

## Comentarios al Protocolo I

El Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 es un producto de mediados de los años setenta. Refleja el espíritu de la época que predominaba entonces: la mentalidad de confrontación de la guerra fría; el desafío a Occidente por parte de un «Tercer Mundo» repentinamente asertivo y temporalmente unido; las tendencias de una mayoría inamovible en organizaciones y foros internacionales, intolerante frente a las opiniones discrepantes de una gran minoría influyente; y el cínico sacrificio del sentido común (y del derecho bien fundado) en aras de la conveniencia política.

Muchos de los entonces expertos en derecho internacional humanitario, habiendo dedicado mucha energía a elaborar trabajosamente el texto del Protocolo, antes y después de las difíciles sesiones de la Conferencia Diplomática de los años 1974-1977, se engañaban a sí mismos creyendo que el proceso de elaboración de leyes había concluido finalmente y que todo el mundo viviría feliz con los resultados. Evidentemente, era un cuento de hadas. Por regla general, los cuentos de hadas finalizan con las alentadoras palabras, «los protagonistas vivieron felices». Pero, la vida real comienza precisamente donde termina el cuento de hadas. La cuestión fundamental es saber cómo los protagonistas consiguen vivir tras los festejos. En las relaciones internacionales, el aspecto clave de la elaboración de tratados es la aplicación. Y, desde el punto de vista de la aplicación, evaluada a la luz de veinte años de experiencia, es evidente que el Protocolo ha sido un fracaso. No fue aplicado como tal durante la guerra del Golfo, y algunos de los principales actores en el palenque mundial hacen abiertamente caso omiso de él.

El pleno significado de este hecho ha de ser juzgado en relación con los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. En general, y teniendo en cuenta no sólo el medio siglo transcurrido desde su refundición en la versión actual, sino más de 13 décadas de evolución y práctica, estos Convenios pueden, sin lugar a dudas, enorgullecerse de haber logrado una magnífica plusmarca de aplicación. Es obvio que, en ocasiones, se han producido

errores e incluso graves infracciones en algunos conflictos armados. Pero, en general, es dudoso que exista otro convenio multilateral del mismo porte que haya conseguido, en conjunto y en el mismo lapso un mayor índice de aciertos por lo que atañe a la observancia y a los resultados.

¿Por qué es tan distinto el Protocolo I de 1977 de los Convenios de Ginebra? Ante todo, porque los Convenios reflejan consenso y valores compartidos, mientras que el Protocolo contiene evidentes manzanas de discordia. De acuerdo, seguramente un 85% de las disposiciones del Protocolo no son controvertidas. O bien traducen el derecho internacional consuetudinario vigente o bien —dado que ningún país discute su valor— acabarán cristalizando en derecho internacional consuetudinario, en un futuro próximo. Desafortunadamente, el otro 15% de las estipulaciones del Protocolo es sumamente polémico, a menudo debido a su total impracticabilidad.

Las conflictivas censuras con respecto al Protocolo I excluyen toda posibilidad de que sea aceptado universalmente. A falta de universalidad, el Protocolo en sí (a diferencia de aquellas partes del texto en que se plasma el derecho internacional consuetudinario) es prácticamente inaplicable a un conflicto armado en el que uno o varios de los beligerantes no sean Partes contratantes. La inaplicabilidad —en tiempo de guerra— del Protocolo a las Partes no contratantes plantea un complejo problema a los países aliados por lo que a la formación y a los ejercicios en tiempos de paz se refiere (por ejemplo, en el marco de la OTAN), puesto que no todos esos países están sujetos a las mismas obligaciones jurídicas. Es más, sostengo y pronostico que, incluso en un conflicto armado en el que todos los beligerantes sean Partes contratantes, se pasarán por alto algunas de las normas más caprichosas del Protocolo; razón por la que esas espinosas cláusulas son muy peligrosas y contraproducentes. Son deplorables, no sólo desde el punto de vista del propio Protocolo, puesto que restringen su esperado ámbito de aplicación, sino también desde el punto de vista del derecho internacional humanitario en su conjunto, debido a su posible perjudicial influencia en los Convenios de Ginebra.

La cuestión es que, una vez que los oficiales y soldados de las Partes contratantes se acostumbran a hacer caso omiso de las disposiciones obligatorias del Protocolo, debido a la naturaleza irrealista de las mismas, ese hecho posiblemente —por no decir probablemente— surta un efecto corrosivo sobre la actual buena disposición casi automática de respetar los Convenios de Ginebra. Permítaseme ser más explícito. Pongamos por caso la prohibición general, según el Protocolo, de los ataques dirigidos como represalias contra las personas civiles (art. 51, párr. 6). Esta prohibición

significa que, si la Parte contratante A comete atrocidades contra la población civil de la Parte contratante B, ésta no podrá pagar con la misma moneda a la población civil del Estado A. ¿Pero qué esperaban los redactores del Protocolo que haría el Estado B? ¿Poner la otra mejilla? Más que una proposición militar o política sería parece un dogma religioso. Dado que en el Protocolo no se prevé ninguna respuesta alternativa práctica para el Estado B, lo más probable es que el art. 51, párr. 6 se quede en letra muerta y que —a pesar del claro lenguaje del párrafo— el Estado B recurra a represalias bélicas contra la población civil del Estado A.

Además, y este es el quid del asunto, el desgaste de la reputación y de la autoridad del derecho internacional humanitario no necesariamente se limitará al Protocolo. Al fin de y al cabo, en los Convenios de Ginebra también se prohíben las represalias contra personas protegidas como son los prisioneros de guerra. Si el Estado A fusila a prisioneros de guerra del Estado B, las medidas de represalia del Estado B contra los prisioneros de guerra del Estado A están explícitamente prohibidas en el último párrafo del art. 13 del III Convenio de Ginebra de 1949. Sin embargo, de conformidad con los Convenios de Ginebra, el Estado B dispone de toda una gama de represalias bélicas donde elegir. En cambio, en virtud del Protocolo, casi todas las represalias bélicas están prohibidas. Como ya he dicho, sospecho que el Estado B hará caso omiso de las prohibiciones del Protocolo a este respecto. No obstante, ¿hasta dónde llegará la no observancia del derecho internacional humanitario? Puesto que, de todos modos, al tomar represalias bélicas el Estado B conculcará el derecho internacional humanitario, ¿no hay peligro de que prefiera ejecutar a los prisioneros de guerra del Estado A violando el III Convenio de Ginebra? Dicho con otras palabras, la estricta limitación de las represalias bélicas del Protocolo no sólo es susceptible de errar el tiro, sino de comprometer la, hasta ahora, indiscutible observancia de los Convenios de Ginebra de 1949.

Hay muchos otros defectos en el Protocolo. Aparte del complicado lenguaje del art. 44, en dicha disposición prácticamente se elimina la distinción clásica entre combatientes lícitos e ilícitos<sup>1</sup>. Asimismo, hay importantes puntos relacionados con los mercenarios, los asedios<sup>2</sup>, y

---

<sup>1</sup> Y. Dinstein, «The new Geneva Protocols: A step forward or backward?», *Year Book of World Affairs*, vol. 33, 1979, pp. 269-272.

<sup>2</sup> Y. Dinstein, «Siege warfare and the starvation of civilians», en A.J.M. Delissen y G.J. Tanja (dirs.), *Humanitarian law of armed conflict: Challenges ahead. Essays in honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, pp. 148-152.

algunas de las disposiciones sobre infracciones graves. Una de las innovaciones más absurdas del Protocolo es que, de conformidad con el art. 96, párr. 3, combinado con el art. 1, párr. 4, un grupo de terroristas que se proclame a sí mismo movimiento de liberación nacional que lucha por el derecho a la libre determinación puede hacer una declaración unilateral mediante la que ejercerá los mismos derechos y asumirá las mismas obligaciones que una Parte contratante, a pesar de que los propios terroristas no respeten las normas de un conflicto armado<sup>3</sup>.

Esto no quiere decir que todo el Protocolo I esté viciado. En efecto, hay poca —de haber alguna— interacción entre las variadísimas partes de que se compone el instrumento. Del examen de los trabajos preparatorios iniciales se desprende que el Protocolo es el resultado de la amalgama artificial —hecha por el CICR— de un grupo de propuestas inconexas sobre una variedad de temas<sup>4</sup>. Las medidas en favor de los niños, los procedimientos de identificación de aeronaves sanitarias, los derechos de las organizaciones de protección civil o las estipulaciones relacionadas con los desaparecidos y los fallecidos tienen poca conexión entre sí. Es una lástima que el CICR rehusara, desde el principio, las propuestas encaminadas a tratar por separado temas tan dispares y prefiriera consolidarlos en un proyecto único. En cualquier caso, aunque algunas cláusulas fueron revisadas e incluso excluidas, esa medida no necesariamente tenía por qué repercutir en otras secciones del Protocolo.

Ni que decir tiene que no es posible revisar el Protocolo sin una modificación oficial. Aun así, las modificaciones son una importante herramienta en manos de los redactores de tratados, y hay muchos precedentes de revisiones de instrumentos internacionales que, además, tienen la ventaja del tiempo transcurrido. Cabe hacer referencia, en particular, al Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, del 10 de diciembre de 1982<sup>5</sup>. Con este acuerdo, fruto del deseo de lograr la participación universal en una importante convención<sup>6</sup>, se reconoce la necesidad de revisar el régimen jurídico acordado, y efectivamente introduce muchos cambios en ese sentido. Con suerte, este acuerdo de modificación

---

<sup>3</sup> Y. Dinstein, «Comments», *American University Law Review*, vol. 31, 1982, pp. 849-853.

<sup>4</sup> Y. Dinstein, «Another step in codifying the laws of war», *Year Book of World Affairs*, vol. 28, 1974, pp. 280-282.

<sup>5</sup> *International Legal Materials*, vol. 33, 1994, p. 1309.

<sup>6</sup> V. Preamble, *ibid.*, p. 1311.

será considerado como un precedente digno de ser imitado por las Partes en el Protocolo.

Incluso antes de la aprobación oficial de un instrumento de modificación, se pueden y deben tomar medidas con miras a decidir qué disposiciones del Protocolo I son generalmente aceptables y cuáles precisan una excisión quirúrgica o, al menos, una modificación lingüística. Es una gran satisfacción que el CICR esté costeando actualmente un estudio general realizado por un grupo de expertos en normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario. Si tiene éxito, un estudio de esa índole podría conducir a una evaluación del estatuto exacto de las múltiples disposiciones del Protocolo. Entonces se podrán sentar las bases para llevar a cabo una modificación oficial del instrumento, cuya finalidad principal sería restaurar la universalidad del derecho internacional humanitario.

**Yoram Dinstein**

---

---

**Yoram Dinstein** es profesor de derecho internacional y presidente de la Universidad de Tel Aviv, Israel.

Original: inglés