Tadic (34), que se convierte así en un importante dato de la práctica en este sentido.

Decisión que, además, acepta la existencia de una práctica internacional directamente referida a y en los conflictos internos (y cita decisiones de órganos judiciales nigerianos respecto de la guerra civil en ese país, manuales militares de Alemania [1992], Nueva Zelanda [1992], Estados Unidos [1956] y el Reino Unido [1958], legislaciones nacionales en aplicación de los Convenios de Ginebra (antigua Yugoslavia [1978 y 1990], Bosnia [1992], Bélgica [1993], y resoluciones de la Asamblea General [Somalia...]) suficiente para poder sostener que:

“Todos estos factores confirman que el Derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad criminal por serias violaciones del art. 3 común, tal y como resulta complementado por otros principios generales y reglas sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, y por la violación de algunos principios y reglas fundamentales relativos a los medios y métodos de combate en las guerras civiles” (35).

A los actos que la Decisión cita expresamente cabría, sin duda, añadir otros de interés: me refiero, naturalmente, a numerosas declaraciones del Presidente del Consejo de Seguridad de la ONU y, mejor aún, resoluciones del mismo, en las que este Organismo condena todas las violaciones del Derecho humanitario y reclama la responsabilidad internacional de las personas físicas que las comenten; esas resoluciones se toman en relación con un conflicto como el que estalló en la antigua Yugoslavia (Croacia y Eslovenia en primer lugar) y se condensó finalmente en el Estado, soberano ya, de Bosnia-Herzegovina (36), y asimismo, por si hubiera alguna duda (sobre la invocación, digo, de la responsabilidad penal de los indivi-

(34) Decisión cit. (nota 6), p. 68, párrafos 128-29.

(35) Decisión cit. (nota 6), pp. 69-70, párrafo 132.

(36) Por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, Res. 787, de 16 noviembre 1992, párrafo 7; Res. 819, de 16 abril 1993, párrafo 7; Res. 827, de 25 mayo 1993, párrafo 2; Res. 859, de 24 agosto 1993, párrafo 7.

duos en el marco de un conflicto armado interno *in actu*) también en relación con la guerra civil de Ruanda (37).

Hermosas ideas, sin duda, pero cuando el internacionalista intenta acercarse honestamente a la realidad de los hechos lo que recuerda son conductas terribles en Nicaragua o El Salvador, atrocidades (que han dado la vuelta al mundo en los medios escritos y gráficos) en la guerra civil de Liberia, matanzas indiscriminadas en Chechenia, y un genocidio bárbaro que parece propio de tiempos peores en Ruanda; todos ellos conflictos internos de la década de los ochenta y noventa, y conflictos, todos ellos, en los que la sustanciación de las responsabilidades penales (¿o no las ha habido por ventura?) no se ha producido salvo, tal vez, excepciones, que por lo demás, no han trascendido. No, cuando un observador desea concluir, honestamente, su reflexión, debe decir que la Cámara de apelación, al concluir tan tajantemente como lo hace, que según las normas generales del Derecho internacional las culpables de violaciones graves del Derecho humanitario en el marco de los conflictos internos son responsables desde el punto de vista del Derecho internacional público y deben en consecuencia ser castigados, se comporta con más voluntarismo que acierto; al menos hasta hoy (38). En su opinión separada, el juez Li, uno de los integrantes de la Cámara, ha considerado también que no existen normas consuetudinarias aplicables a los conflictos internos que establezcan la responsabilidad individual en los supuestos que se recogen en el art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra (39).

Cuestión distinta es que esa posibilidad deba defenderse y apoyarse y que, como es de esperar, la misma camine hacia su consolidación en la práctica por el peso cada vez mayor de una *opinio* cada vez más general.

Cuestión distinta es, también, que en el asunto Tadic, la justicia material haya triunfado, porque con independencia de las dudas acerca de si existen ya o no normas consuetudinarias que declaren su responsabilidad penal internacional (si el conflicto se califica de interno, como el acusado defendía) lo cierto es que todas las facciones en lucha en el territorio de Bosnia-Herzegovina habían concertado, a iniciativa del CICR, los Acuerdos de 22 de mayo y 1 de octubre de 1992 por los que se compro-

(37) Res. 935, de 1 julio 1994, párrafo 3 del Preámbulo; y sobre todo res. 955, de 8 noviembre 1994, que establece el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

(38) *Vid.* en este sentido las consideraciones de Sassòli, cit. (*supra* nota 9), pp. 128-30.

(39) *Vid.* su argumentación, en especial cuando compara el Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia con el de Ruanda en este punto: "Separate Opinion of judge Li...", párrafos 10-12 (Decisión ... cit. [nota 6], pp. 3-4 de la Opinión).

metieron a “castigar a los responsas es de las violaciones del Derecho internacional humanitario” (40), Acuerdos ambos que las Partes decidieron aplicar en los que parecían considerar un conflicto armado interno y no internacional (41).

(40) Artículos 5.2 del primero y arts. 3.1 y 4.1 y 4.2 del 2.º

(41) Decisión cit. (nota 6), pp. 71, 40, 47, párrafos 136, 73 y 83.