

6

LA UTILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LOS CONFLICTOS ACTUALES: ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA PRÁCTICA

Francisco Rey Marcos,
codirector del IECAH

FOTO:

Mientras duren las obras de reconstrucción, cruzar el que antaño fuera el mayor puente de Mosul supone una gran pérdida de tiempo para los habitantes de la ciudad iraquí.

© MOHAMED AL BAYATI

«El derecho humanitario es un derecho que se invoca y se defiende a través de la acción. No pertenece ni a los juristas, ni a los especialistas, sino que debe ser conocido y defendido por el mayor número de personas».

Françoise Bouchet-Saulnier,
Diccionario práctico de derecho humanitario

1

INTRODUCCIÓN

Las numerosas situaciones de conflictividad violenta y conflicto armado que vive nuestro mundo, con la guerra en Ucrania como exponente más dramático en el último tiempo, han vuelto a poner sobre el tapete el debate sobre la utilidad de los mecanismos de protección de las víctimas y de las personas afectadas por los conflictos armados y, en general, sobre el derecho internacional aplicable a estas situaciones y muy particularmente el derecho internacional humanitario (DIH). **La evidencia de graves violaciones del DIH por parte, especialmente, de las Fuerzas Armadas rusas y también por las de Ucrania en la guerra, han hecho poner en marcha algunos de los mecanismos de investigación, control y sanción previstos en el derecho internacional con la Corte Penal Internacional (CPI) a la cabeza, y otros *ad hoc*** como la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania auspiciada por la ONU, que ha documentado ejecuciones extrajudiciales, torturas y violaciones cometidas por las fuerzas rusas. Crímenes de guerra tipificados en el DIH y dentro de las competencias de la CPI.

Es evidente que, en este contexto, la obtención de evidencias y pruebas de los presuntos crímenes de guerra cometidos se convierte en una tarea fundamental para que los juicios de las atrocidades sean celebrados en el futuro con rigor y transparencia y sus veredictos no dejen dudas o ambigüedades. Y eso requiere cuantiosos fondos para la indagación y el esclarecimiento de los hechos, y suficiente tiempo para la investigación.¹ Y esto vale en el caso de la guerra en Ucrania y en el resto de los conflictos armados que sufre nuestro mundo.

En cualquier caso, y en espera de que las diversas investigaciones puestas en marcha en Ucrania comiencen a dar resultados y, como ha dicho Amnistía Internacional, exigiendo que «todos los juicios en curso y que se celebren en el futuro sobre presuntos crímenes de guerra deban respetar las normas sobre juicios justos»,² la visión generalizada que se transmite sobre la posible utilidad del DIH y el resto de normas jurídicas aplicables en casos

1

Rey Marcos, F. ¿A alguien le importa el derecho internacional humanitario? (2021). <https://elpais.com/planeta-futuro/red-de-expertos/2022-03-05/a-alguien-le-importa-el-derecho-internacional-humanitario.html>.

2

Amnistía Internacional. Comunicado. Septiembre de 2022. [Ucrania: Obtener pruebas de los presuntos crímenes de guerra es fundamental ahora que Ucrania está recuperando territorio ocupado por Rusia - Amnistía Internacional \(amnesty.org\)](https://www.amnesty.org/es/doclib/obtener-pruebas-de-los-presuntos-crmenes-de-guerra-es-fundamental-ahora-que-ucrania-esta-recuperando-territorio-ocupado-por-rusia/).

de conflicto armado en la actualidad es que sirve de muy poco y que, en general, solo se puede utilizar una vez cometidas las atrocidades. Eso significa que solo sirve, en el mejor de los casos, *a posteriori*. Lo que, siendo cierto, es solo una parte de la realidad que se vive a diario en los escenarios de violencia. Porque el hecho innegable es que cada día, en numerosas situaciones, el DIH contribuye a salvar vidas y a mejorar la situación de las personas afectadas por la violencia y los conflictos armados. No solo, ni fundamentalmente por medio de iniciativas judiciales.

Por eso, como proponía el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) hace algún tiempo, es necesario cambiar la narrativa sobre el DIH poniendo el énfasis y comunicando las evidencias reales de utilidad de las normas humanitarias que sirvan para cambiar la percepción simplista del DIH y del resto de normas aplicables en los conflictos armados,³ ya que es un derecho que se invoca y se defiende a través de la acción, tal como recogíamos en la cita de Françoise Bouchet-Saulnier con la que encabezamos el artículo. Y ese tipo de acciones cotidianas en el ámbito de la acción humanitaria, que tratan de mejorar la protección de las personas por medio del DIH, son por desgracia muy desconocidas o se minusvalora su importancia.

Es necesario cambiar la narrativa sobre el DIH poniendo el énfasis y comunicando las evidencias reales de utilidad de las normas humanitarias

En esa línea el presente artículo pretende, brevemente, dar una visión panorámica sobre algunas iniciativas en marcha para mejorar la protección de las personas afectadas por la violencia causada por los conflictos. Iniciativas que van más allá de los mecanismos convencionales previstos en los Convenios de Ginebra o los Protocolos Adicionales, y que están sirviendo para que numerosas agencias humanitarias sobre el terreno estén incorporando una mirada más amplia a la protección de las posibles víctimas, e incluso a las tareas preventivas y al papel que el DIH puede tener en este aspecto.⁴ El artículo no pretende abordar el tema desde una perspectiva jurídica ortodoxa o académica, sino que trata de incorporar algunas reflexiones de nuestra propia práctica en la materia. En los últimos cinco años he formado parte de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta (CIHE) y podido comprobar, con tristeza, las limitaciones de algunos de los mecanismos convencionales en esta materia. Desde el IECAH hemos participado, también, en numerosas actividades de protección humanitaria y de derechos sobre el terreno o en la formación de agencias humanitarias en este tema y comprobado, también, el potencial que supone, con todas sus limitaciones también, el hecho de que la centralidad de la protección sea reconocida como pilar imprescindible de una acción humanitaria de calidad. Hemos seguido, asimismo, los avances en materia de negociación humanitaria con actores armados no estatales, así como los planteamientos de la llamada diplomacia humanitaria o las iniciativas de «derecho blando» a través de Resoluciones de diversos organismos de Naciones

3

ICRC. Changing the narrative on IHL. Actas de la Conferencia (2017). <https://www.icrc.org/en/document/changing-narrative-ihl>.

4

Sobre el carácter preventivo que puede y debe tener el DIH puede verse Rey Marcos, F. (2019) De respuesta reactiva a acción preventiva: un reto para la acción humanitaria. <https://iecah.org/de-respuesta-reactiva-a-accion-preventiva-un-reto-para-la-accion-humanitaria/> en «Derecho Internacional y prevención de conflictos». Monserrat Abad Castelos y Carmen Martínez Capdevila (dirs). Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, y AEPDIRI (Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales).

Unidas y hemos participado en alguna de ellas. Parece claro que, por diversos motivos, y fundamentalmente por la falta de resultados de los instrumentos convencionales del DIH, se están explorando alternativas que, aunque a veces buscan atajos, puentes, desvíos, pasarelas... para mejorar la protección, se convierten en otras ocasiones en callejones sin salida. El artículo tiene, no lo niego, una cierta dimensión testimonial y autocrítica tras varias décadas de trabajo en el ámbito humanitario.

2

EL «SISTEMA DE EFICACIA» DEL DIH

Lo que debe abordar el DIH es la brecha de credibilidad: lo que la gente ve son principalmente violaciones

Entre los juristas españoles/as y muy especialmente en aquellos/as vinculados con el Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (CEDIH) de la Cruz Roja Española **se ha ido acuñando la utilización de la expresión «sistema de eficacia» para referirse al conjunto de mecanismos de aplicación del DIH, ya tengan un carácter más vinculado con la prevención de las violaciones, con el control del cumplimiento o con la represión de las violaciones.**⁵ Es evidente que por su propio carácter los mecanismos de aplicación del derecho internacional, y dentro de ellos los del DIH, distan mucho de tener la eficiencia y eficacia que caracteriza al derecho interno. Y el DIH vive en estos momentos la paradójica situación de contar, como nunca en la historia, con un desarrollo normativo enorme, pero con unas tasas de eficacia bastante pobres. Como dice la responsable de asuntos jurídicos del CICR, Helen Durham, «el marco legal nunca ha sido más fuerte de lo que es hoy; tenemos más tratados, casos y jurisprudencia, y un alto entendimiento en el público; lo que debe abordarse es la brecha de credibilidad: lo que la gente ve son principalmente violaciones».

De los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales se deriva un sistema de eficacia para el cumplimiento de las normas del DIH, aplicación que se refuerza por la tipificación de los crímenes de guerra en los ordenamientos penales estatales y por la existencia de Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, en particular la CPI. Pero más allá de los mecanismos de sanción y represión este sistema incluiría, entre otras medidas, la incorporación de los Estados al conjunto de los convenios internacionales reguladores de los conflictos armados, el respeto de las normas consuetudinarias, el impulso a los sistemas de aplicación interna del DIH, los mecanismos de investigación o encuesta, o la difusión de las normas humanitarias entre las Fuerzas Armadas y en la sociedad en general. Cuestiones que, pese a algunos avances y a las propuestas de organismos como el CICR, distan mucho de haberse consolidado. Las normas humanitarias se incumplen con frecuencia e impunidad en los conflictos armados actuales. La falta de cumplimiento de sus normas es, sin lugar a dudas, el problema más grave al que se enfrenta el DIH. Entre las razones

5

Puede verse Pérez Gonzalez, M. (2017) El sistema de eficacia del derecho internacional humanitario: Necesidad de su fortalecimiento, en Rodríguez Villasante, J.L. coordinador, Derecho internacional humanitario. Tercera edición. Tirant lo Blanch. Valencia. También en línea y con el enfoque del CEDIH, Cáceres Brun. J. El sistema de eficacia del DIH, en https://www.academia.edu/2044814/El_sistema_de_eficacia_del_DIH.

que se esgrimen clásicamente para explicar dichas violaciones deben apuntarse el stress, la violencia y la ruptura del régimen social y jurídico internacional, característicos en todo conflicto armado, así como el desconocimiento y la no aceptación de sus normas, los casos de falta de disciplina y organización y de obediencia ciega y, naturalmente, la impunidad.⁶

En cualquier caso, existe un gran acuerdo entre juristas y personal humanitario respecto a que, aunque como cualquier disciplina humana el DIH pudiera actualizarse o adaptarse a las nuevas tipologías de conflicto y violencia, no se trata de una cuestión de normas inexistentes o inadecuadas sino de la falta de voluntad para cumplirlas. **A esta constatación ya clásica se ha añadido en las últimas décadas el retroceso en materia de derechos humanos y cumplimiento del DIH al hilo de la mal llamada «guerra global contra el terror» y, en general, de las medidas antiterroristas emprendidas por algunos Estados.** Y, como decíamos al inicio, ha sido este contexto internacional de retrocesos en materia de derechos por parte de algunos Estados que ha puesto de manifiesto la ineficacia de algunos de los mecanismos previstos en el DIH, el que ha impulsado algunas de las iniciativas y mecanismos que analizaremos a continuación.

No se trata de una cuestión de normas inexistentes o inadecuadas, sino de la falta de voluntad para cumplirlas

3

ALGUNOS MECANISMOS CONVENCIONALES

Pese a que desde los orígenes del DIH se preveían e incluían en los Convenios de Ginebra y posteriormente en sus Protocolos Adicionales algunas disposiciones sobre mecanismos de verificación de su cumplimiento, la realidad muestra que los actualmente existentes no están siendo utilizados. Algunos de ellos, como el caso de las llamadas Potencias protectoras previsto en los artículos comunes 8 y 9 de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 5 del Protocolo I de 1977, apenas se han aplicado en algún caso. Un estudio realizado por el CICR para los Estados participantes en el denominado «Proceso intergubernamental para el fortalecimiento del respeto del DIH», que analiza tanto los instrumentos incluidos en el DIH como otros instrumentos internacionales o regionales, pone de manifiesto la debilidad de estos mecanismos y la falta de voluntad para aplicarlos.⁷

Por otro lado, el deber de los Estados de respetar y hacer cumplir el derecho, así como el deber de tipificar en sus legislaciones e incorporar acciones de educación, formación, promoción del DIH, tanto entre las Fuerzas Armadas como en otros ámbitos, tiene, en esencia, un carácter preventivo. La tarea realizada por el CICR, las Sociedades Nacionales del Cruz Roja y Media Luna Roja, otras ONG y algunos Ejércitos es destacada en la materia. En cualquier caso, estas actividades de enseñanza en las Fuerzas

6

Sassòli M. y. Bouvier, A.A. (2003) *Un droit dans la guerre?*, International Committee of the Red Cross, Ginebra, 2003, vol. I.

7

ICRC. *Strengthening Compliance with IHL*, 2015. <https://www.icrc.org/en/document/strengthening-compliance-international-humanitarian-law-ihl-work-icrc-and-swiss-government>.

Armadas, así como otras acciones previstas en el DIH, como la formación en la materia de los miembros de los componentes de grupos armados no estatales, tienen una eficacia compleja de demostrar.

3.1. La Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta (CIHE): los límites de un mecanismo al que no se le deja actuar

Un caso singular de instrumento del sistema de eficacia del DIH, centrado en la investigación y verificación de hechos (*fact finding*) es la CIHE, ya que ha sido creada por un Tratado y tiene un carácter permanente. Para ayudar a asegurar la protección debida a las víctimas de los conflictos armados, el artículo 90 del Primer Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra incorpora el establecimiento de una Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta. **La Comisión está dotada del poder de investigar denuncias de graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I y, a través de los buenos oficios, ayudar a restaurar «una actitud de respeto» hacia ellos. La Comisión puede contribuir, por tanto, a través de varias actividades, a la implementación del DIH.** Ese es su espíritu y su objetivo fundacional.

La Comisión de Encuesta puede contribuir, con varias actividades de investigación y buenos oficios, a la implementación del DIH

En 1991, después de la aceptación de la competencia de la Comisión por veinte Estados parte del Protocolo Adicional I, estos Estados eligieron a los primeros quince miembros de la Comisión por un período de cinco años. Desde entonces se han efectuado elecciones cada cinco años. Al adoptar el artículo 90 del Protocolo Adicional I, los Estados ratifican la competencia de la Comisión y actualmente son unos 75 Estados los que han aceptado su jurisdicción.

Para este propósito, la Comisión ostenta las siguientes competencias:

- (i) Investigar cualquier hecho alegado como grave violación definida en los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I, o cualquier otra violación seria de los Convenios o del Protocolo (artículo 90.c-i). Adicionalmente, la Comisión puede constituir una investigación en otras situaciones (artículo 90.2-d). En ese contexto, la Comisión ha establecido su voluntad de investigar las violaciones del DIH en general, y en particular las que se producen en conflictos armados no internacionales, siempre con el consentimiento de las partes involucradas.
- (ii) Ejercer buenos oficios en orden a facilitar la restauración de una actitud de respeto a los Convenios y al Protocolo Adicional I (artículo 90.2-c-ii). Generalmente, esto significa que puede formular observaciones y sugerencias para promover el cumplimiento de los tratados por parte de las partes en conflicto. Esto puede ser adicional a su rol de investigación, según el artículo 90.2-c-i).
- (iii) Contribuir, en general, a la mejor implementación del DIH.

Para el cumplimiento de sus competencias de investigación y buenos oficios, la Comisión necesita el consentimiento de los Estados concernidos. En el caso de aquellos Estados que han aceptado la competencia de la Comisión a través de la

correspondiente Declaración, este consentimiento se considera cumplido en relación con alegaciones hechas por cualquier otro Estado (artículo 90.2-a). Sin embargo, el artículo 90.2-d provee otra posibilidad en esos casos: incluso cuando una parte no ha aceptado la competencia de la Comisión, la Comisión puede actuar cuando cuenta con el consentimiento de todas las partes involucradas. Tal como explica el Comentario del CICR al respecto:

«Esto significa que cualquier parte en un conflicto armado internacional, incluso si no es parte en el Protocolo, puede dirigirse a la Comisión alegando que se ha producido una grave quiebra o seria violación de los Convenios, lo que muestra la importancia de la creación de la Comisión».⁸

La Comisión es un órgano de investigación y no un tribunal u órgano judicial. No realiza juicios, sino que emite informes sobre los hechos investigados y formula recomendaciones a las partes. La Comisión no puede hacer públicos estos informes y recomendaciones, a menos que las partes en el conflicto lo soliciten (artículo 90.5-c).

La Comisión también ha expresado su disposición para realizar actividades adicionales - cuando sea apropiado en colaboración con otros organismos internacionales, en especial con la Organización de Naciones Unidas - con el propósito de asistir a las víctimas de los conflictos armados. Su disposición está basada en parte en los artículos 89 y 1.1 del Protocolo Adicional I y el artículo 1 común a los Convenios de 1949. En el último tiempo la Comisión también ha desarrollado el marco teórico de lo que podría ser el impulso de su trabajo en materia de buenos oficios.

Sin embargo, la práctica de la CIHE ha sido bastante decepcionante y ha topado con la frecuente negativa de los Estados a permitir su actuación. Uno de los casos más conocido fue el del bombardeo del hospital de Médicos Sin Fronteras (MSF) en Kunduz, Afganistán, en el año 2015. Tras los dramáticos efectos del ataque la organización recurrió a la CIHE que no pudo, pese a la voluntad de sus miembros, iniciar una investigación ante la negativa de los Estados, tanto Afganistán como Estados Unidos. Para la propia MSF, no obstante, «apelar a la CIHE puede parecer inútil, pero sirve para visibilizar los hechos».⁹ El caso de Kunduz puso de manifiesto, una vez más, las limitaciones en el trabajo de la CIHE.

Como en el caso de Kunduz la CIHE, *motu proprio*, ha tratado de poner en marcha investigaciones y, en cumplimiento de lo previsto en el Protocolo I, contactado a los Estados implicados, aunque en la mayor parte de los casos sin obtener respuesta. Por vez primera, en mayo de 2017 la CIHE firmó un acuerdo con la OSCE para la investigación de un incidente ocurrido en Ucrania

8

CICR. Actualización de los Comentarios de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales. <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra> (consultada el 30 de septiembre de 2017).

9

Ver Pozo, A. (2016) Cuando el derecho no protege: retos en relación con el bombardeo de hospitales. En Rey Marcos, Francisco (coord): La acción humanitaria en 2015- 2016: un modelo en crisis. Informe del Observatorio de la Acción Humanitaria. IECAH, Médicos Sin Fronteras, Madrid. <http://iecah.org/index.php/informes/3146-informe-iecah-msf-la-accion-humanitaria-en-2015-2016-un-modelo-en-crisis>.

La práctica de la CIHE ha sido bastante decepcionante y ha topado con la frecuente negativa de los Estados a permitir su actuación

el 23 de abril de 2017 en Pryshyb (Luhansk) y que causó la muerte de un miembro del personal paramédico de la Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM). El hecho fue investigado por la CIHE y sus conclusiones publicadas en septiembre de 2017, lo que constituye un primer caso de puesta en marcha de la Comisión. Puede considerarse que esta misión fue un éxito y despertó expectativas sobre misiones futuras que, lamentablemente, no se han producido.

El éxito de la misión de la CIHE en Ucrania en 2017 despertó expectativas sobre misiones futuras que no se han producido

La CIHE como único organismo de investigación de violaciones del DIH creado por un Tratado tiene por ello algunas ventajas entre las que se encontraría su estabilidad, su carácter imparcial, la capacidad técnica de las personas elegidas para formar parte de ella, su énfasis en lo humanitario o su variada composición. Tiene, sin embargo, debilidades derivadas de su gran dependencia de la voluntad de los Estados para permitirle trabajar y de su falta de capacidad para poder actuar con autonomía. A esto hay que sumar el que algunos Estados, que dicen defender el DIH y la necesidad de misiones de investigación de hechos, no han aceptado su mandato. Casos como el de Francia, en el ámbito europeo, o Estados Unidos son representativos de esta contradictoria posición. La CIHE lleva a cabo habitualmente acciones para incidir en que más Estados, como los citados, acepten su competencia con escasos resultados. Resulta significativo, también, el hecho de que Rusia, que formaba parte de la CIHE desde los tiempos de la antigua Unión Soviética, abandonó la Comisión tras la única misión en Ucrania.

3.2. Las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y Media Luna Roja: una salida pragmática poco eficaz

El rol del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (MICRMLR) y en especial del CICR en relación a la eficacia del DIH es, evidentemente, muy relevante y algunos aspectos sobre su papel singular están incorporados en los Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales. No es objeto de este artículo profundizar en estos aspectos, que son por otra parte bien conocidos, sino analizar, cómo se ha puesto de manifiesto en la última década, los condicionantes, límites y la compleja relación entre el MICRMLR y los Estados firmantes de los Convenios de Ginebra en el órgano previsto para ello: las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y Media Luna Roja. Las Conferencias son el máximo órgano deliberante y decisorio del MICRMLR. Su peculiaridad es que forman parte de ellas, además de los componentes del Movimiento (CICR, Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y todas las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de cada país), los 196 Estados Partes en los Convenios de Ginebra de 1949. **Cada cuatro años se convoca una sesión ordinaria y en ella se adoptan las Resoluciones que establecen la actuación del Movimiento en los cuatro años siguientes. Esta participación conjunta de los Estados y del MICRMLR le convierte en un mecanismo de impulso al cumplimiento o actualización del DIH muy relevante.**

En este contexto de reuniones periódicas con participación de los Estados, resulta muy significativo y elocuente el fracaso que tuvo el proceso de iniciativa suiza y del CICR sobre «Fortalecimiento del DIH», planteado en la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja a finales del año 2015. Proceso que había sido preparado cuidadosamente

Fortalecer los mecanismos nacionales de implementación del DIH, idea presente en los Convenios de Ginebra, es necesario pero insuficiente

durante años. La iniciativa, como explicaba el director del Centro de Estudios del DIH de Cruz Roja Española (CEDIH) en la época, José Luis Rodríguez Villasante, participante en la Conferencia, pretendía, en resumen «ante las deficiencias en los mecanismos para garantizar la aplicación de las normas del DIH y proteger a las víctimas de los conflictos armados, se proponía (de forma compatible con unos principios rectores que garantizaban la neutralidad y la imparcialidad) la constitución de un foro institucional eficaz, voluntario y no politizado, denominado Reunión de Estados sobre el DIH, con objeto de que los Estados se pudieran reunir con regularidad con objeto de intercambiar opiniones sobre cuestiones relacionadas con el respeto al DIH, incorporando debates temáticos y la presentación de informes periódicos voluntarios. Se crearía una estructura básica, con una Presidencia, una Mesa y una Secretaría».¹⁰ El mecanismo propuesto, que no fue aprobado, solo suponía un modesto paso adelante para mejorar la aplicación de las normas existentes, dado el carácter voluntario de las Reuniones de Estados y los informes periódicos estatales, pero ni siquiera esta moderada iniciativa logró el consenso de la Comunidad Internacional, por evidentes motivos políticos que han primado sobre las razones humanitarias. Las ventajas que la Reunión de Estados podría aportar al cumplimiento del DIH se concretarían en el establecimiento de un foro universal donde, de forma periódica, se pudiera analizar la respuesta estatal e internacional a los desafíos que los conflictos armados actuales presentan a la asistencia humanitaria a sus víctimas.

Tras el fracaso de la propuesta de resolución de Suiza y el CICR en la XXII Conferencia, el conjunto del MICRMLR parece haber comprendido la imposibilidad de llevar adelante propuestas de mejora del respeto del DIH a escala internacional y ha puesto el énfasis en los mecanismos nacionales. Así, la XXIII Conferencia, última hasta la fecha, realizada en el año 2019, aprobó la resolución «Acercar el DIH: hoja de ruta para una mejor implementación del derecho internacional humanitario a nivel nacional» a fin de reactivar los compromisos e impulsar las iniciativas de adopción de medidas de aplicación del DIH a nivel nacional para proteger mejor a las personas afectadas.¹¹ En este marco se ha elaborado también una Guía sobre la aplicación de la resolución destinada a los Estados y a las Sociedades Nacionales.

Evidentemente, la idea de fortalecer los mecanismos nacionales de implementación del DIH, que ya está presente en los Convenios de Ginebra, es necesaria pero no aborda los temas centrales más graves en la actualidad que tienen que ver, fundamentalmente, con la falta de respeto y la impunidad de las infracciones del DIH a escala internacional. Es, tal vez, una salida pragmática que supone el reconocimiento de un fracaso y de los límites de cualquier mecanismo de investigación, incluso de mero seguimiento e intercambio de información, en materia de DIH que incorpore a los Estados.

10

Puede verse la entrevista completa en <https://iecah.org/entrevista-a-jose-luis-rodriguez-villasante-se-ha-perdido-una-oportunidad-para-mejorar-la-proteccion-de-las-victimas-de-la-guerra/>.

11

Todos los materiales y Resoluciones de la XXXIII Conferencia pueden consultarse en <https://rcrcconference.org/es/about/reporting/33ic-resolution-1-bringing-ihl-home/>.

Tampoco el Consejo de Delegados, órgano que agrupa solo a los representantes del MICRMLR, celebrado en junio de 2022, en plena guerra en Ucrania, ha ido mucho más allá y simplemente en una Resolución encaminada a la preparación de la XXXIV Conferencia, a celebrar en el año 2023, manifiesta su alarma por la magnitud del sufrimiento humano provocado por los conflictos armados y hace un llamamiento genérico al respeto de una acción humanitaria neutral e imparcial.¹² Lo que no parece, desde luego, una posición muy comprometida.

4

OTRAS INICIATIVAS PARA MEJORAR EL RESPETO DEL DIH: ATAJOS, PUENTES, HUIDAS HACIA ADELANTE O CALLEJONES SIN SALIDA

La primera línea de defensa del derecho humanitario no está ante los tribunales, sino en las acciones concretas de AH

Ante la falta de eficacia de los mecanismos previstos en el DIH, es destacable la puesta en marcha de algunas iniciativas, con muy distinto enfoque y alcance, que están tratando de avanzar, aunque sea parcialmente, en la mejora de la protección de las personas afectadas por los conflictos armados. En el fondo de la mayor parte de ellas está el triste reconocimiento de la falta de voluntad de los Estados firmantes de los instrumentos jurídicos internacionales y especialmente de los compromisos suscritos en el DIH y la necesidad, por tanto, de buscar vías alternativas.

Citando otra vez a Bouchet-Saulnier, «a menudo se olvida que la primera línea de defensa del derecho humanitario no está ante los tribunales, sino en las acciones concretas de socorro humanitario. Las acciones de protección de las poblaciones en situación de urgencia vital no pueden ser satisfactorias teniendo en cuenta la demora de la justicia, pero deben tener su base en el derecho».¹³ Las iniciativas que analizamos de modo panorámico a continuación parten, de algún modo, de esta fecunda idea.

4.1. La centralidad de la protección en la acción humanitaria: un avance por consolidar

El hecho de que tras muchos años de debates en el ámbito humanitario el Comité Permanente entre Organismos (IASC por sus siglas en inglés) acordara en el año 2013 **«que todos los agentes humanitarios tienen la responsabilidad de situar la protección en el centro de la acción humanitaria» ha tenido mucha más importancia en el sector de lo que a veces se cree.** Está sirviendo para que numerosas agencias humanitarias de todo tipo y los propios organismos donantes estén incluyendo acciones de protección en su trabajo, ampliando la visión

12

Resolución 13: Rumbo a la XXXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Llamamiento al respeto de una acción humanitaria neutral e imparcial.
https://rcrcconference.org/app/uploads/2022/07/CD22-Appeal-NIHA_FINAL_ES.pdf

13

Bouchet-Saulnier, F. (2001). Diccionario Práctico de derecho humanitario. Península. MSF-E.

del compromiso humanitario con las personas afectadas por conflictos u otras crisis.

El IASC define la protección como «[...] todas las actividades tendientes a conseguir el pleno respeto de los derechos de las personas de conformidad con la letra y el espíritu de la normativa pertinente [derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de las personas refugiadas]».

Aunque esta definición y las concepciones de la protección siguen generando discusiones, enfoques y posiciones diversas entre los diversos organismos,¹⁴ es indudable que la toma de posición del IASC¹⁵ y el trabajo del clúster de protección con orientaciones prácticas para su puesta en marcha, han impulsado la atención por el respeto del DIH en los escenarios de actuación humanitaria. Más vinculado, tal vez, con el logro de resultados en el nivel micro y, por ello, en ocasiones menos evidente. A efectos de los objetivos de este artículo, el auge de las tareas de protección humanitaria y su aceptación por el conjunto del sector supone un avance en la eficacia del DIH. La inclusión de acciones de protección vinculadas al cumplimiento del DIH en escenarios tan diversos como República Democrática del Congo, Colombia o Myanmar está suponiendo avances en el trabajo humanitario, al igual que ocurre en otros contextos en los que puedan existir dudas sobre la aplicabilidad del DIH, como en las llamadas «otras situaciones de violencia», como las que sufre el Triángulo Norte de Centroamérica. **Los modos en que se ponen en marcha estas acciones de protección son muy variados, desde la formación y el trabajo comunitario o el asesoramiento jurídico, hasta la incidencia, la presión política o la negociación humanitaria como veremos posteriormente.**¹⁶

Todos los agentes humanitarios tienen la responsabilidad de situar la protección en el centro de la acción humanitaria

Al mismo tiempo, **la necesidad de incorporar la protección como eje central del trabajo humanitario es algo que ha generado consenso entre todos los organismos humanitarios y se está llevando a cabo** mediante iniciativas de calidad como el proyecto Esfera, la Norma Humanitaria Esencial (CHS) o la elaboración de políticas y estrategias de protección por parte de muchos organismos. La mayor parte de estos enfoques incluyen el recordatorio a los Estados de sus responsabilidades y obligaciones emanadas de la firma de los instrumentos jurídicos internacionales e incluyen las tareas de incidencia, incluso de denuncia, en casos de incumplimiento. Pero no se quedan en ese enfoque prescriptivo sino que abordan otros aspectos de apoyo al respeto del DIH que se pueden realizar desde las organizaciones de la sociedad civil, las comunidades y las propias personas

14

En nuestro caso, por ejemplo, preferimos hablar del resultado de las actividades, no solo de la ejecución de las mismas. También la DG ECHO de la Comisión Europea pone énfasis en los resultados. Humanitarian Protection: Improving protection outcomes to reduce risks for people in humanitarian crises (2016) https://ec.europa.eu/echo/files/policies/sectoral/policy_guidelines_humanitarian_protection_en.pdf.

15

Puede verse la Política de protección en la acción humanitaria del IASC en https://www.globalprotectioncluster.org/old/wp-content/uploads/IASC-Protection-Policy_ES.pdf.

16

Para una actualización de modalidades de protección puede consultarse Lilli Stoffel, S. Steets, J. Westphal, F., (2022). The Logic of Protection Approaches. Four Models to Safeguard Civilians from Harm. GPPI. gppi.net/2022/06/08/the-logic-of-protection-approaches.

Iniciativas de «derecho blando» han puesto sobre el tapete aspectos clave como la protección de la misión médica en los conflictos

afectadas: análisis de riesgos y amenazas en materia de derechos; protección de personas amenazadas como los y las defensoras/es de derechos humanos; apoyo a posibles víctimas de violencia sexual basada en género; capacitación en materia de derechos; evacuación de personas en riesgo... en fin, toda una panoplia de acciones que redundan en la mejora de la protección. Tareas que están al alcance de los organismos humanitarios y que tienen impactos, aunque sea de forma limitada, en materia de protección.

4.2. El auge de las iniciativas de derecho blando (*Soft Law*) en el ámbito humanitario: ¿huida hacia adelante o mejora de la eficacia?

Es un hecho que en las últimas décadas ha habido un retroceso en el número de acuerdos o convenios internacionales firmados y ratificados por los Estados con carácter vinculante y un incremento de resoluciones, decisiones, declaraciones o recomendaciones provenientes de instituciones internacionales y, fundamentalmente, de organismos de Naciones Unidas. Normalmente, el término «derecho blando» (*Soft Law*) se utiliza para denominar aquellos acuerdos, principios y declaraciones que no son jurídicamente vinculantes. Son instrumentos que se encuentran predominantemente en el ámbito internacional y las resoluciones de la Asamblea General de la ONU son un buen ejemplo de ello.¹⁷

Aunque desde la perspectiva jurídica existe debate sobre el carácter vinculante de algunos de estos instrumentos, como las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, lo que nos interesa destacar a los efectos de este artículo es el **crecimiento de este tipo de instrumentos en el sector humanitario** y las ventajas o los inconvenientes que pudieran tener en materia de mejora del respeto del DIH o de los derechos en general. Los ejemplos de este tipo de declaraciones son numerosos y citaremos solo algunos más directamente relacionados con los aspectos humanitarios.

El 3 de mayo de 2016 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la **Resolución 2286 sobre protección de la misión médica en conflictos armados**. Esta resolución, que fue liderada por España junto con Nueva Zelanda, Japón, Uruguay y Egipto, se derivó del número creciente de ataques que lleva años sufriendo el personal sanitario humanitario y sus instalaciones. Hechos que hacen peligrar tanto su vida como la protección y el derecho de asistencia de las personas a las que atienden. La aprobación de la resolución contó con la participación en su redacción y el apoyo de algunas organizaciones humanitarias y, tras su aprobación, se han propuesto algunos mecanismos para su seguimiento.¹⁸

Por su parte, la **Declaración sobre Escuelas Seguras**¹⁹ es un compromiso intergubernamental, liderado por Argentina y

17

Pueden verse las definiciones usuales sobre el tema en <https://guide-humanitarian-law.org/content/article/3/soft-law/>.

18

<https://www.refworld.org/es/docid/57319b2c4.html>.

19

http://protectingeducation.org/wp-content/uploads/framework_es.pdf.

El que países que violan el DIH aprueben Resoluciones sobre aspectos humanitarios arroja serias dudas sobre su utilidad

Noruega, que ofrece a los países la oportunidad de expresar su apoyo político a la protección de estudiantes, profesores, escuelas y universidades en época de conflicto armado. La Declaración se elaboró mediante consultas con los Estados en las que también participaron ONG en un proceso liderado por Noruega y Argentina en Ginebra, a principios de 2015, y se abrió para la aprobación en la Conferencia de Oslo sobre Escuelas Seguras en mayo del mismo año. En junio de 2020, se habían unido a la Declaración 104 países de todo el mundo, entre ellos 28 miembros de la Unión Africana, 24 de la Unión Europea y 19 de la Organización de Estados Americanos. De modo más concreto, las Directrices que concretan la Declaración ofrecen orientación sobre cómo reducir el uso militar de las infraestructuras educativas y mitigar el impacto de tal uso sobre la seguridad y la educación de los y las estudiantes.

En una línea similar y dado que el **uso del hambre como arma de guerra** sigue siendo, lamentablemente, una práctica frecuente, la **Resolución 2417**, aprobada por unanimidad por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el 24 de mayo de 2018, fue un logro importante en materia humanitaria, porque supuso, para sus promotores, el reconocimiento y la prohibición de dicha práctica.²⁰

Todos estos aspectos, la protección de la misión médica, la consideración de las escuelas y la educación como bienes protegidos o la prohibición del uso del hambre como herramienta de guerra, están incluidos en el DIH por lo que la pregunta obligada es si estos instrumentos de «**derecho blando**» aportan un valor añadido real o son, de alguna manera, huidas hacia delante y meras declaraciones retóricas que no implican obligaciones. En mi opinión son las dos cosas. **Han contribuido a difundir algunos de los problemas a los que se enfrenta el quehacer humanitario y planteado de un modo limitado y pragmático**, como en el caso de las Conferencias Internacionales de la CRMLR, pequeños avances en materia de intercambio de información, buenas prácticas... pero también creo que, al menos por el momento, poco más.

La paradoja de que muchas de estas iniciativas se pongan en marcha desde el Consejo de Seguridad de la ONU, en el que algunos de sus miembros no han aceptado la competencia de la CPI, no han ratificado al Primer Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra, no se han adherido a la CIHE o no han permitido investigaciones de posibles violaciones del DIH cometidas por sus Ejércitos, arroja serias dudas sobre el posible alcance de las mismas.

20

<https://www.refworld.org/es/publisher/UNSC,,,5b085b4f4,0.html>

La diplomacia humanitaria debe ser vista con carácter instrumental en materia de avances en el respeto del DIH

4.3. La popularización de la diplomacia humanitaria: ¿compromiso real o lavado de cara?

Pese a la ambigüedad que aún conserva el término, en los últimos años se ha ido consolidando la utilización del término «diplomacia humanitaria» por parte de muchos Gobiernos para denominar las tareas o acciones de carácter diplomático, en un sentido amplio, que buscan incidir sobre cuestiones que tienen que ver con la mejora de los instrumentos de protección de ciertos colectivos en casos de conflicto armado u otras situaciones de crisis.²¹ De un modo más general, la diplomacia humanitaria se entiende clásicamente como el **conjunto de actividades que llevan a cabo las organizaciones humanitarias con el fin de obtener por parte de actores estatales y no estatales** —tales como Gobiernos, militares, grupos armados u otro tipo de autoridades comunitarias—, **el espacio necesario para poder funcionar con integridad, incluyendo la promoción del respeto del DIH y de los principios de la acción humanitaria: imparcialidad, neutralidad e independencia.**²²

Más allá del uso del término con cierta confusión, la diplomacia humanitaria debe ser vista con **carácter instrumental** en materia de avances en el respeto del DIH y, en ese sentido, puede ser una herramienta más en la búsqueda de la eficacia. No obstante, el uso que algunos Estados hacen de la diplomacia humanitaria con exceso de retórica o como mera cuestión de imagen y con evidentes dobles raseros, nos hace ser muy cautelosos sobre el impacto que estas acciones puedan tener en la actual situación internacional.

4.4. La revitalización de la negociación humanitaria

Los actores humanitarios siempre se han visto obligados a entablar diversos tipos de relaciones o negociación con los actores armados como modo de garantizar el acceso a las poblaciones afectadas en zonas de conflicto armado. La realidad de este tema ha ido evolucionando en los diversos contextos y ha ido adquiriendo una creciente complejidad y en ocasiones la negociación ha recaído sobre un número pequeño de organismos humanitarios. La ya citada «guerra global contra el terror» ha añadido mayor complejidad y ha hecho aún mayores los dilemas y las reflexiones críticas sobre lo que puede implicar esta actividad.

«La negociación humanitaria se define como un conjunto de interacciones entre organizaciones humanitarias y partes en un conflicto armado, así como otros agentes pertinentes,

21

En España, en línea con otros países, está en proceso de aprobación una Estrategia de Diplomacia Humanitaria promovida por el gobierno. Puede consultarse <https://www.consejocooperacion.es/el-consejo-de-cooperacion-dictamina-la-comunicacion-2022-y-la-estrategia-espanola-de-diplomacia-humanitaria-2022-2026/>.

22

Puede consultarse Rey Marcos, F. La diplomacia humanitaria en el escenario internacional actual: algunas tendencias y su incidencia en el caso español. En Badía Martí, A. y Huici Sancho, L. (Dirs.). (2020) «Nuevos planteamientos en diplomacia: la diplomacia humanitaria». Marcial Pons. <https://iecah.org/nuevos-planteamientos-en-diplomacia-la-diplomacia-humanitaria/>.

destinada a establecer y mantener la presencia de estas organizaciones en entornos conflictivos, para asegurar el acceso a grupos vulnerables y facilitar la prestación de asistencia y las actividades de protección. Las negociaciones pueden suponer tanto actores estatales como no estatales. Incluyen un componente relacional centrado en generar confianza en las contrapartes a lo largo del tiempo y un componente transaccional centrado en determinar y convenir las condiciones y logística específicas de las operaciones humanitarias».²³

Desde finales de los años noventa del pasado siglo la negociación humanitaria ha ido ganando peso y, aunque, evidentemente, **la negociación es un medio y no un fin**, los objetivos de dicha negociación, desde una perspectiva general, tratan de favorecer las acciones de protección la negociación abordan aspectos relativos al respeto del DIH y los derechos humanos. En esa medida, **esta revitalización y ampliación de la negociación humanitaria supone un avance, o al menos de posibilidad de avance en materia de protección de derechos y utilidad del DIH.**

Del mismo modo que analizábamos el auge de los enfoques de protección y sus deseables impactos positivos, la generalización de la negociación humanitaria emprendida por las ONG y la especialización de alguna de ellas como el caso de Geneva Call,²⁴ abren líneas de trabajo prometedoras para avanzar en la aplicación del DIH. El énfasis, además, en la negociación con grupos armados no estatales y autoridades *de facto*, (AGDA en la terminología de Geneva Call) supone un reconocimiento de los problemas reales a los que se enfrenta el quehacer humanitario sobre el terreno. Incluso el cambio de terminología que ha adoptado la organización recientemente incorporando las «autoridades *de facto*», manifiesta una voluntad y capacidad de comprensión y adaptación a los nuevos contextos.²⁵

La negociación humanitaria se está adaptando a nuevos contextos en los que actores armados no estatales controlan el territorio

5

ALGUNAS CONCLUSIONES

Desde su origen a mediados del siglo XIX la acción humanitaria moderna parte de un sutil acuerdo entre los Estados y las organizaciones de la sociedad civil, al inicio únicamente el CICR, para mejorar la suerte de las víctimas de los conflictos armados. Los Estados asumen, mediante la firma de los Convenios de Ginebra, ciertas limitaciones en su actuación militar y reconocen y asumen ciertas obligaciones en relación a la protección de ciertas categorías de víctimas. Primero fueron solo los militares heridos y se incorporaron otros colectivos posteriormente. Pero conscientes de que no pueden ser al mismo tiempo juez y parte y que tampoco pueden asumir todas las tareas de ayuda, otorgan esa responsabilidad a las organizaciones humanitarias

23

Para profundizar en el tema puede verse Manual del CCHN sobre negociación humanitaria. <https://frontline-negotiations.org/wp-content/uploads/2021/02/CCHN-Field-Manual-ES.pdf>.

24

<https://www.genevacall.org/>.

25

<https://www.genevacall.org/armed-groups-and-de-facto-authorities-agda-geneva-call-adapts-its-engagement-terminology/>.

imparciales, con especial mención al CICR, al que otorgan, además, esa curiosa tarea de ser «guardián» del derecho internacional humanitario. Es decir, el DIH «define para cada actor (Estado, Fuerzas Armadas, organizaciones de ayuda, víctimas) cuáles son sus derechos y deberes de humanidad, a los que está obligado y por los cuales debe responder».²⁶

Este pacto, siempre complejo e interpretable, ha evolucionado a lo largo de la historia. Tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial los Estados fueron capaces de reactualizar los tres Convenios de Ginebra preexistentes y de redactar uno nuevo, el Cuarto Convenio de Ginebra para proteger, ¡por fin!, a la población civil, comprometiéndose a tareas de protección más amplias. Del mismo modo, la adopción en 1977 de los dos Protocolos Adicionales que incorporan algunos mecanismos nuevos de verificación como la CIHE, suponían un cierto reconocimiento de la necesidad de adaptación del DIH. La aprobación del Estatuto de Roma con la creación de la CPI ha sido, evidentemente un avance en esta línea. Pero ya no han contado con el consenso y acuerdo de muchos de los Estados firmantes del DIH, que no han firmado o ratificado la competencia de la CPI, como no lo hicieron con la CIHE.

Las organizaciones humanitarias no firmamos los instrumentos jurídicos internacionales, pero nos comprometemos a cumplirlos

La actual situación internacional agravada por la guerra en Ucrania y el fracaso de las iniciativas multilaterales no permite ser muy optimista sobre que los Estados, no solo Rusia sino también otros, estén dispuestos a cumplir su parte del pacto al que hago referencia. De hecho, muchos Estados llevan incumpléndolo desde hace décadas sin especiales consecuencias para ellos ¿Qué debemos hacer desde la sociedad civil o desde las organizaciones humanitarias? Por supuesto, denunciar, pero esta no puede ser la única opción. A lo largo del artículo he tratado de mostrar algunas de las posibles líneas de acción que son posibles en el actual escenario internacional. Líneas, todas ellas, con enormes limitaciones pero que suponen posibilidades frente a la inacción o la mera queja. Tratan, al menos, de romper el bloqueo y la sensación de impotencia cada vez más frecuente en el ámbito humanitario. No se trata solo, aunque por supuesto lo sea también, de un problema ético sino de carácter jurídico y práctico. **Las organizaciones humanitarias, la ciudadanía en general, no firmamos ni ratificamos los instrumentos jurídicos internacionales como el DIH o el derecho internacional de los derechos humanos, pero nos comprometemos con su cumplimiento, presionamos para que los titulares de obligaciones lo hagan y, en la medida de nuestras posibilidades ponemos en marcha mecanismos que apliquen y utilicen de modo práctico lo acordado en esas normas.**

26

Bouchet-Saulnier, F., *op. cit.*