

C E S E D E N .

LA REGULACION JURIDICA DE LA GUERRA
(Primera parte)

- Por D. Jose Luis RODRIGUEZ-VILLA
SANTE Y PRIETO, Coronel Auditor.

Abril 1988.

BOLETIN DE INFORMACION nº 209-X.

I.- INTRODUCCION

La guerra o, más genéricamente, los conflictos armados -como toda realidad social- son objeto de atención y regulación por el derecho, a través de normas jurídicas que tratan de evitarlos, prohibirlos o reglamentarlos. La guerra, como dice -- FERNANDEZ FLORES, no es el silencio del derecho -que no puede de sentenderse de este fenómeno social- sino uno de los ámbitos de la normatividad jurídico internacional. Ello quiere decir que -- está regulada por una serie de normas de naturaleza internacional que tienen, en principio, validez para todos los Estados de la - Comunidad Internacional. La guerra puede ser un fenómeno contrario al derecho (antijurídico) pero no es algo que pueda quedar - fuera o al margen de la regulación normativa (no es un fenómeno meta-jurídico).

La regulación jurídica de la guerra guarda estrecha relación con lo que denomina ROUSSEAU actitud del Derecho Internacional ante los conflictos armados, con la evolución de las -- concepciones jurídicas sobre la guerra. Frente a los autores que creen que la guerra es un fenómeno extraño o incluso superior al derecho, la opinión dominante estima que la guerra es un fenómeno contrario al derecho que -ante su existencia (inevitabilidad, para algunos)- debe ser regulada por normas jurídicas adecuadas para tratar de humanizarla, con independencia de sus causas.

Entre las afirmaciones extremas que glorifican la -- guerra sin reservas o la condenan sistemáticamente, no faltan au tores que consideran el recurso a la fuerza un mal necesario en ciertas condiciones, rechazando la guerra de agresión y admitiendo el conflicto en los supuestos de legítima defensa. Ahora bien, para MAYOR ZARAGOZA, no hay ninguna razón genética que avale un comportamiento belicoso, ni el curso de la evolución humana favorece a quienes mantienen actitudes agresivas. "La biología no --

condena a la humanidad a la guerra", fenómeno peculiar de la condición humana que no se presenta en animal alguno. Sin embargo, existen hoy en el mundo decenas de conflictos armados e incluso la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja (1986) comprobó con inquietud el aumento del número de conflictos armados en curso y la prolongación de varios de ellos. La regulación jurídica de la guerra y, más concretamente el Derecho Humanitario, es así un "derecho para la supervivencia de la humanidad" (Alexandre - HAY).

Durante siglos se admitió la guerra como sanción internacional en una Comunidad que carecía de los medios de coerción interna propios de los Estados que la integran (DIEZ DE VELASCO).

La teoría de la guerra justa, elaborada a partir del Siglo XVI por la Escuela española del Derecho Natural (VITORIA, SUAREZ, AYALA, e inspirada en la noción de guerra justa de SANTO TOMAS DE AQUINO) se basaba en el cumplimiento de cuatro condiciones necesarias: justo título (declaración de guerra por la autoridad competente), justa causa (motivo justo y proporcionado a los males que ocasiona una guerra), necesidad (ausencia de otro medio adecuado para reparar el mal causado y obtener justicia) y conducción justa de la guerra (tanto en el empleo de medios y modos como en la preparación del restablecimiento de la paz). Las objeciones a esta teoría (falta de participación del pueblo en la decisión de acudir a la guerra, apreciación subjetiva por los Estados de la justicia de su propia causa y posibilidad de que una guerra sea justa para las dos partes en conflicto) facilitaron su abandono en el Renacimiento, cuya fórmula ("la necesidad justifica la guerra") es desarrollada por el pensamiento alemán (LUTERO, KANT FICHTE y HEGEL) hasta llegar a la afirmación de NIETZSCHE: "una guerra favorable justifica toda causa" (C. ROUSSEAU).

Para OPPENHEIM las causas de la guerra residen en el hecho de que el desarrollo de la humanidad está íntimamente relacionado con la evolución nacional de los Estados. En efecto, han sido históricamente y son en la actualidad causas de los conflictos armados: la adquisición de nuevos territorios por conquista, la causa de la unidad o independencia nacional, la ambición y rivalidad entre los Estados, los credos religiosos y políticos, los intereses económicos y, sobre todo, la imperfección de la organización internacional hasta ahora incapaz de imponer la aplicación coactiva del Derecho Internacional por Tribunales dotados de jurisdicción obligatoria y de prohibir eficazmente el recurso a la fuerza. En nuestra época, bajo la doble influencia de las doctrinas políticas y el progreso técnico, aparece la teoría de la guerra total que considera obsoletas las normas del Derecho -

Internacional Humanitario. C. ROUSSEAU la caracteriza por su dimensión espacial (es una guerra universal por el número de naciones beligerantes, porque el teatro de la guerra excede de su territorio y porque afecta a los no combatientes) y por su extensión temporal (acaba solo con la rendición incondicional, afecta a terceros Estados y se prolonga con la guerra fría después del fin de las hostilidades).

Mientras el recurso a la guerra era una prerrogativa de la soberanía nacional (OPPENHEIM) -instrumento reconocido de política nacional- la justicia de las causas de la guerra no tenía relevancia jurídica, de forma que toda guerra era "justa". Sin embargo, la evolución de la Comunidad Internacional después de la Primera Guerra Mundial ha cambiado radicalmente este planteamiento. En efecto, la abolición de la guerra como instrumento de política nacional se establece en el Tratado de París de 27 de Agosto de 1928, llamado Pacto Briand-Kellogg. Posteriormente, el artículo 2, párrafos 3 y 4, de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe terminantemente el recurso a la guerra, extendiendo esta proscripción a todo acto de fuerza y a toda amenaza de emplear la guerra en las relaciones internacionales. Así pudo escribir SCHELLE que, en virtud de estas normas, se ha producido la abolición de la competencia de guerra que el antiguo Derecho Internacional reconocía a los Estados soberanos. Y para OPPENHEIM parece posible distinguir entre guerras justas e injustas (legales e ilegales), siendo estas últimas las iniciadas violando los principios de la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado de París de renuncia a la guerra.

Como consecuencia de toda esta evolución, algunos autores sostuvieron la opinión de que, estando prohibida la guerra, sería minar la confianza de la opinión pública sobre la eficacia de la Organización de Naciones Unidas, la aprobación de normas de aplicación en la guerra (Derecho de la guerra); y ello significó el escaso desarrollo de las reglas internacionales sobre el uso de la fuerza (Derecho de La Haya). Por el contrario, según NAHLIK, el Comité Internacional de la Cruz Roja fue más pragmático al promover el progreso del llamado Derecho Internacional Humanitario (Derecho de Ginebra, sobre protección de las personas contra el abuso de la fuerza en caso de conflicto armado), pues las guerras se producen a pesar de todo y hay situaciones en las que se admite recurrir a la fuerza, conforme a la Carta de las Naciones Unidas (legítima defensa, acción preventiva o represiva ordenada por el Consejo de Seguridad de la ONU o aplicación del principio del derecho de los pueblos a su libre determinación). En las guerras hay siempre personas que sufren y a ellas se aplica el Derecho de la Guerra -particularmente el Derecho Internacional Humanitario- con independencia de las causas del conflicto.

to armado. En este sentido, la misma prohibición del uso de la fuerza no excluye toda posibilidad de lucha armada, pues el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce el derecho de legítima defensa. Y el artículo 42 de la Carta autoriza al Consejo de Seguridad de la ONU, en los casos de amenaza o quebrantamiento de la paz o actos de agresión, a adoptar las medidas necesarias por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres. -- Guerras de policía definidas por FERNANDEZ FLORES como "lucha armada entre las Naciones Unidas y una autoridad de hecho o de derecho, con la intención, en las primeras, de restablecer la paz" Concepto que encuentra apoyo en la Carta de la ONU que estableció la creación de unas fuerzas armadas (artículo 43) organizadas (artículos 43 a 47), para poder realizar acciones de fuerza (artículo 42), con el fin de mantener o restablecer la paz -- (artículo 39). No cabe duda de que las hostilidades iniciadas para la ejecución colectiva del Derecho Internacional -- comparables con la ejecución del derecho contra el trasgresor de la ley -- presentan las características habituales de la guerra y por ello la regulación jurídica de los conflictos armados (particularmente -- el Derecho Internacional Humanitario) debe ser aplicable a estas guerras de policía (OPPENHEIM). En todo caso, los supuestos de legítima defensa contra una agresión y las guerras de policía, reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, demuestran que pueden existir guerras o conflictos armados admitidos y regulados por el Derecho Internacional.

Ahora bien, la regulación jurídica de la guerra no significa la legitimación de los conflictos armados. Por eso, -- en el Preámbulo del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra (de 12 de Agosto de 1949), aprobado el 10 de Junio de 1977, se recuerda que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, todo Estado tiene el deber de abstenerse en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza -- contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. De manera que, como dice BRUNO ZIMMERMANN, el mantenimiento de la paz no debe -- ser -- simplemente -- un deseo de las Partes contratantes, sino "una regla imperativa de Derecho Internacional" (ius cogens). Y para que no exista la menor duda, en el mismo Preámbulo se expresa -- que ninguna disposición, ni del Protocolo ni de los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, puede interpretarse en el sentido de que legitime o autorice cualquier acto de agresión u -- otro uso de la fuerza incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. La doctrina se deduce de los artículos 4 (Estatuto Jurídico de las Partes en conflicto) y 5.5. (Designación de las Potencias protectoras) del mismo Protocolo I, artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y artículo 53 del Tratado de Viena sobre el derecho de los tratados.

Para encontrar el fundamento del Derecho de la Guerra hay que explicar la paradoja que subyace en la regulación jurídica de los conflictos armados. Sorprende, en efecto, comprobar que existe un ordenamiento jurídico cuyo objeto es reglamentar actos que consisten -principal y esencialmente- en las más graves violaciones del precepto básico de todo el derecho: "nemi nen laede", no dañar a nadie (MEYROWITZ). Sin embargo, sí existe un Derecho de la Guerra imperativo, ¿cuál es la razón de esa -- obligatoriedad?. Para buscar el fundamento de la necesidad de -- una regulación jurídica de los conflictos armados es preciso indagar en la existencia de los principios generales del Derecho -- de la Guerra o "Cláusula Martens" (Las personas civiles y los -- combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública). Principios que emanan de los usos y costumbres de la -- guerra (Derecho consuetudinario) y de los Convenios y Tratados -- internacionales (Derecho convencional), entre los que podemos -- destacar: el principio de inmunidad de la población civil no combatiente (principio de discriminación), el principio de la pro-- hibición de causar males superfluos, el principio de la propor-- cionalidad entre los medios empleados y los objetivos propuestos, el principio de igualdad de los beligerantes ante el derecho de la guerra, el principio de reciprocidad y el principio de humanidad (pro tección de las personas afectadas por los males que causa el conflicto armado). Pero el verdadero fundamento del Derecho de la Guerra, del que los "prin cipios" no son más que meras -aunque importantes- expresiones, -- es el principio de conservación de la humanidad o derecho a la -- supervivencia. Alexander HAY en la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja señaló que en todas las civilizaciones cultura^s y sistemas políticos, existen imperativos morales, religiosos, -- ideológicos, éticos y políticos, que exigen que se respete a -- quien no puede combatir y se le de un trato humano. El Derecho -- de la Guerra es un derecho para la supervivencia de la humanidad y es una realidad vital el hecho de que el Derecho Humanitario -- sea garante de la supervivencia de individuos, heridos, enfermos, náufragos, combatientes y civiles , incluso de poblaciones o de civilizaciones enteras (VEUTHEY). Así, MEYROWITZ pudo escribir -- que el fundamento del Derecho de la Guerra y del Derecho Humanitario reside en que es un derecho de humanidad, en el doble sentido de este término: compasión (humanidad) y género humano (Hu-- manidad). Conservar a la vez los valores y la especie humana, -- los hombres a través de los principios, pues el Derecho de la -- Guerra puede ser visto como una estrategia para la salvaguardia de la humanidad. Precisamente porque en la guerra todo es contra -- rario a la idea de humanidad, es preciso salvaguardarla y esa es -- la razón de ser y el fundamento de las normas del Derecho de la guerra.

II.- EVOLUCION HISTORICA

2.1. EL ORIGEN DE LAS LEYES Y USOS DE LA GUERRA.

Aunque se ha dicho que la guerra es la madre de la ciencia del derecho de gentes y, ciertamente, las Leyes y usos de la guerra son -en gran parte- las reglas mismas del Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados, hay que reconocer con FERNANDEZ FLORES que, desde el punto de vista histórico, la regulación jurídica de la guerra tiene orígenes relativamente modernos, sin perjuicio de que algunas prácticas primitivas de la guerra deban ser consideradas como remotos antecedentes de las normas vigentes.

Escribe BOUTHOUÏ que, por una parte, en el interior de la tribu, la solidaridad supone costumbres que se podrían llamar humanitarias (ayuda mutua, generosidad, probidad y respeto de la vida humana), y, por el contrario, con el extranjero la costumbre es en general diametralmente opuesta, predominando la animosidad, la astucia, la traición y la deslealtad. Sin embargo, se pueden encontrar costumbres humanitarias en los pueblos primitivos (melanésicos, nilotes, esquimales, indígenas de Oceanía), siendo inmemorial el uso de la devolución del jefe enemigo a cambio de un rescate y la protección de heridos y ancianos. Incluso, como escribió MONTESQUIEU, puede encontrarse en estas prácticas humanitarias el origen de la esclavitud: "el derecho de gentes ha querido que los prisioneros fuesen esclavos, para que no se les matase". Por otra parte, para VEUTHEY se produce una convergencia entre lo humanitario, lo económico (algunos conquistadores consideraron más provechoso gozar del fruto de sus conquistas que devastar y aniquilar el país enemigo) y lo militar (tratados entre los jefes militares de los ejércitos en campaña para garantizar la supervivencia de una clase guerrera). Y, ciertamente, lo que entre los pueblos antiguos puede llamarse -con cierto esfuerzo- Derecho de la Guerra es un conjunto de principios religiosos y éticos (derivados de las grandes religiones limitadoras de la violencia contra los seres humanos), que forman parte de la estructura interna de los grupos humanos antes que de una normativa verdaderamente internacional (FERNANDEZ FLORES).

2.2. LAS NORMAS DE LA GUERRA EN LA ANTIGUEDAD

En el siglo IV antes de Jesucristo, el escritor chino SUN TZU describió en su obra "El Arte de la Guerra" las cos-

tumbres humanitarias de las guerras de su época, que también -- fueron recogidas en el "Libro de Manu" de la civilización india. Se puede decir que las civilizaciones china, hindú, mesopotámica y egipcia conocieron normas sobre la guerra y su legitimidad. En la Biblia se encuentran también normas sobre la guerra no -- exentas de la misma crueldad características de los demás pueblos de la antigüedad. Los egipcios regularon la guerra en el II Si-- glo a. C. Entre los griegos (SOCRATES) aparecen algunas reglas -- humanitarias (TUCIDIDES, en relación con la protección de deter-- minados lugares o el respeto de los enemigos muertos), que se -- observaban más fácilmente en el seno de la misma cultura heléni-- ca antes que con los bárbaros, pues "los griegos pertenecen a -- una familia y son parientes entre sí" (PLATON, en "La República"). Los antiguos griegos y también los romanos regularon el derecho de asilo y el tratamiento de los heridos y prisioneros. ARISTO-- TELES y CICERON introdujeron en la civilización occidental la -- premisa filosófica de la legitimación de la guerra, en su inten-- to de distinguir entre guerras justas e injustas (BASSIOUNI).

2.3. LA EDAD MEDIA

Para OPPENHEIM los orígenes de las leyes actuales de la guerra se encuentran en las prácticas de los beligerantes que surgieron durante la última parte de la Edad Media, pues la crueldad inhumana de los conflictos comenzó a mitigarse por la influencia del cristianismo y la caballería. La Iglesia Católica reguló en algunos Concilios materias propias del Derecho de la guerra. Así, en el Primer, Segundo (que prohibió el uso de la ballesta) y Tercer Concilio de Letrán y en el Primero y Segundo de Lyon. -- Surgen en esta época instituciones para evitar la guerra y para reglamentarla según los principios cristianos de humanidad, como la noción de guerra justa o injusta, la tregua de Dios o la obli-- gación de declarar formalmente la guerra. En el contexto de sus obras teológicas, comienzan los autores a tratar las cuestiones relativas a la guerra, particularmente el "ius ad bellum" con la doctrina de la guerra justa. Pueden citarse las obras de SAN -- AGUSTIN, SANTO TOMAS DE AQUINO ("Summa Theologica") y SAN RAIMUN-- DO DE PEÑAFORT como máximos exponentes de esta importante doctri-- na acerca de la limitación de la guerra.

La civilización islámica, en relación con la prácti-- ca de la guerra, se basa en el Corán, que reglamentó cuidadoso -- samente la conducta guerera y fue desarrollada por -- las enseñanzas de SHAYBANI (s. VIII) y en el "Vikaya" de MAHMUD -- AL-MAHBUD, donde se recogen ciertas reglas de humanización de la guerra. La doctrina musulmana influyó en la civilización occiden--

tal cristiana a través de las Cruzadas -donde se cometieron, sin embargo, graves excesos- y de los contactos del Islam con España, Francia e Italia durante su época de dominación o influencia.

Paralelamente a la evolución del Derecho de la Guerra terrestre, florece en la Edad Media la regulación de la Guerra Marítima con los usos y costumbres de las ciudades mediterráneas. Usos marítimos recopilados en libros como el del Consulado del Mar (Barcelona, siglo XII) los "Rooles de Oleron", las "Reglas de Wisby" o el "Guidon de la mer". Allí se regularon las nacientes instituciones del Derecho de la Guerra en el mar (comercio por vía marítima, presas, neutralidad), alcanzando un desarrollo y una aceptación internacional notoriamente superior a las incipientes normas del derecho terrestre.

2.4. LA EDAD MODERNA

En el siglo XV, a consecuencia de la aparición de los ejércitos profesionales, surgen reglas consuetudinarias que reglamentan los conflictos armados (treguas, prisioneros de guerra), estableciéndose la distinción fundamental entre soldados y no combatientes, y dando lugar al nacimiento de los llamados -- "usos de la guerra" en beneficio de los propios soldados, al crearse una cierta conciencia "de clase" (FERNANDEZ FLORES). No fue ajena a este fenómeno la formulación de una importante base doctrinal sobre la limitación de la guerra y la reglamentación de los conflictos armados. En la denominada Escuela Española del Derecho Natural e Internacional se ocuparon del Derecho de la Guerra: Francisco de VITORIA, Baltasar de AYALA, Luis de MOLINA y Francisco SUAREZ. En la misma época GENTILI y, posteriormente, el holandés Hugo GROCIO sentaron criterios de humanidad y moderación en la regulación de los conflictos, que imprimieron un giro decisivo a la evolución del Derecho de la Guerra (NUSSBAUM). Sin embargo, en el siglo XVI y en la primera mitad del XVII las guerras fueron calificadas como "totales" y alcanzaron su máxima crueldad en la Guerra de los Treinta Años.

La fase histórica siguiente fue la de la formulación de disposiciones normativas contra las formas de guerra que habían llegado a ser rechazadas por la comunidad internacional, como contrarias a los valores comunmente compartidos (BASSIOUNI). En 1621 GUSTAVO ADOLFO DE SUECIA promulgó los "Artículos de las Leyes militares que deben ser observados en tiempos de guerra", prohibiendo a los jefes militares ordenar a sus soldados la comisión de actos ilegales. A partir del Tratado de Westfalia de 1648, se firman múltiples convenios bilaterales (Tratado de --

1673 entre Francia y los Estados Generales, la Convención de -- Bonn de 1689) para regular las relaciones entre los Estados, -- evitar la guerra o reglamentarla. En los Estados Unidos de Amé-- rica las primeras normas sobre el Derecho de la guerra fueron -- promulgadas en 1775 y sus previsiones mantenidas por los "Artí-- culos de Guerra" de 1806.

Pero los verdaderos protagonistas de lo que se lla-- mará el Derecho Humanitario, aparecen en el Siglo de las lu-- ces (NAHLIK), siendo sus principales doctrinarios Juan Jacobo -- ROUSSEAU (Contrato Social) y Emer de VATTEL (Derecho de Gentes), precursores del denominado, después, Derecho de Ginebra.

En el campo de la regulación de la Guerra Marítima también florecen los tratados bilaterales o multilaterales, como la Convención anglo-holandesa de 1689, la "Rule of the ward" inglesa de 1756, la primera Declaración de Neutralidad Armada de -- 1780, la Segunda Liga de Neutralidad Armada de 1800 y las Reglas de Washington de 1871.

2.5. LA EDAD CONTEMPORANEA

Los progresos doctrinales del Siglo XVIII van a sig-- nificar, a partir de la Revolución francesa (después del final -- de las guerras napoleónicas), un decidido avance en las concep-- ciones del Derecho de la Guerra, particularmente desde la segun-- da mitad del Siglo XIX (1850) hasta el comienzo de la Primera -- Guerra Mundial (1914). Prácticas menos severas aisladas llegaron a ser usos (usus in bello) o formas de conducir la guerra, y es-- tos usos a través de la costumbre y de los tratados llegaron a ser reglas jurídicas (OPPENHEIM). Los usos reglamentaron algunas cuestiones de las hostilidades, el comportamiento de las fuerzas armadas en campaña, el respeto a las poblaciones civiles, los po-- deres del ocupante de territorio enemigo y -en contraste con -- la práctica anterior- adoptaron progresivamente los principios -- de necesidad (sólo está justificado hacer uso de la cantidad y -- clase de fuerza necesaria para la derrota del enemigo), humani-- dad (la obtención del objeto de la guerra es compatible con el -- respeto a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y pobla-- ción civil), lealtad y cierto respeto mutuo. En la segunda mitad del Siglo XIX comienza la codificación internacional de las nor-- mas -hasta ahora internas o consuetudinarias (usos o costumbres)- de la guerra. La primera norma verdaderamente internacional es la Declaración de Paris de 1856 sobre la Guerra Marítima (prohibición del corso, relación buque-mercancía y bloqueo). En 1862 publica -- el ginebrino Henry DUNANT su "Recuerdo de Solferino", relatando los horrores vividos en el campo de Solferino (Lombardía, --

1859) y nacía el "Comité de los Cinco" origen del Comité Internacional de la Cruz Roja. La primera consecuencia fue la convocatoria por el Gobierno suizo de la Conferencia Diplomática de 1864, que concluyó con la firma del Convenio de Ginebra del 22 de Agosto de 1864, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña. A partir de ahí, nace la -- Cruz Roja, cuya labor es decisiva para el desarrollo del llamado Derecho Internacional Humanitario.

Muy pronto, en 1868, se aprueba la Declaración de -- San Petersburgo a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra.

Paralelamente, contribuyen la doctrina y las asociaciones científicas al progreso del Derecho de la Guerra. Y así, durante la Guerra de secesión americana se publicaron el 24 de -- abril de 1863 (Orden General nº 100 del Presidente LINCOLN) las "Instrucciones para el gobierno de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña", redactadas por el profesor Francis LIEBER, -- que constituyen la primera tentativa para codificar el Derecho -- de la guerra (ROUSSEAU; OPPENHEIM). Más tarde, el Institut de -- Droit International aprobó el texto conocido como Manual de Oxford de 1880.

A finales del Siglo XIX y principios del Siglo XX se celebran en La HAYA las Conferencias de la Paz de 1899 y 1907, -- que constituyen el más notable intento codificador del Derecho -- de la Guerra (DIEZ DE VELASCO).

La segunda conferencia (1907) revisó y amplió la primera, aprobando catorce Convenios con el siguiente contenido:

- . Convenio I. Arreglo pacífico de los conflictos internacionales.
- . Convenio II. Limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas.
- . Convenio III. Ruptura de hostilidades.
- . Convenio IV. Leyes y costumbres de la guerra terrestre que tiene como anejo el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre". España no lo ratificó por lo que está vigente el Convenio sobre esta materia aprobado por la Conferencia de la Paz de 1899 ratificado por nuestro país.
- . Convenio V. Derechos y deberes de las potencias -- y personas neutrales en caso de guerra terrestre.

- . Convenio VI . Régimen de los buques mercantes al empezar las hostilidades.
- . Convenio VII. Transformación de buques mercantes - en buques de guerra.
- . Convenio VIII. Colocación de minas submarinas automáticas de contacto.
- . Convenio IX. Bombardeo de fuerzas navales en tiempo de guerra.
- . Convenio X. Aplicación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra. Este Convenio se inspira ya en el Convenio de Ginebra de 1906, mucho más desarrollado que el primitivo de 1864.
- . Convenio XI. Restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima.
- . Convenio XII. Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas.
- . Convenio XIII. Derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima. Este convenio no fue ratificado por España que, sin embargo, lo asumió como derecho interno -de modo provisional durante la Primera guerra mundial por Real Decreto de 24 de Noviembre de 1914.
- . Convenio XIV. Declaración acerca de la prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde globos.

Mientras tanto, continuaba el desarrollo del Derecho de Ginebra o Derecho Internacional Humanitario con el nuevo Convenio de Ginebra de 1906 para aliviar la suerte corrida por los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. Desde el campo del control de la guerra, hay que citar el Tratado de Versalles de 1919, que condenó las guerras de agresión, asimismo prohibidas por el Pacto de la Sociedad de Naciones de 1920, y finalmente, el Pacto Briand-Kellogg de 1928, de renuncia a la guerra como instrumento de política internacional.

Volviendo a la reglamentación de la conducción de la guerra, hay que citar el Protocolo de Ginebra de 17 de Junio de 1925 sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.

Antes de la Segunda Guerra Mundial destacan, dentro del Derecho Humanitario, los Convenios de Ginebra de 27 de Julio de 1929, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el relativo al trato de los prisioneros de guerra.

La Guerra Marítima fue regulada, además de los Convenios VI, VII, VIII, IX, XI y XIII de La Haya de 1907, por los Tratados y Acuerdos de Londres de 1930 y 1936, y de Nyon de 1937 sobre la guerra submarina y el Tratado de Montreux de 1936. Normas convencionales o doctrinales sobre el Derecho de la guerra marítima son el Código Stockton de 1900 la Declaración Naval de Londres de 1909 relativa a las leyes de la Guerra Naval, el Manual de Oxford de 1913, el Tratado de Washington de 1922 (referente a los submarinos) y la Convención de La Habana de 1928 sobre la neutralidad marítima.

La Segunda Guerra Mundial significó la quiebra del tradicional Derecho de la Guerra, ya que aparte del Derecho Internacional Humanitario y alguna otra regulación de menor importancia, lo único que ha preocupado es la represión de la guerra misma (FERNANDEZ FLORES). Así, ya la Carta de Londres de 1945 incriminó la guerra, la Carta de las Naciones Unidas -como hemos visto- prohibió la guerra e incluso la amenaza y el uso de la fuerza, salvo los casos de legítima defensa; habiéndose llegado en 1974, por el Comité Especial de las Naciones Unidas, a una definición y codificación de lo que debe entenderse por "agresión" (BASSIOUNI). Al mismo tiempo, comienza la persecución, ya ensayada sin éxito por el artículo 227 del Tratado de Versalles de 1919, de los crímenes contra la paz, contra la humanidad y crímenes de guerra por los Tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, y también por otros tribunales nacionales. Particularmente debe ser citada la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 260 A (III) del 9 de Diciembre de 1948.

La característica más importante del periodo que siguió a la Segunda Guerra Mundial, en cuanto a la regulación del Derecho de la Guerra, fue el gran desarrollo alcanzado por el Derecho Internacional Humanitario, llamado también "Derecho de Ginebra" o Derecho Humanitario bélico. En efecto, el 12 de Agosto de 1949 se firmaron en Ginebra los cuatro Convenios básicos del moderno Derecho Humanitario: I Convenio de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. II Convenio de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar. III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Todos estos Convenios han sido ratificados por España y por la inmensa mayoría de los Estados que integran la Comunidad Internacional, hasta el punto de que son Parte 166 Estados y sólo 6 no los han ratificado (año 1987).

La evolución posterior de la regulación jurídica de los conflictos armados o Derecho de la Guerra hizo desaparecer la frontera, siempre artificial, entre el "Derecho de La Haya" - (reglas interestatales sobre el uso de la fuerza o conducta de la guerra), y el "Derecho de Ginebra" (protección de las personas afectadas por los males de los conflictos armados o abuso de la fuerza), una vez superada la etapa en que se detuvo la obra iniciada en La Haya, inspirándose en la idea de que sería absurdo reglamentar la guerra que se trataba de proscribir totalmente (NAHLIK).

Muy pronto se acordó en La Haya la Convención del 14 de Mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que algunos autores consideran que forma parte, por extensión, del Derecho Internacional Humanitario - (protección de los bienes que no tienen directa relación con las operaciones militares).

Como culminación de este proceso de afirmación del Derecho Humanitario y fruto de la Conferencia diplomática celebrada en Ginebra desde 1974 a 1977, se aprobaron dos Protocolos Adicionales a los de Ginebra de 12 de Agosto de 1949. El Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos armados internacionales y el Protocolo II a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. - Ambos tienen fecha del 8 de Junio de 1977 y no han sido ratificados por España. Los Protocolos, verdadera norma internacional para los Estados partes (a pesar de su modesta denominación), no pretenden sustituir ni modificar, sino ampliar y complementar los básicos Convenios de Ginebra de 1949, pero no han logrado su masiva aceptación.

La existencia real de guerras o conflictos armados, pese a su prohibición formal, impulsó la continua adaptación de la regulación jurídica de la guerra a las armas, convencionales o no, utilizadas por las partes adversas. En cuanto a las armas no convencionales hay que destacar el Convenio de 10 de Abril -- de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción.

Los criterios humanitarios tradicionales -prohibición de utilizar medios de guerra que causen "males superfluos" o "sufrimientos innecesarios" o "no discriminación"- han dejado paso al nuevo principio: el criterio ecológico. Así, se aprobó el Convenio de 10 de Octubre de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Resolución 31/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de Diciembre de 1976).

La labor de las Naciones Unidas en la regulación de los conflictos armados se extendió también a las armas convencionales. Y así, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, aprobó en Ginebra el 10 de Octubre de 1980 los siguientes instrumentos: Convenio sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. -- Protocolo sobre fragmentos no localizables (Protocolo I). Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II) y Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III). Además, en su periodo de sesiones de 1979, la Conferencia aprobó la Resolución sobre los sistemas de armas de pequeño calibre.

Pese a esta preocupación de las Naciones Unidas, no puede decirse que sea satisfactorio el estado actual de la regulación jurídica de la guerra pues, con excepción del Derecho Internacional Humanitario, puede calificarse de caótico y falto de la necesaria codificación, precisado de una revisión de sus textos fundamentales (Convenios de La Haya de 1889 y 1907) y falto de regulación de materias tan importantes como la guerra aérea, algunas armas convencionales (armas de pequeño calibre, de fragmentación y de efecto expansivo) o no convencionales, como las radiológicas (desechos radioactivos) o el arma nuclear (ARRASEN).

III.- FUENTES DEL DERECHO DE LA GUERRA

A. CLASES DE FUENTES.

No cabe duda que el Derecho de la Guerra ha tenido un dilatado origen consuetudinario, es decir: nació de la aceptación por los Estados de lo que, aún hoy, llamamos los "usos y costumbres de la guerra". Estos usos, a través de la costumbre y de los Tratados, llegaron a ser reglas jurídicas (OPPENHEIM). Los autores suelen identificar las fuentes del Derecho de la Guerra con el sistema de fuentes del Derecho Internacional. Sin embargo, es preciso establecer con C. ROUSSEAU que al lado de las fuentes convencionales del Derecho de la Guerra, existen fuentes de origen interno de valor no despreciable, citando como ejemplo las "Instrucciones para el gobierno de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña", redactadas por el profesor LIEBER (1863) y -

publicadas en la Guerra de Secesión americana por el Presidente LINCOLN. Si consideramos como parte del Derecho de la Guerra la represión penal de las infracciones contra las leyes y usos de la guerra, debemos llegar a la conclusión de que hay que contar con el Derecho Interno para establecer una completa regulación jurídica del fenómeno de la guerra.

Sin adentrarnos en la polémica sobre la fundamentación positiva del sistema de fuentes del Derecho Internacional -que ROUSSEAU y DIEZ DE VELASCO encuentran en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia- podemos afirmar, con FERNANDEZ FLORES, que existen las siguientes clases de fuentes:

FUENTES DIRECTAS. Derivadas del consentimiento directo de los Estados bien de forma expresa y escrita como los TRATADOS o (de forma tácita y normalmente no escrita) como la COSTUMBRE INTERNACIONAL. Los PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO también se derivan del consentimiento de los Estados, aún cuando hay que deducir su formulación del conjunto de normas generalmente aceptadas por la Comunidad Internacional.

FUENTES INDIRECTAS. En el caso de los ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, el consentimiento de los Estados es expreso, aunque indirecto y en los ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS su voluntad aparece de forma implícita.

Finalmente, no son fuentes de las que emanan normas jurídico-internacionales sino medios auxiliares o fuentes para la aplicación o interpretación del Derecho Internacional, la jurisprudencia, la doctrina científica y la equidad.

El artículo 7 del XII Convenio de La Haya de 1907 - (Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas), que nunca entró en vigor, establecía como fuentes: las estipulaciones de las convenciones en vigor entre las Partes en litigio, en su defecto el Tribunal aplicará las "reglas del Derecho Internacional" y, si no existieren, resolverá según los principios generales de la justicia y la equidad.

Más moderna y afortunada es la relación de fuentes contenidas en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que aplicará para resolver las controversias que le sean sometidas: a) Las convenciones internacionales b) La costumbre internacional, c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, d) Como medio auxiliar las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Todo ello, sin perjuicio de la facultad de la Corte para decidir un litigio "ex equo et bono" (equidad), si las partes así lo convinieren.

Volviendo al campo concreto de las fuentes del Derecho de la Guerra, hay que citar el artículo 2. apartado b) del Protocolo I de 8 de Junio de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra (de 12 de Agosto de 1949), relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

"Se entiende por "normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados" las contenidas en los acuerdos internacionales de los que son parte las Partes en conflicto, así como los principios y normas generalmente reconocidos de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

B. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Son la primera y más importante fuente del Derecho Internacional y del Derecho de la Guerra. En los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales se manifiesta de modo expreso y escrito el consentimiento de los Estados como creadores de normas jurídicas internacionales. Sin negar la importancia de los llamados tratados-contratos o tratados bilaterales o multilaterales no normativos (particularmente aquellos que ponen fin a la guerra, como el Tratado de Paz), en la regulación jurídica de la guerra tienen la mayor importancia los denominados tratados-ley, tratados-normativos o tratados-fuente. Es decir, los tratados multilaterales normativos, para los que se reserva el nombre de CONVENIOS O CONVENCIONES. Para FERNANDEZ FLORES son instrumentos que tratan de crear normas internacionales, tienen vocación de universalidad y suelen ser abiertos a la ratificación por todos los Estados, para lograr el establecimiento de reglas escritas válidas para el conjunto de la Comunidad Internacional.

Normalmente los Tratados recogen y codifican anteriores usos y costumbres internacionales, pero no faltan casos en que se establecen reglas nuevas o modifican costumbres que han devenido inaceptables para la mayoría de los Estados.

Hay que tener en cuenta que, según el artículo 96 de la Constitución Española, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España (se publica el Instrumento de ratificación en el Boletín Oficial del Estado), formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional (Convención de Viena de 23 de Mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados, ratificada por España). A juicio de SERRANO ALBERCA, el tratado concluido váli-

damente y publicado tiene valor superior al de la ley, aunque inferior a la Constitución, por lo que podrá ser objeto del recurso de inconstitucionalidad en el caso de violar un precepto de la norma fundamental.

C. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Se ha dicho que los usos y costumbres de la guerra son la fuente originaria del Derecho de la Guerra y muchas de sus normas continúan en vigor (FERNANDEZ FLORES). Suele citarse el Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1907, en el sentido de que la idea que preside estas Convenciones es la de revisar las "leyes" y "costumbres" de la guerra y, en defecto de regulación convencional, tanto la población civil como los beligerantes están protegidos por los principios del Derecho de las Naciones "tal como resulta de los usos establecidos entre los pueblos civilizados".

Para los autores, los sujetos de la Comunidad Internacional (fundamentalmente los Estados y también las Organizaciones Internacionales) participan en la formación de la costumbre, que se integra por un elemento material (uso o repetición de actos, prácticas o comportamientos) constituido por precedentes dotados de permanencia, uniformidad y generalidad (FERNANDEZ FLORES) y un elemento espiritual o psicológico ("opinio iuris sive necessitatis") o convicción del carácter obligatorio de la costumbre como norma jurídica.

El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia se refiere a la costumbre internacional como "prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".

La costumbre internacional se reconoce en el Derecho de la Guerra ("usos y costumbres de la Guerra") al incluir entre las "normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados" a "los principios y normas generalmente reconocidos de derecho internacional aplicables a los conflictos armados". (artículo 2, apartado b) del Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra). Y el Artículo 1, número 2. del mismo Protocolo dispone que: "En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos...."

D. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Fuente supletoria de la máxima importancia para el Derecho de la Guerra son los principios generales del derecho de gentes reconocidos por la Comunidad Internacional. Ya hemos visto como eran citados en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, siendo sus precedentes -precisamente en el campo del Derecho de la Guerra- el artículo 7 del XII Convenio de La Haya (Tribunal Internacional de Presas) y la Declaración Naval de Londres de 1909 (Leyes de la Guerra Marítima).

FERNANDEZ FLORES menciona el contenido de la Sentencia de 9 de Abril de 1949 del Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto del Estrecho de Corfú, donde se hacía referencia a "ciertos principios bien reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad, más absolutas en tiempo de paz que en tiempo de guerra". Y, sin duda, existe un explícito reconocimiento de los principios generales de derecho en "los principios y normas generalmente reconocidos de derecho internacional aplicables en los conflictos armados" (Artículo 2, apartado b) del Protocolo I de 1977) y en los "principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública" (artículo 1, número 2 del mismo Protocolo I).

Hay que tener en cuenta que, como dice C. ROUSSEAU, el Derecho de la Guerra es el producto de un compromiso en perpetua adaptación entre los imperativos de la eficacia militar y -- las exigencias de los sentimientos de humanidad. Esta idea fue expresada así por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg - (Sentencia de 1 de Octubre de 1946 en el proceso de los crímenes de guerra): "Con independencia de los tratados, las leyes de la guerra se desligan de los usos y costumbres progresiva y universalmente reconocidos, de la doctrina de los juristas y de la jurisprudencia de los Tribunales militares. Este derecho no es inmutable y se adapta sin cesar a las necesidades de un mundo cambiante. A menudo los tratados no hacen sino expresar y precisar los principios de un derecho ya vigente". Aún cuando para algunos autores los Principios Generales del Derecho Internacional no tienen categoría de fuente autónoma, pues deben estar basados o positivados a través de los Tratados o la costumbre, creemos que -sin perjuicio de que estos principios puedan inspirar las normas convencionales o consuetudinarias o ser utilizados por la jurisprudencia- pueden tener una existencia independiente de estas otras fuentes. Sirviendo como normas supletorias (en defecto de Tratados o costumbres) para colmar las lagunas del Derecho de la Guerra y, más concretamente como "válvula de seguridad" para

otorgar protección a las víctimas de los conflictos armados -- (Cláusula MARTENS).

E. LOS ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Es muy discutido el valor de estos actos como fuentes del Derecho Internacional y, por tanto, del Derecho de la -- Guerra. En principio, son "actos unilaterales" emanados de una -- Organización dotada de personalidad independiente de sus miem--- bros. Aunque en el fondo, se basan en el consentimiento de los -- Estados miembros, expresado en el proceso de formación de la vo- luntad de estos órganos colegiados, a través del voto. En la --- práctica internacional abundan los actos no normativos (que faci- litan el proceso de elaboración de tratados o reglas consuetudi- narias), los que establecen reglas de régimen interior de la Or- ganización y los actos no obligatorios (dictámenes, recomendacio- nes o declaraciones). Siendo muy escasos los actos, resoluciones o decisiones (FERNANDEZ FLORES) que son a la vez normativos (con carácter externo a la Organización) y obligatorios para sus miem- bros. El ejemplo más claro son las Resoluciones de la Asamblea - General de las Naciones Unidas. Las resoluciones obligatorias - son casi inexistentes frente a las no obligatorias que son más numerosas, aunque solo gozan de autoridad moral. Recordemos que la Resolución sobre los sistemas de armas de pequeño calibre, -- aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas el 28 de Sep- tiembre de 1979, "toma nota", "considera", "estima", "invita a - los Gobiernos", "acoge con beneplácito" y "hace un llamamiento a los Gobiernos", pero no regula imperativamente la materia.

F. LAS NORMAS DE DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS COMO FUENTES DEL DERECHO DE LA GUERRA.

Ya hemos dicho que el sistema de fuentes del Dere-- cho internacional no agota en la actualidad -ni tampoco ha sido así históricamente- la regulación jurídica de la guerra. Y ello, tanto en las normas positivas que establecen las "reglas de con- ducta" en los conflictos armados, como en las disposiciones pena- les -comunes o militares- que castigan las infracciones de las leyes y usos de la guerra. Entre las primeras existen algunas -- que pueden alcanzar el máximo rango constitucional (República Fe- deral de Alemania, Dinamarca, Países Bajos), siendo habitual que estas normas de conducta se establezcan en las Ordenanzas, Re-- glamentos de Disciplina o Manuales de Leyes y costumbres de la - Guerra de las Fuerzas Armadas de los diferentes países (ARRASEN). Así, son ejemplos Francia (Reglamento General de Disciplina de -

las Fuerzas Armadas), Suiza (Manual de las Leyes y costumbres de la guerra), Estados Unidos de América (Manual "The law of land warfare"), Marruecos (Reglamento de Disciplina general de las FAR) y España (Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, Ordenanzas particulares de cada Ejército, Reglamento de Campaña de 4 de Enero de 1882 y, con valor exclusivamente interno e informativo, el Manual de Derecho de la Guerra del Ejército de Tierra). - En el campo puramente penal no es aventurado decir que los delitos contra las leyes y usos de la guerra constituyen el contenido tradicional de los Códigos de Justicia Militar, Leyes Penales Militares o capítulos especiales de los Códigos penales ordinarios, al lado de otras infracciones militares o comunes. No faltan tampoco en el Código Penal español los delitos que tipifican infracciones del Derecho de la Guerra (Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado, Delitos contra el derecho de gentes -genocidio- y delitos de piratería), ni en el Código Penal Militar un Título dedicado a los Delitos contra las Leyes y usos de la guerra (artículos 69 a 78)