

CAEI

Centro Argentino
de Estudios
Internacionales

SOBRE EL DERECHO BÉLICO

by Francesco G. LEONE

Working paper N° 67
Programa Derecho Internacional



SOBRE EL DERECHO BÉLICO: Escritos en memoria del General Pietro VERRI.

Por Francesco G. LEONE ¹

Doctor en jurisprudencia de la Universidad de Roma “Tor Vergata”, licenciado en derecho y abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Consejero calificado e instructor de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas. Especialista funcional de la OTAN en cooperación civil y militar.

ÍNDICE:

PRÓLOGO, CAPÍTULO I, BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO BÉLICO, 1.1. INTRODUCCIÓN, 1.2. DENOMINACIÓN Y DEFINICIONES, 1.3. EVOLUCIÓN, 1.4. INICIOS DE LA CODIFICACIÓN, 1.5. LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, 1.6. PROTOCOLOS ADICIONALES DEL 1977, CAPÍTULO II, EL EJERCICIO DE LA VIOLENCIA BÉLICA Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA, 2.1. COMBATIENTES LEGÍTIMOS Y NO COMBATIENTES, 2.2. COMBATIENTES ILEGÍTIMOS, ESPIAS Y MERCENARIOS, 2.3. CASOS DUDOSOS, 2.4. POBLACIÓN CIVIL, BIBLIOGRAFÍA.

PRÓLOGO

El general italiano Pietro Verri del Arma de los Carabineros ha dedicado gran parte de su vida a la enseñanza y difusión del derecho internacional humanitario en ámbito civil y militar.

El presente trabajo, no es mas que un humilde homenaje a su vida y a su obra “Apuntes de Derecho Bélico” con la cual se han formado varias generaciones de instructores de derecho internacional humanitario en Italia y en el mundo.

Roma, 18 Mayo de 2011.

F.G.L.

CAPÍTULO I

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO BÉLICO

Índice: 1.1. – Introducción; 1.2. –Denominaciones y definiciones; 1.3. – Evolución; 1.4. – Inicios de la codificación; 1.5. – La segunda guerra mundial; 1.6. – Los protocolos adicionales del 1977.

1.1. Introducción.

Ante la eventualidad de una guerra, la comunidad internacional se comporta siguiendo dos direcciones. En primer lugar trata de rechazar todo tipo de intervención armada prohibiendo la

¹ leone@juris.uniroma2.it

guerra y lo hace a través del sistema de Naciones Unidas condenado el ius ad bellum y afirmado el ius contra bellum². Se prohíbe la guerra sin perjuicio del derecho a la legítima defensa, pudiendo el Estado atacado ejercer la violencia bélica de manera defensiva hasta que se reúna el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas³. El Consejo adoptará medidas provisionales de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁴.

En segundo lugar debemos focalizar nuestra atención sobre quienes pretenden reglamentar la guerra contestando el sistema de las Naciones Unidas. Si bien se han evitado los conflictos mundiales a partir de la segunda mitad del siglo XX, no se han erradicado del todo los restantes conflictos de menor entidad. Que se trate de conflictos circunscriptos menores no significa que sean por ende menos dramáticos.

Cuando examinamos la guerra según el derecho internacional, debemos tener en cuenta dos de sus aspectos esenciales.

El primero es el de la guerra acción, o guerra material, que comporta el uso efectivo de la fuerza armada.

El segundo, la guerra en cuanto situación jurídica o guerra formal. Vemos como el estado de guerra se contrapone al estado de paz que es, o debería ser, un estado permanente entre los sujetos de derecho internacional⁵.

Sin embargo, todavía quedan algunos interrogantes pendientes sobre la distinción entre el derecho de la guerra y el derecho de la paz⁶. Quizá la diferencia radica en que la guerra es siempre la guerra y la paz es siempre la paz, o como ha dicho Kappus, "la guerra es la negación de la paz y con ello del derecho"⁷. El problema es establecer los límites entre las dos situaciones, que en el pasado estaban bien delineadas y hoy parecen no tener contención.

Mientras existan situaciones difíciles de catalogar, los dos derechos, el de la guerra y el de la paz, tratarán de influenciarse recíprocamente haciendo que el primero no pueda ser fácilmente

² El art. 2 (4) de la Carta ONU establece que "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas".

³ A su vez, el art. 51 de la Carta ONU dispone que "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. (...)".

⁴ Léase el capítulo VII de la Carta ONU: "Acción en Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión", mas precisamente los art. 39-51.

⁵ Sobre el derecho a la paz, significativa es la declaración del Director General de la UNESCO en París, Francia, pronunciada en el mes de Enero de 1997 que reflexiona diciendo: "El derecho a la paz, a vivir en paz, implica cesar en la creencia de que unos son los virtuosos y acertados, y otros los errados; unos los generosos en todo y otros los menesterosos en todo".

⁶ "La división, tres ancienne et presquc universellement acceptée, du contenu du droit international en droit de la guerre et droit de la paix". CAVAGLIERI, A. Regles generales du droit de la paix, Recueil des Cours, 26, p. 325.

⁷ KAPPUS, G. Der völkerrechtliche Kriegsbegriff in seiner Abgreitzung gegenüber militärischen Represaaalien, 1936, p. 64.



circunscripto por el segundo ⁸. Los Estados se allearán y organizarán en tiempos de paz a través de un sistema de defensa integrada para los tiempos de guerra.

A su vez, el derecho a la paz también se aplicará en tiempos de guerra, salvo algunas excepciones que no pueden ser reguladas de otra manera que por el derecho de la guerra.

La guerra acción provoca el estado de guerra y el estado de guerra legitima el recurso a la guerra acción. La guerra acción esta subordinada a las normas del derecho internacional que establecen:

- 1) Quien puede cumplir actos de violencia bélica;
- 2) Cuales son los medios y métodos idóneos que pueden ser utilizados;
- 3) Sobre quien, sobre que cosa y en que lugares se puede ejercer la violencia y donde no;
- 4) Que protección se debe asegurar a las personas que son víctimas de la violencia bélica, incluidos los mismos combatientes, en particular modo aquellos que han sido marginados del combate por diversas causas;
- 5) Cuales son los instrumentos de control y las sanciones previstas que garantizan la actuación del derecho de los conflictos armados.

El fin último del derecho bélico de ayer, de hoy y de mañana fue, es y será esencialmente humanitario, porque se propone que la guerra sea menos deshumana y que las consecuencias de la lucha armada sean menos devastantes. La moral humanitaria reclama aliviar y prevenir el sufrimiento humano y la total eliminación de los sufrimientos inútiles. Exigencia claramente sentida por el carácter cruento que ha asumido la guerra moderna.

El derecho disciplina la conducta de la guerra declarada, iniciada o que fue invocada lícitamente o provocada violando una norma internacional. Ello trae consigo obligaciones para los Estados beligerantes y también para los Estados neutrales.

Desde el punto de vista temporal, la aplicación del derecho bélico comienza con el inicio de la guerra acción, o con el inicio del estado de guerra, a según que una preceda a la otra. La aplicación del derecho bélico en el espacio es limitado puesto que la guerra también produce efectos jurídicos entre los Estados que no participan a las hostilidades. Hablar de ámbito limitado significa referirse al espacio en el cual es lícito el ejercicio de la violencia bélica, y que llamaremos razón de guerra. La razón de guerra comprende:

⁸ Con Gross Espiell podemos adelantar que "el derecho a la paz (...) tiene dos vertientes, dos caras. Es un derecho colectivo, de los pueblos -y así mismo, para algunos, de los Estados y de la humanidad- pero al mismo tiempo, en una relación entrañable, necesaria e ineludible, es un derecho individual, del que son titulares todos los seres humanos, sin exclusión ni discriminación". GROSS ESPIELL, H. "La implementación internacional del Derecho Humano a la Paz", en Diálogo Unesco, n° 21, Junio 1997, p. 22.

- 1) El territorio de cada Estado beligerante con el relativo mar territorial, fondo, subsuelo y espacio atmosférico;
- 2) El mar abierto o alta mar con el correspondiente fondo, subsuelo y con el espacio atmosférico;

Por lo que concierne el espacio extra atmosférico la doctrina lo considera como res communis omnium, perteneciendo este último a la razón de guerra.⁹

No se incluyen en la razón de guerra los territorios neutralizados como por ejemplo las islas Aland ¹⁰, la Antártida ¹¹ y el canal de Panamá¹².

Recordemos que todo lo antedicho, se refiere a la guerra internacional sea ésta declarada o no, reconocido o no el estado de guerra por una de las partes. Urge precisar también que el derecho bélico ha parificado la guerra internacional a los conflictos armados en los cuales los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes razistas, en el pleno ejercicio de la autodeterminación de los pueblos¹³ de poder disponer libremente de ellos mismos.

1.2. Definiciones.

Tradicionalmente y hasta hace algunas décadas atrás, esta rama del derecho internacional fue llamada derecho de la guerra o derecho bélico.

A partir de los años cincuenta al término guerra se comenzó a preferir la locución conflicto armado, porque esa concepción incluye también los conflictos internos y aquellos que no presentan las características técnico-jurídicas de la guerra ¹⁴.

La locución conflicto armado permite indicar todos los posibles casos de conflicto en los cuales la comunidad internacional manifiesta un cierto interés.

Con el afán de resaltar las finalidades humanitarias, se lo ha recientemente denominado como derecho humanitario que, justamente, indica el ámbito más extenso y multiforme del derecho creando cierta confusión para con una materia que se apela a la capilar difusión y que solicita la máxima claridad.

⁹ CHRISTOL C. Q. Space Law: Past, Present, and Future, Kluwer Law and Taxation Publ., Deventer, 1991, p. 380, Marko, D.E. A Kinder, Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Current Moon Treaty and Proposed Alternative, 33 Indian Journal of International Law, 1993, 1-43, p. 4-5, CASSESE A. International Law in a Divided World, Clarendon, Oxford, 1986, p. 376.

¹⁰ Convenio relativo a la no fortificación y la neutralización de las islas Aaland. Ginebra, 20 de octubre de 1921.

¹¹ Tratado Antártico. Washington, 1 Diciembre de 1959.

¹² Tratado del Canal de Panamá. Washington, 7 de septiembre de 1977.

¹³ Declaración universal de los derechos de los pueblos. Argel, 4 de julio de 1976 y numerosas resoluciones de la Asamblea General del ONU a saber 1514 (XV), 1541 (XV) 2625 (XXV).

¹⁴ Hoy en día, sería preferible utilizar siempre el término conflicto armado que se refiere, indistintamente, a los conflictos internos e internacionales.

Que las normas de derecho bélico disciplinen, por un lado, el modo de conducir las hostilidades y, por el otro, la protección de las víctimas tiene una importancia substancial. Esto no justifica la diferencia lingüística por la cual se denomina derecho de la Haya al primero, y derecho de Ginebra al segundo. Las normas relativas a uno u otro sector fueron concebidas, de algún modo, por los mismos textos.

Este conciso análisis nos recuerda que debemos limitarnos a adoptar denominaciones que no se presten a equivocaciones. Al derecho internacional de los conflictos armados se le podría agregar el adjetivo humanitario transformándolo en derecho internacional humanitario para (o aplicable a) los conflictos armados si queremos subrayar las finalidades del sector. O bien se podría continuar con la tradición de las instituciones militares y utilizar la antigua denominación “derecho de la guerra” porque ella conserva, a pesar de los años, un cierto pragmatismo.

1.3. Evolución.

Habiendo ya delineado el espectro de este derecho y habiendo indicado su denominación nos disponemos a reproducir su historia.

Visto que no es posible detenerse demasiado sobre este punto, dejaremos de lado el mundo antiguo y comenzaremos hablando del medioevo.

Antes y después del año mil existió la llamada paz de dios o tregua de dios ¹⁵. Sin embargo, las finalidades humanitarias no fueron exclusivas ni prevalecientes.

Con el pasar de los años surgieron las costumbres feudales, o de caballería, que tuvieron una aplicación muy variada. Lamentablemente, estas prácticas no han surtido efectos consistentes ni duraderos. Fueron comportamientos que respondían exclusivamente a la solidaridad de clase entre nobles consagrando, por ende, a los comunes mortales a la suerte del destino o al arbitrio del captor de turno ¹⁶.

El modo de conducir las hostilidades ha quedado, por así decirlo, inmortalizado en las páginas de la historia. Pensemos a las guerras de religión, a las cruzadas, a las guerras por la sucesión al trono por ejemplo.

¹⁵ Nos referimos a la tregua de Dios de Puy del año 990 entre otras, que fue renovada en Tolouse en 1027. Observamos en ella una importante limitación de los períodos de guerra: desde la noche del miércoles a la mañana del lunes y como máximo noventa días al año. Léase también PÉRON R. ¿Qué es la edad media?, Magisterio, Madrid, 2da Ed., 1979.

¹⁶ Se suele afirmar que uno de los pasos más decisivos en el proceso de humanización de la guerra fue dado por la caballería. De hecho en el *De laude novae militiae* de San Bernardo de Claraval se puede apreciar como el prisionero no cae en esclavitud, sino que puede rescatar su libertad y así poder salvar su vida. Así pues el sentimiento que anima las acciones de los beligerantes, que debería ser humanitario por sí mismo, se transforma en una oportunidad económica para obtener una mejora material. Véase también el Tratado del Arte Militar de Vigecio, autor del siglo IV d.c. que fué muy leído en la Edad Media.



Sin embargo, el siglo XVI y XVII vio nacer una larga y exhaustiva elaboración doctrinal por parte de algunos estudiosos de la escuela española ¹⁷ cuyo máximo exponente fue don Francisco de Vitoria ¹⁸. Siguieron su ejemplo el holandés Hugo Grocio ¹⁹ y el italiano Alberico Gentili ²⁰. Las elaboraciones conceptuales de estos iluminados sobre la guerra justa²¹, el recurso a la violencia y el rol del derecho natural en la vida de los hombres, han contribuido indudablemente al progreso de la materia.

Podemos apreciar también esporádicos comportamientos humanitarios durante el siglo XVIII. El más conocido fue la orden recíproca de abrir el fuego entre franceses e ingleses al inicio de la batalla de Fontenoy del 11 mayo de 1745. Un número elevado de muertos y otros tantos heridos hizo reflexionar a Luis XV e inmortalizar el horror de la guerra con la siguiente frase: “La sangre de los enemigos es siempre sangre de hombres. La verdadera gloria consiste en ahorrarla”. Este siglo trae consigo la innovación de los carteles, que se comenzaron a adoptar en ocasión de ésta o aquella guerra, de ésta o aquella batalla, para poder reglamentar el trato reservado a los heridos o para intercambiar prisioneros. Así se fue formando, lentamente, un derecho basado sobre las costumbres. A través de la repetición uniforme y continua de ciertos comportamientos, se terminó por creer en la eficacia vinculante de los mismos.

¹⁷ Léase GÓMEZ CAMACHO, F. La Escuela de Salamanca. Madrid. 1998. HINOJOSA, E. Los precursores de Grocio. 1929, RIAZA, R.: La escuela española de Derecho Natural. 1925, o BARCIA TRELLES, C. Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional, Valladolid, 1928. La Escuela de Salamanca y el pensamiento naturalista de Hugo Grocio. Bibliotheca Salmanticensis.206. 1999, pp. 79-90. HAGGENMACHER, P. Grotius et la doctrine de la guerre juste. París. 1983. Véase también su obra Grotius et l'ordre juridique International. Genève. 1985.

¹⁸ No podemos detenernos en el minucioso análisis de Vitoria. Sólo recordaremos que para declarar la guerra es necesario que exista una causa justa, imposible de ser reparada por medios pacíficos, y con una sanción proporcionada. Ahora bien no puede considerarse causa justa ni el deseo de fama del príncipe, ni la ambición de ampliar los propios territorios, pero ni siquiera el interés por imponer la religión verdadera. Incluso las razones aludidas por el príncipe pueden y, hasta en ocasiones, deben ser examinadas, no ya sólo por los que tienen algún cargo público, sino incluso por los mismos súbditos civiles, hasta el punto de que no le sea lícito ir a la guerra si le consta de la injusticia: “si subdito constat de iniustitia belli, non licet militare... quia non licet interficere innocentem... et princeps peccat inferendo bellum in eo casu...”. VITORIA, F. De Indis sive de jure belli Hispanorum in barbaros, relectio posterior Lugduni, 1557, f 1. p. 397.

¹⁹ Hugo Grocio, jurista y político holandés, fundador del moderno racionalismo jurídico y autor de un tratado sobre la guerra, De iure belli ac pacis (1625) que escribió en medio de la llamada Guerra de los Ochenta Años (1568-1648) entre las Provincias Unidas del Norte de los Países Bajos y la Corona española. En sus fuentes doctrinales hay un generoso reconocimiento de las aportaciones de sus predecesores.

²⁰ Con los trabajos de Gentili sobre el Derecho de la guerra se enlazan dos monografías que el mismo autor publicó en 1599 con el título De ormismontinis et iniusticia, bellico, romanorum.

²¹ Grocio escribe: “Si la causa de la guerra es injusta, aunque se haya declarado con todas las formalidades, todos los actos de esa guerra son injustos. De modo que los que conscientemente realizan esos actos, o cooperan en ellos, han de ser tenidos en el número de aquellos que no pueden entrar en el Reino de los Cielos sin penitencia”, De iure belli, 1. III, cap. X. Tiempo antes Vitoria había sentenciado que: “El príncipe peca cuando promueve una guerra injusta, y son dignos de condenación no sólo los que promueven o cooperan a esa guerra injusta, sino también los que consienten o no se oponen a ella”. Como es sabido, Francisco de Vitoria no llegó a publicar en vida ningún texto; pero disponemos de apuntes de sus clases editados por sus discípulos, como el comentario a la II parte de la Summa Theologica de Santo Tomás (De iustitia et iure), o algunas de las Relecciones dictadas en la Universidad, como son De Indiis, o su continuación de la que hemos copiado un párrafo: De iure belli hispanorum in barbaros, n. 22, f. 18.



Algunas costumbres han sido sentadas por escrito como por ejemplo en el Lieber's Instructions del 1863. Se trata de una especie de recopilación de instrucciones dictadas por el gobierno de los Estados Unidos durante la guerra de secesión y que han notablemente influenciado los Convenios de la Haya del 29 julio de 1899 y del 18 octubre de 1907.

1.4. Inicios de la codificación.

Los primeros convenios internacionales que codificaron las normas y las costumbres internacionales se remontan a mitad del siglo XIX.

El 16 abril de 1856 se adoptó la "Declaración de París relativa a determinadas reglas de derecho marítimo en tempo de guerra" dando inicio a la codificación del derecho internacional de la guerra. Tiempo mas tarde, el 22 agosto de 1864, se firmó en Ginebra el primer "Convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña", cuyos principios fueron extendidos a la guerra marítima con el III convenio de la Haya del 29 julio de 1899, luego de un fallido tentativo en 1868. Tiempo después, mas precisamente el 27 de Junio de 1874, se adoptó en Bruselas la "Declaración sobre las leyes y costumbres de la guerra" que pasó a la historia como un simple proyecto, ya que sus normas fueron absorbidas casi integralmente por los Convenios de la Haya del 29 julio de 1899 y del 18 octubre de 1907.

A comienzos del siglo XX la codificación se presentaba como un complejo sistema normativo, bastante articulado en apariencia, pero de difícil aplicación.

La reafirmación del principio de necesidad militar y de la cláusula *si omnes*²² había complicado las cosas. El derecho bélico se volvió inerte de repente.

Para erradicar la inercia que se había abatido sobre las normas y socavar el carácter incompleto de las mismas, las partes contrayentes consideraron necesario agregar en el preámbulo de los Convenios de la Haya del 1899 y 1907 el siguiente texto:

"En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública."

²² La clausula *si omnes* fue estipulada en los Convenios de la Haya de 1899 y de 1907 y por las disposiciones del "Reglamento concerniente las leyes y los usos de la guerra terrestre" anexo al II Convenio del año 1899 y con sucesivos retoques del IV Convenio del 1907.

Esta cláusula, mundialmente conocida como “cláusula de Martens”²³, contiene el reconocimiento explícito a las leyes no escritas y moralmente vinculantes que constituyen el núcleo duro del derecho de la guerra. El carácter normativo deriva de las costumbres internacionales y por haber sido incorporada por los IV Convenios de Ginebra del 12 agosto 1949 (I/63, II/62 III/142 IV/158), en los protocolos adicionales de 1977 (I/1 II/ preámbulo) y en el preámbulo del convenio sobre las armas clásicas específicas de 1980.

Recapitulando, podemos agrupar los instrumentos internacionales aplicables a la conducta de las operaciones militares en vísperas de la I guerra mundial del siguiente modo.

Declaraciones adoptadas en la Haya en 1899, a saber:

- a) La declaración relativa a la prohibición de utilizar proyectiles destinados a liberar gas asfixiante;
- b) La declaración relativa a la prohibición de utilizar balas que se dilatan o que se aplastan en el cuerpo humano.

Convenios adoptados en la Haya en 1907, a saber:

- a) El convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre con el reglamento adjunto, en el cual se detallan las normas de conducta en las operaciones, el trato de los prisioneros de guerra, la protección de la población civil y el régimen de ocupación bélica y se reenvía, al Convenio de Ginebra, lo que atañe a los enfermos en guerra;
- b) Los dos convenios relativos a los derechos y deberes de los neutrales respectivamente en la guerra terrestre y marítima;
- c) Cinco convenios relativos a la guerra marítima.

Cierto interés histórico tuvieron durante la primera guerra mundial, las declaraciones de la Haya de 1899 y de 1907 que prohibían lanzar proyectiles desde los globos aerostáticos. Tiempo después, el 28 de Febrero de 1909 en Londres se adoptó una “Declaración relativa al derecho de la guerra marítima” que nunca fue ratificada por los Estados que la habían firmado. Siguió la época de la Sociedad de las Naciones²⁴, el pacto Briand-Kellog²⁵ y el surgir de nuevos tratados

²³ Friedrich Fromhold Martens o Friedrich Fromhold von Martens, también conocido como Fiódor Fiódorovich Martens (Фёдор Фёдорович Мартенс) en Ruso fue un diplomático ruso y jurista quien realizó importantes contribuciones a la ciencia del Derecho Internacional. Representó a Rusia en las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907 donde redactó la Cláusula Martens.

²⁴ La Sociedad de Naciones fue un organismo internacional creado por el Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919 que dió por terminada la primera guerra mundial. Se proponía establecer las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales sobre la base de la cooperación internacional, arbitraje de los conflictos y la seguridad colectiva.

internacionales como por ejemplo el protocolo relativo a la prohibición de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos firmado en Ginebra el 17 Junio de 1925; el Convenio sobre el régimen de los estrechos firmado en Montreaux el 20 de Julio de 1936; y el Acta que establece las reglas que deben observar los submarinos en tiempo de guerra respecto a buques mercantes firmado en Londres el 6 noviembre del 1936.

1.5. La segunda guerra mundial.

Las normas que hemos ilustrado hasta ahora, relativas a las operaciones militares y a la protección de las víctimas de la guerra, de poco sirvieron durante el conflicto que se desarrolló entre 1939 y 1945.

De hecho, la segunda guerra mundial, fue conducida extendiendo el teatro de la guerra a todo el globo bajo la consigna de la guerra total²⁶. Fueron los medios y métodos de la guerra que, sin límite de la capacidad ofensiva, se prefijaron atacar los bienes civiles, disparar sobre las personas inocentes, practicar tratos deshumanos sobre los prisioneros de guerra y ejecutar planes finalizados a la deportación de masa. La falta de límites y el recurso a todo tipo de violencia, generó de súbito, un clima propicio para la creación de movimientos de resistencia. En poco tiempo, empezaron a germinar los grupos partisanos y los guerrilleros.

Ahora bien, mas allá de todas las aberraciones mencionadas anteriormente, no fueron sino dos los factores que contribuyeron a la reafirmación del derecho de la guerra. En primer lugar, los esfuerzos de la comunidad internacional por dejar de lado la guerra fueron escasos²⁷. En

²⁵ El pacto Briand-Kellogg fue firmado el 27 de agosto de 1928 en París. Los 15 países signatarios renunciaban a la guerra "como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas". Sin embargo, fue la interpretación del Pacto Kellogg, la que dió a lugar a numerosas controversias, no última el problema de la posición del derecho internacional ante el fenómeno de la guerra. El Secretario de Estado de los Estados Unidos H. L. Stimson, declaró en su conocido discurso del 8 de agosto de 1932 que "By the Kellogg-Pact war between nations was renounced; this means that it has become illegal. It is no longer to be the source of rights. It is an illegal thing". De acuerdo a esta teoría, él quiso encomendar a la doctrina científica la misión de revisar a fondo sus tesis fundamentales. Stimson decía que la concepción generalizada de la guerra en la literatura internacionalista había sido, hasta la firma del Pacto Kellogg, una "legal thing".

²⁶ La teoría de la guerra total fue enunciada por Carl von Clausewitz en su famoso libro De La Guerra. El 18 de febrero de 1943, Joseph Goebbels pronunció su discurso más largo y más famoso de la historia del Nacionalsocialismo en donde citaba la guerra total. "¿Quieren ustedes la guerra total? (Clamor: Sí, sí, sí - Aplausos). Si fuera necesario, ¿quieren ustedes una guerra más total y más radical que lo que hoy no podríamos ni siquiera imaginar?". Por su parte, STEMBERG Fritz en su libro, Die Militärische und die Industrielle Revolution, 1958 resume como sigue la situación actual en relación a la guerra total: "Los postulados de Clausewitz tenían validez cuando las guerras, si bien podían poner en peligro a la sociedad, no la sacudían hasta las raíces, es decir, cuando los países beligerantes eran capaces de controlar no solamente el principio de la guerra, sino también su desarrollo ulterior, hasta el final. Pero el postulado según el cual la guerra es una continuación de la política con otros medios no es aplicable a una guerra basada en las bombas nucleares, porque las devastaciones que resultarían de su caso destruirían con toda posibilidad los Estados, las naciones y las sociedades implicadas, de tal modo que no subsistiría política alguna, del género que fuese, y ciertamente no la política exterior".

²⁷ El derecho especial desarrollado a este fin fue el derecho de prevención de la guerra, de la era de la Sociedad de Naciones. En términos generales, el Pacto dejó incólume el jus belli ac pacis de los contratantes. Pero pronto el

segundo lugar, la creciente afirmación de nuevas concepciones jurídicas terminó por influenciar la relación instaurada entre el Estado y sus individuos²⁸. Esto provocó una inevitable evolución del derecho interno e internacional y favoreció el desarrollo más humanitario de las reglas relativas a la protección de las víctimas de guerra y del modo de conducir las hostilidades. De a poco, la producción normativa internacional, comenzó a interesarse por los derechos humanos. Recordaremos aquí la “Declaración universal de los derechos humanos del 1948”, el “Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos del 1966” y la extensa serie de declaraciones enunciadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la salvaguardia de los derechos del hombre durante el curso de las hostilidades²⁹.

Las firmes intenciones manifestadas por las naciones civiles, a raíz de la segunda guerra mundial, terminaron por reforzar el concepto de base: la guerra, en cuanto fenómeno para la resolución de las controversias, tiene que ser desmantelada y no reglamentada. Será responsabilidad exclusiva de la comunidad internacional el tener que afrontar el problema de la protección de las víctimas de guerra.

Con la vehemencia de quien pretende dar respuestas más protocolares que prácticas, la comunidad internacional comenzó su cruzada contra los crímenes internacionales con la adopción del Convenio para la prevención y la represión del delito de genocidio del 1948. Luego, el 12 de agosto del 1949 se adoptaron en Ginebra los IV Convenios para la protección de las víctimas de la guerra a saber:

- 1) I Convenio “Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña”, que amplió y actualizó el convenio del 1929.
- 2) II Convenio “Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar”.
- 3) III Convenio “Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra”. Este nuevo convenio incluye dentro de la categoría de combatientes legítimos y bajo determinadas condiciones, a los

anhelo de seguridad colectiva, “boucher les fissures”, impulsó su desarrollo. Ya en el art. 2 del Protocolo de Ginebra, que fue presentado a la Asamblea de la Sociedad de Naciones el 2 de octubre de 1924, aunque debido a la oposición de varios Estados no entró en vigor, se prevenía que las potencias “en ningún caso, ni entre sí, ni contra ningún otro Estado ... podían recurrir a la guerra”, salvo que se tratase de actos de la misma Sociedad de Naciones o de defensa contra una agresión que constituyere un “delito internacional”.

²⁸ Como explica GROSS ESPIELL H. “el derecho a la paz...tiene dos vertientes, dos caras. Es un derecho colectivo, de los pueblos -y así mismo, para algunos, de los Estados y de la humanidad- pero al mismo tiempo, en una relación entrañable, necesaria e ineludible, es un derecho individual, del que son titulares todos los seres humanos, sin exclusión ni discriminación”. Texto extraído de La implementación internacional del Derecho Humano a la Paz, en Diálogo Unesco, n.21, junio de 1997, p. 22.

²⁹ Hoy en día, parecería esfumarse la férrea distinción entre derechos humanos y derecho internacional humanitario. Esto se debe como consecuencia de la complejidad de los conflictos armados contemporáneos. Según la Corte Internacional de Justicia, sobre la construcción del muro en los territorios ocupados palestinos señaló que “some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both branches of international law”. I.C.J. Reports, 2004, 136 ss., par. 106.



“miembros de los movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una parte en conflicto y que operan fuera o al interno del propio territorio”.

4) IV Convenio “Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra”. La característica saliente de estos convenios es el artículo 3 común, el cual establece deberes, prohibiciones, límites y garantías en los conflictos armados no internacionales.

La intención es clara. Se quiere garantizar de este modo un mínimo de protección para las víctimas que no participan directamente de las hostilidades y resguardar aquellas personas que, habiendo participado, hayan depuesto las armas o no estén en condiciones de continuar el combate. La adopción de este artículo estimuló el debate sobre los conflictos internos, abriendo camino al II protocolo adicional que fue aprobado en 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

La comunidad internacional del 1950, comenzó a preocuparse de otro problema que no había sido afrontado durante la segunda guerra mundial. Nos referimos a la protección de los bienes culturales.

Existían algunas esporádicas normas contenidas en el “Reglamento sobre la guerra terrestre”, una especie de apéndice del cuarto convenio La Haya del 18 octubre de 1907. Algunas escasas referencias se pueden apreciar en la “Convención IX de la Haya relativa al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra del 1907” y en el “Convenio sobre la protección de las instituciones artísticas y científicas y de los monumentos históricos” llamado Pacto Roerich que fue firmado en Washington el 15 abril de 1935.

La ardua tarea de revisión y actualización de la normativa relativa a los bienes culturales indujo a los expertos a redactar la “Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado” firmada en La Haya el 14 mayo de 1954 seguida por un reglamento de aplicación y de un protocolo que llevan la misma fecha. En esta convención, los Estados Partes se comprometen a disminuir las consecuencias de los conflictos armados sobre el patrimonio cultural y a adoptar medidas preventivas para dicha protección tanto en tiempos de guerra, como en tiempo de paz; salvaguardar y respetar los bienes culturales durante el conflicto armado sin importar si dicho conflicto es internacional o interno; instituir mecanismos para la protección de estos bienes; distinguir los edificios y monumentos importantes con un emblema de protección especial y crear unidades especiales dentro de las fuerzas armadas para proteger el patrimonio cultural.

La Convención fue aprobada junto con el protocolo que prohíbe la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado, la apropiación de bienes culturales en concepto de reparación



de guerra y exige el retorno de este tipo de bienes al territorio del Estado al que le fueron sustraídos.

En 1999 se firmó un segundo protocolo que establece, de forma más concreta, sanciones penales que deben ser adoptadas por las legislaciones nacionales.

Siguiendo los caudales de la historia, ya casi acercándonos al 1960 – 1970, nos encontramos con la guerra de Vietnam la cual ofreció una nueva y horrorosa visión a la hora de conducir las operaciones militares a través de la modificación del medio ambiente y la utilización del napalm³⁰. Como era de esperarse, la utilización de productos químicos provocó graves daños extensos y persistentes en el medio ambiente. A raíz de estos hechos, se decidió adoptar la “Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles” promovida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 diciembre de 1976. La protección del ambiente natural ha sido reglamentada sucesivamente por el primer protocolo adicional del 1977 (léase el artículo 55) y por la “Convención sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados” firmada en Ginebra el 10 de octubre de 1980.

Como hemos apreciado, la guerra se diversificó cambiando forma y color. El derecho trató de adaptarse, no obstante las dificultades, a las nuevas reglas de juego. La política se transformó en el límite avasallador del derecho.

1.6. Los protocolos adicionales del 1977.

No todas las respuestas dadas por la comunidad internacional para la reafirmación y ulterior desarrollo de las normas relativas a la protección de las víctimas de guerra fueron adoptadas con amplio consenso general. El malestar causado por algunas normas auspiciadas y no adoptadas, sumado a los eventos político-militares que se sucedieron de los años siguientes, suscitó consternación entre los estados. Las guerras de independencia de los regímenes coloniales, llamadas también guerras de liberación, fueron difíciles de encuadrar a causa de la guerra de guerrillas, el ampliamiento de la comunidad internacional y el repudio a las costumbres internacionales por parte de los países de nueva conformación.

³⁰ El Napalm es un compuesto químico. Originariamente era palmitato de sodio (una variedad de jabón). Más tarde se usaron jabones de aluminio de ácidos nafténicos y del aceite de coco. Al mezclar el jabón aluminico con gasolina se obtiene un gel de gasolina. Esto produce una sustancia altamente inflamable y que arde lentamente. Puede apagarse mediante la inmersión total en agua o con privación de oxígeno, pero en cualquier otro caso arde indefinidamente. Es posible encenderlo con elemento que haga ignición a la gasolina normal. El nuevo napalm, "Napalm B" contiene benceno y poliestireno para estabilizar la base de la gasolina. El napalm es capaz de incinerar toda forma de vida, dejando edificios y objetos intactos por su capacidad de expandirse por el oxígeno.

Fue así como se fueron acumulando cuestiones importantes que requerían nuevas afirmaciones, puntualizaciones e integraciones. Basta pensar a la revisión de los métodos y medios de conducción de la guerra, a una nueva elaboración del estatuto del combatiente, a la reafirmación del principio de la distinción entre combatientes y población civil, a un mayor rigor sobre el comportamiento tenido por los combatientes entre sí, a la reglamentación de las represalias, etcétera.

Para ello fue necesario focalizar algunos problemas que acarreaban los conflictos armados. Algunas dudas surgieron con las guerras de liberación, como así también con las operaciones de las Naciones Unidas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional.

De vital importancia fue la aplicación del artículo 3 común a las cuatro convenios de Ginebra del 12 agosto de 1949, sobretudo en los conflictos armados internos. Este convenio en miniatura encontró su colocación durante las luchas e insurrecciones armadas provocadas por ideologías contrapuestas o que fomentaban el odio al interno del propio estado.

La situación cambió radicalmente cuando el Comité Internacional de la Cruz Roja, consciente del nuevo panorama mundial y de los nuevos conflictos, decidió tomar la iniciativa.

Luego de una fase preparatoria que consistió en reuniones de expertos, convocó una conferencia diplomática. Los trabajos se prolongaron a lo largo de cuatro sesiones, entre 1974 y 1977, y se concluyeron con la aprobación de los dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 1949 dedicados a los conflictos armados internacionales (I protocolo) y a los conflictos armados no internacionales (II protocolo) respectivamente adoptados el 8 de junio de 1977 en Ginebra.

CAPÍTULO II

EL EJERCICIO DE LA VIOLENCIA BÉLICA Y LA PROTECCIÓN DE LAS VICTIMAS DE LA GUERRA

Índice: 2.1. – Combatientes legítimos y no combatientes; 2.2. Combatientes ilegítimos y mercenarios; 2.3 – Casos dudosos; 2.4. – Población civil;

2.1. Combatientes legítimos y no combatientes.

Los combatientes legítimos son los únicos autorizados a ejercer la violencia bélica y se distinguen de la siguiente manera:

- 1) Miembros de las fuerzas armadas;
- 2) Miembros de las milicias y cuerpos de voluntarios que no pertenezcan a las fuerzas armadas siempre que reúnan los siguientes requisitos:



- i. Estar subordinados a un jefe responsable.
 - ii. Llevar un signo distintivo que pueda ser reconocido a distancia.
 - iii. Llevar abiertamente las armas.
 - iv. Respetar los usos y las costumbres de la guerra.
- 3) La población de un territorio no ocupado que, ante el avance del enemigo, toma espontáneamente las armas para combatir las tropas invasoras sin organización previa, siempre que lleve abiertamente las armas y respete los usos de la guerra (leva en masa);
- 4) Los miembros de los movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una parte en conflicto y operantes fuera o al interno del territorio y que respete las condiciones del punto 2.

El término “fuerza armada” comenzó a ampliarse notablemente a partir de la década de los setenta ³¹, debido principalmente al fenómeno creciente de la guerrilla y el recrudecimiento de los conflictos internos. De esta extensa definición beneficiaron también las unidades organizadas bajo un comando responsable (reconocido o no por el propio gobierno o por la parte adversaria) y que hubiese respetado la disciplina castrense, las leyes y los usos de la guerra ³². Sea como fuere, lo más emblemático de la definición no es la semántica, sino su aplicación práctica, que se traduce en la obligación que tienen los combatientes legítimos de distinguirse de la población civil antes de atacar o cuando se preparen para ello. Si no fuese posible distinguirse, la normativa establece que los combatientes conservarán el propio estatus a condición que lleven abiertamente las armas cuando se expongan a la vista del adversario, o mientras se desplieguen con la intención de atacar.

³¹ Quedan comprendidos en la definición de fuerzas armadas: a) el ejército o fuerzas armadas de una parte en conflicto; b) las milicias y cuerpos de voluntarios que forman parte de esas fuerzas armadas; c) Los marinos mercantes organizados para participar directamente en las hostilidades y que participan, de hecho, en ellas; d) los miembros de una insurrección en masa, es decir, la población de un territorio no ocupado que tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y costumbres de la guerra; y e) las fuerzas policiales (organización paramilitar o servicio armado encargado de hacer respetar el orden), siempre y cuando se haya notificado a las otras Partes en conflicto (Protocolo I, art. 43).

³² En esta ocasión, el Protocolo I adicional del 1977, en los artículos 43-47, amplía el concepto de combatiente, al otorgar a los guerrilleros de los movimientos de liberación nacional el estatuto de combatiente, tal y como establece el artículo 43, cuyo tenor es el siguiente:

1. Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

2. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

3. Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto.



La distinción no pretende ser una simple norma común y ordinaria, sino más bien el perno que gobierne el perfecto equilibrio de la normativa humanitaria.

Es necesario aclarar que estas normas no pretenden modificar las reglas sobre la utilización del uniforme militar sino hacer que la distinción sea factible y practicable en todo momento. Por ejemplo los militares que desarrollan actividades finalizadas a la obtención de información en el territorio controlado por el adversario podrán ser considerados combatientes legítimos si, en el momento de la captura, llevaban puesto el uniforme del propio ejército. En caso contrario serán considerados como espías. Resta salvo el derecho al estatuto del prisionero de guerra reconocido a los combatientes legítimos capturados por el enemigo que, como veremos mas adelante, reconoce una serie de beneficios y tratos preferenciales.

Las personas autorizadas a seguir a las fuerzas armadas, como por ejemplo los corresponsales de guerra, gozarán derechos análogos como así también la tripulación de la marina mercante y de la aviación civil.

Otra consideración que debemos hacer en favor de los combatientes, en su sentido técnico más amplio, es comprender dentro de ellos al personal no combatiente que se ocupa de la logística. Aunque no participen abiertamente de los combates pueden ser objeto de violencia. En caso de captura tienen derecho al estatuto del prisionero de guerra.

Es fácil intuir porqué el derecho internacional impone a los estados el deber de respetar los prisioneros. La importancia radica en que un beligerante no puede ser juzgado o condenado por haber empuñado las armas si así lo prescriben las leyes del Estado, sea a través de la conscripción obligatoria, servicio militar, etc.

Existe un mecanismo especial de protección de los prisioneros de guerra el cual establece que no quedarán a merced del comandante de turno, sino que quedarán bajo el imperio del Estado detentor. Por ende, el estatuto del prisionero de guerra, debe ser aplicado en los conflictos armados internacionales y no internacionales sea cual fuere su matiz (entre Estados, interno, de liberación colonial, contra ocupación extranjera, o contra regímenes totalitarios, etc.). A los efectos de aplicar tal estatuto, es fundamental distinguir entre combatientes y población civil. Esta operación, cuya finalidad es humanitaria, se propone limitar el número de personas que pueden legítimamente ejercitar y/o sufrir la violencia bélica.

Ahora pasaremos revista al personal religioso y sanitario militar. Se trata de una categoría que goza de una protección especial.

La definición de personal sanitario incluye a los médicos, enfermeros, camilleros, logísticos y personal encargado de la sanidad en general. Para no perder el beneficio concedido, deberán llevar puesto el emblema distintivo de protección (brazalete de Cruz Roja) en todo momento,



junto con un carné de identificación expedido por la propia fuerza armada. La violencia bélica no podrá ser ejercida sobre ellos bajo ningún pretexto o forma alguna. Se les permitirá llevar armas individuales, y podrán utilizarlas solo para legítima defensa o para proteger heridos y enfermos. Si caen en manos enemigas no podrán ser considerados prisioneros de guerra y deberán ser restituidos al ejército de origen, salvo que sean necesarios para la cura de los heridos y enfermos que se encuentran en los campos de prisioneros del enemigo o para la asistencia de las víctimas de la guerra. Si el personal religioso o sanitario llegara a participar activamente en las hostilidades, perdería automáticamente los derechos y beneficios reservados.

Por último, los combatientes como así también los civiles, quedarán bajo la salvaguardia del imperio del derecho de gentes, las costumbres, los preceptos de la humanidad y por la exigencia de la conciencia universal. Queda así resumida la cláusula Martens que hemos mencionado en el capítulo anterior.

2.2. Combatientes ilegítimos, espías y mercenarios.

Los combatientes ilegítimos son aquellas personas que participan directamente a las hostilidades sin contar con los requisitos para poder ser reconocidos como combatientes legítimos. Dicho en otras palabras, si bien los combatientes ilegítimos son asimilados a los civiles³³ por lo que respecta el trato que el enemigo puede practicar sobre ellos, participan directamente de las hostilidades.

Veamos ahora una sutil diferencia entre ambas categorías³⁴.

Bajo ciertas circunstancias, el combatiente ilegítimo podría llegar a ser considerado como un órgano del Estado beligerante e imputar todos sus actos al Estado de pertenencia. Contrariamente, al civil que reacciona espontáneamente por motu proprio (llamado por este motivo "francotirador"), jamás se le podrá imputar semejante responsabilidad internacional.

Sigamos pues con el análisis terminológico.

En los manuales militares estadounidenses³⁵, se utilizan dos términos de significado aparentemente idéntico ("combatientes ilegítimos" y "combatientes ilegales") para referirse a las personas que se consideran ajenas a las fuerzas armadas de una de las partes en un conflicto y que, por consiguiente, no tienen derecho a emprender hostilidades contra la parte adversaria.

³³ Salvo en el caso de la leva en masa.

³⁴ Según POZO SERRANO P. las nociones de "combatiente legítimo" e "ilegítimo", aunque son usadas por la doctrina, no aparecen definidos expresamente en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. POZO SERRANO, P. El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado internacional en Afganistán, Anuario de Derecho Internacional, 2003, pp. 191-192.

³⁵ Ejército de EE.UU., Operational Law Handbook, JA 422, pp. 18-19; y Armada de EE.UU., Commander's Handbook of the Law of Naval Operations, NWP 1-14M, párr. 12.7.1.

Entre los combatientes ilegítimos se encuentran también los espías, es decir, las personas que actúan clandestinamente, o bajo falsos pretextos, recogiendo información sobre el territorio controlado por el adversario o haciendo actividades de inteligencia. Pueden ser militares o no. El espía no puede ser castigado sin un justo proceso. Como hemos dicho anteriormente, ante la eventualidad que el espía sea un militar que haya alcanzado el propio ejército y se lo capture más tarde, deberá ser tratado como si fuese un prisionero de guerra.

Según lo dispuesto por el artículo 47 del I protocolo adicional del 1977, el mercenario es un combatiente ilegítimo. Éste último no pertenece a las fuerzas armadas de una parte en conflicto ni ha sido enviado por un estado que no participa directamente al conflicto armado. Es una persona que ha sido reclutada en el país de origen o en el exterior para combatir en un conflicto armado, participando efectivamente y directamente de las hostilidades con el fin de obtener una ventaja personal que le ha sido prometida. Dicho en otros términos, reciben una remuneración superior, a paridad de grado o jerarquía, respecto a la de un combatiente de las fuerzas armadas regulares en conflicto.

Ante la eventualidad de una duda sobre el estatus de un beligerante, dicha persona beneficiará de la protección concedida por los Convenios de Ginebra, hasta que un tribunal competente determine su situación³⁶. El tribunal deberá decidir si la persona en cuestión es espía o mercenario, usando los criterios del I Protocolo Adicional del 1977 o según la ley nacional equivalente. La única excepción a este artículo sería que la persona juzgada fuese ciudadano o súbdito de la autoridad nacional que le juzga, en el cual caso no podría ser considerado como un mercenario. Si tras un juicio imparcial, es declarado mercenario, deberá ser tratado como un delincuente común, y podría ser sometido a la pena capital. Debido a que no es ciudadano de ninguna de las partes en conflicto, no podría esperar ser repatriado al final de la guerra.

Los Convenios de Ginebra y más precisamente el protocolo del 1977 se ocupó de llevar a la luz la temática de los mercenarios, cuyo empleo se remonta a tiempos de antaño y cuya máxima expresión han sido los temibles gurkas nepaleses al servicio de la Corona Británica. A los efectos de erradicar esta forma clandestina de reclutamiento, que podría comprometer la aplicación del derecho humanitario, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 11 de diciembre del 1989³⁷ un “Convenio contra el reclutamiento y el uso de la financiación y el adiestramiento de los mercenarios”. Con este nuevo instrumento los Estados asumen una serie de obligaciones tendientes a prevenir y reprimir el fenómeno de los mercenarios sin importar el tipo de conflicto, sea este internacional o interno.

³⁶ III Convenio de Ginebra de 1949 art. 5.

³⁷ Resolución 44/64 del 11/12/89.

2.3. Los casos dudosos.

Como hemos visto anteriormente, los casos dudosos de combatientes ilegítimos detenidos por la potencia enemiga acusados de violencia bélica, beneficiarán provisoriamente de la protección acordada a los prisioneros de guerra ³⁸. Se trata de una situación transitoria hasta que un tribunal competente se pronuncie. Este procedimiento es necesario cuando algunas personas son enjuiciadas por delitos cometidos durante las hostilidades. De este modo, el combatiente que cae en poder del adversario sin reunir las condiciones indicadas, no es considerado prisionero de guerra sino que beneficiará, según el artículo 44 coma 4 del I protocolo, de protecciones procedimentales equivalentes. La tutela comprende protecciones equivalentes a las concedidas a los prisioneros de guerra en el caso que la persona en cuestión sea juzgada y condenada por cualquier delito que haya cometido.

2.4. La población civil.

Para establecer quien es civil y quien no, el derecho utiliza una técnica de reglamentación por exclusión, concediendo el estatus de civil a toda persona que no encuentre una colocación dentro de la categoría de los combatientes legítimos.

El conjunto de las personas civiles constituye la población civil y no gozan de los derechos reservados a los prisioneros de guerra, salvo el caso de los corresponsales de guerra civiles acreditados que acompañan las tropas durante las misiones y las hostilidades.

El problema de la distinción entre la población civil y los combatientes, que un tiempo fue relativamente sencillo, hoy se hace extremadamente complicado gracias a los métodos de la guerra moderna y a los medios ofensivos que hacen que la distinción sea precaria.

Hay otros factores que no favorecen una aplicación uniforme de la normativa. Y es la continua predilección de los soldados por querer mimetizarse con el ambiente y la utilización del factor sorpresa para lanzar un ataque por parte de los comandantes militares. Si a todo lo antedicho sumamos la guerra de guerrillas y consecuente contra-guerrilla, obtenemos más dolores de cabeza y menos certidumbre.

Estas dos técnicas antagónicas, guerrilla y contra-guerrilla, tienden a engañar e influenciar las pocas certezas que tenemos sobre los combatientes legítimos. El legislador internacional, preocupado por la pequeña fractura conceptual, ha tratado de mitigar las consecuencias de la contra-guerrilla prescribiendo la utilización del uniforme por parte de los combatientes pertenecientes a los ejércitos regulares. Se trata de un apelo destinado a no tener eco debido a

³⁸ Artículo 45 del I protocolo adicional del 1977.

que, quien tiene que lidiar con la contra-guerrilla, tiene que adecuarse al tipo de combate utilizando un sinfín de técnicas elusivas y hasta inclusive la posibilidad de travestirse.

Veamos la posición adoptada por la comunidad internacional sobre la guerra de guerrillas.

Para entender las diferentes posiciones de los Estados, nos tendremos que remitir a algunos conceptos generales. Concebir la defensa del territorio ante la eventual invasión del enemigo significa por sobre todas las cosas atribuir al Estado-aparato la función de garantizar la defensa con recursos materiales y humanos.

El concepto de defensa, es un elemento esencial del principio de soberanía y de la existencia de los pueblos. La defensa puede ser técnica o tradicional y quedar bajo el control del Estado, ente el cual ejerce el monopolio de la fuerza interna a través de la policía y externa a través de sus fuerzas armadas. Existe también, un tipo de defensa basada en la resistencia intrínseca de la población hasta la última gota de sangre. Nos referimos a la declaración formal que el gobierno de la ex Yugoslavia adjuntó a la ley de ratificación de los dos protocolos adicionales de 1977.

En ella, el gobierno yugoslavo se apeló a un artículo de la propia constitución que prohibía la rendición de sus ciudadanos y que tampoco admitía la ocupación del país por parte de fuerzas armadas enemigas. En consecuencia, se hubiese obtenido la participación directa y activa de la población civil en la lucha contra el invasor y la conscripción general sin límite de edad.

Hemos citado el caso de Yugoslavia porque su organización institucional fue consagrada en un documento oficial. Sin embargo, situaciones análogas se han verificado en otros países. Por ejemplo, el primer ministro Británico, Sir. Winston Leonard Spencer Churchill, durante la segunda guerra mundial, proclamó el principio del “último sangre” cuando parecía inminente el desembarco alemán sobre Gran Bretaña³⁹. En ese entonces declaró que, si se hubiese producido el desembarco, su país no hubiera respetado la Convención de La Haya de 1907 relativa a la guerra terrestre y que la población civil, incluyendo a mujeres y niños, hubiera combatido hasta el exterminio⁴⁰.

No existe persona alguna que no vea que el principio del último sangre, adoptado por la libre determinación de un país ante la agresión, conduce a la caída de la piedra angular del sistema de distinción entre combatientes y población civil, con consecuencias humanitarias devastantes.

³⁹ Discurso de Churchill a la Cámara de los Comunes 13 de mayo de 1940.

⁴⁰ Churchill decía que el no estaba atado por ningún tratado, refiriéndose concretamente, al artículo 25 de la Convención de la Haya, firmada por Inglaterra.



El fundamento de la normativa humanitaria es la estatualidad⁴¹ de las condiciones de la guerra y por ende, la limitación del Estado a la hora de discernir entre la paz de la guerra, militares de civiles, amigos de enemigos, entre “guerra de Estados” y “guerra civil”.

Si estas distinciones esenciales son discutidas se podrían crear las premisas para un tipo de guerra que destruya cualquier certeza y creo no exagerar si con convicción les digo que las normas que se han implementado hasta ahora han logrado un noble cometido: construir un puente sobre el abismo.

BIBLIOGRAFIA

ABI-SAAB G. Los conflictos armados no internacionales, Madrid, 1990.

ABI-SAAB R. Droit humanitaire et conflits internes. Origines et évolution de la réglementation internationale, Institut Henry- Dunant Paris, 1986.

AMERASINGHE C. F. Principles of the Institutional Law of International Organizations, Cambridge, 2005.

ARACIL R. O. - JOAN SEGURA A. El mundo actual. De la segunda guerra mundial a nuestros días, Barcelona, 1998.

ARANDA A. Arte militar, Madrid 1957.

ARON R. Paz y guerra entre las naciones, Madrid 1962.

BARCIA TRELLES C. Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional. Valladolid. 1928.

BASTENIER M. A. La guerra de siempre, Barcelona, 1999.

BALLADORE PALLIERI G. Diritto bellico, Padova, 1954.

BASSIOUNI C. Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Dordrecht 1992.

BEAUFRE A. Introducción a la estrategia, Madrid 1965.

- Disuasión y estrategia, Madrid 1966.

BÉLANGER M. Droit international humanitaire, Paris, 2002.

BEN-AMI S. Israel, entre la guerra y la paz, Barcelona, 1999.

BENVENUTI P. La Clausula Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati, Padova, 1995.

- Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario, in Comando e controllo nelle forze di pace e nelle coalizioni militari, Milano, 1999.

⁴¹ Hemos decidido adoptar el termino estatualidad en pos de identificar el fenomeno y el peso que tiene el estado como ente en la aprobación (con mecanismos internos idoneos) de las normas internacionales en materia humanitaria.

BEST G. Humanity in warfare, London, 1980.

- War and Law since 1945, Oxford, 1994.

BETTATI M. Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international, Paris 1986.

BIBLIOTHECA SALMANTICENSIS, La Escuela de Salamanca y el pensamiento naturalista de Hugo Grocio. Salamanca, 1999.

BIAD A. Droit international humanitaire, Paris, 1999.

BORRERO F. La estrategia ante el problema político, Madrid 1947.

BOTHE M. – PARTSCH K.J - SOLF W. New Rules for Victims of Armed Conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva conventions of 1949, The Hague, 1982.

BOUCHET SAULNIER F. Dictionnaire pratique du droit humanitaire, Paris, 1998.

BRODIE B. Estrategia en la era de los misiles, Madrid 1959.

BUIRETTE P. Le droit international humanitaire, Paris, 1996.

CANO L. Introducción al estudio racional de la guerra, Madrid 1964.

CARRILLO SALCEDO J. A. El Derecho Internacional en perspectiva histórica, Madrid, 1991.

CARIO J. Le droit des conflits armés, Centre de Recherche des Ecoles de Saint-Cyr, 2002.

CASSESE A. International Law in a Divided World, Oxford, 1986.

- Violenza e diritto nell'era nucleare, Bari, 1986.

CAVAGLIERI A. Regles generales du droit de la paix, Recueil des Cours, 26, 1929.

CHRISTOL C. Q Space Law: Past, Present, and Future, Deventer, 1991.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, CICR, Ginebra 13 edición, 1994.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario? Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario. Ficha Técnica. 2004.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario. Ficha Técnica. 2003.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Aplicación del Derecho Internacional Humanitario: de la teoría a la práctica. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario Ficha Técnica. 2003.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario Ficha Técnica. 2003.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Obligación de difundir el Derecho Internacional Humanitario. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario Ficha Técnica. 2003.



COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Protección de los emblemas de la Cruz Roja y Media Luna Roja. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario Ficha Técnica. 2003.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA La Protección Civil en el Derecho Internacional Humanitario. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario Ficha Técnica. 2001.

CONDORELLI L. Le azioni dell'ONU e l'applicazione del diritto internazionale umanitario: il "bollettino" del Segretario generale del 6 agosto 1999, in Rivista di diritto internazionale 1999.

- Les Nations Unies et le droit international humanitaire - The United Nations and International Humanitarian Law, Paris 1996.

- L'inchiesta ed il rispetto degli obblighi di diritto internazionale umanitario, Padova, 1995.

COURSIER H. Définition du droit humanitaire, in Annuaire Français de Droit International, 1955, p. 223 ss.

DAVID E. - TULKENS F. VANDERMEERSCH D. Code de droit international humanitaire, Bruxelles, 2ème éd., 2004.

- Principes de droit des conflits armés, Bruxelles 1994.

DE SALAS F. Literatura militar, Madrid 1954.

DELISSSEN A. J. M. y TANJA, G. J. Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven, Dordrecht, 1991.

DEYRA M. L'essentiel du droit des conflits armés, Paris, 2002.

DÍEZ DE VELASCO M. Instituciones de Derecho internacional público, Madrid, 11 edición, 1997.

DINSTEIN Y. - TABORY M. War Crimes in International Law, The Hague 1996.

DOMINGUEZ MATÉS R. La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario, Valencia, 2005.

DUNANT H. Recuerdo de Solferino, CICR, 1.ª edic., 1862.

EL KOUHENE M. Les garanties fondamentales de la personne en droit international humanitaire et droit de l'homme, Dordrecht, 1986.

FALK R. The Shimoda Case: a legal appraisal of the atomic attacks upon Hiroshima and Nagasaki en AJIL, vol. 59, 1965.

FLECK D. Handbook of Humanitarian Law, Oxford, 1995.

FRANCIONI F. - SCOVAZZI T. International Law for Antarctica, Milano 1987.

FRANÇOIS J. R. Economie des guerres civiles, Paris, 1996.

FRAOUA Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution, Fribourg, 1985.

FRIEDMAN The Law of War. A Documentary History, New York, 1972.



FRIGO M. La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale, Milano 1986.

GALLO P. Estrategia de la era nuclear, Madrid 1960.

GASSER H. P. International Humanitarian Law: an introduction, Henry Dunant Institute, Bern, 1993.

GAVIN M. Guerra y paz en la era del espacio, Madrid 1959.

GLUCKMAN A. El discurso de la guerra, Barcelona 1969.

GÓMEZ CAMACHO F. La Escuela de Salamanca, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ DE MENDOZA A. La paz y la defensa nacional, Madrid 1968.

GREEN L. C. Essays on the modern law of war, New York, 1999.

- The Contemporary Law of Armed Conflict, Manchester-New York 1993.

GREENSPAN M. The Modern Law of Land Warfare, Los Angeles, Berkeley, 1959.

GROSS ESPIELL H. La implementación internacional del Derecho Humano a la Paz, en Diálogo Unesco, n° 21, Junio 1997.

HAGGENMACHER P. Grotius et la doctrine de la guerre juste, París, 1983.

- Grotius et l'ordre juridique International, Genève, 1985.

HAMON L. Estrategia contra la guerra, Madrid 1969.

HAROUEL-BURELOUP V. Traité de droit humanitaire, Paris, 2005.

HATZFELD J. Una temporada de machetes, Barcelona, 2004.

HAUG H. Humanity for all, Henry Dunant Institute, Berne, Stuttgart, Vienna, 1993.

HERNÁNDEZ PRADAS S. El niño en los conflictos armados, marco jurídico para su protección internacional, Valencia, 2000.

HINOJOSA E. Los precursores de Grocio, Anuario de historia del derecho español, Madrid, 1929.

JENKS C.W. The Common Law of Mankind, London 1958.

KAHAN H. La escalada, Madrid 1968.

KALSHOVEN F. Restricciones en la conducción de la guerra, Ginebra, 2003.

- The Law of Warfare, Leyden & Geneva, 1973.

- Belligerent Reprisals, Leyden, 1971.

KALSHOVEN F. – ZEGVELD L. Constraints on the waging of war; Genève, CICR, 2001.

KAPPUS G. Der völkerrechtliche Kriegsbegriff in seiner Abgrenzung gegenüber militärischen Represalien, Berlin, 1936.

KOLB R. Ius in bello - Le droit international des conflits armés, Bruxelles, 2003.

KINDELAN A. La próxima guerra, Madrid 1945.

LAMBERTI ZANARDI P. - Venturini G. Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali, Milano, 1998.

LATTANZI F. Assistenza umanitaria e intervento di umanità, Torino, 1997.

- Dai Tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente, Napoli, 1996.

LEVIE H. S. Prisoners of War in International Armed Conflict, Newport, 1978.

MALLEIN J. La situation juridique des combattants dans les conflits armés non internationaux, Université de Grenoble, 1978.

MANGAS MARTIN A. Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario, Ediciones Universidad de Salamanca, julio, 1992.

MARAZZI A. Nozioni di diritto bellico, 2a ed., Torino, 1989.

- Le Mine antipersona: una guerra anche in tempo di pace, Napoli 2000.

MARKO D. E. A Kinder, Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Current Moon Treaty and Proposed Alternative, 33 Indian Journal of International Law, 1993.

MARTINEZ CAMPOS C. Teoría de la guerra, Madrid 1945.

MERON T. Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford, 1989.

MIKSCHE F. O. El fracaso de la estrategia atómica, Barcelona 1960.

MOCRE J. N. Law and Civil War in the Modern World, Baltimore, 1974.

NAHLIK S. E. La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé, in Recueil des Cours, 1967.

- Précis abrégé de droit international humanitaire, in Revue Internationale de la Croix-Rouge, n° 748, juillet 1984.

- Arme atomique et droit international, Annuaire polonais des Affaires Internationales, Varsovie, 1961, pp. 127-151.

NOVAK F. Derecho Internacional Humanitario, Lima, 2003.

ORIHUELA CALATAYUD E. Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos, Madrid, 1998.

PALACIOS M. Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994, Santafé de Bogotá, 1995.

PANZERA A. La tutela internazionale dei beni culturali in tempo di guerra, Torino, 1993.

PEREZ GONZALEZ M. La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, Asociación para las Naciones Unidas en España, 1998.

PERNOUD R. ¿Qué es la edad media?, Madrid, 2da Ed., 1979.

PETTIT P. Republicanismo, Madrid, 1999.

PICTET J. Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986.



- Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volumen IV. La Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, CICR, 1956.
- Développement et principes du droit international humanitaire, Genève / Paris, Institut Henry-Dunant, 1983.
- PILLITU P. A. Lo stato di necessità nel diritto internazionale, Perugia, 1981.
- PINESCHI La protezione dell'ambiente in Antartide, Milano 1993.
- PISON A. Arte militar, Burgos 1955.
- POLTORAK A. I. - SAVINSKY L. I. Vooroujennye konflikty i mejdounarodnoye pravo, Moskva, 1976.
- POZO SERRANO P. El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado internacional en Afganistán, Anuario de Derecho Internacional, Vol XVIII, 2002.
- PREMONT D. Droits intengibles et états d'exception - Non derogable rights and states of emergency, Bruxelles, 1996.
- QUÉGUINER, J.F. Commentary on the Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III), International Review of the Red Cross, No 865, 2007.
- REMIRO BROTONS A. Derecho internacional, Madrid 1997.
- RIAZA R. La escuela española de Derecho Natural. Revista de cultura y vida universitaria, Zaragoza, 1925.
- ROBERTS A. – GUELFF R. Documents on the Laws of War, Oxford, Clarendon Press, 2000, 3ème édition, 2000.
- RODRIGUEZ VILLASANTE P. Derecho Internacional Humanitario, Valencia, 2002.
- ROGERS A. Law on the Battlefield, Manchester, Manchester University Press, 1996.
- ROLING B.V.A. Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War, RBDI, vol. 12, n° 1, 1976, pp. 8-26.
- RONZITTI N., Armi convenzionali, in Digesto delle Discipline pubblicistiche, Torino, 1987.
- Diritto internazionale dei conflitti armati, Giappichelli, Torino, 1998.
- ROSAS A. The Legal Status of Prisoners of War, Helsinki, 1976.
- ROUSSEAU C. Le droit des conflits armés, Paris, Pédone, 1983.
- RUIZ COLOME M.A. Guerras civiles y guerras coloniales: El problema de la responsabilidad internacional, Madrid, 1996.
- SANDOZ Y. Des armes interdites en droit de la guerre, Genève, 1975.
- SBOLCI L. Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati, Padova, 1995.

- SCHINDLER D. - TOMAN J. The laws of armed conflicts: a collection of conventions, resolutions and other documents. 4th revised and completed ed. Martinus Nijhoff Publishers 2004.
- SINGH N. Nuclear Weapons and International Law, London, 1959.
- SIOTIS J. Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non international, Paris, 1958.
- SPAIGHT J. M. Air Power and War Rights, 3e éd., London, 1947.
- SWINARSKI C. Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honor of Jean Pictet, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984.
- Introducción al Derecho Internacional Humanitario, San José de Costa Rica, 1984.
- TORRELLI M. Le droit international humanitaire, Paris, PUF, Que Sais-Je? n° 2211, 1989.
- VAGLIO M. Il rispetto del diritto umanitario e la commissione d'inchiesta, Napoli, 1998.
- VALENCIA VILLA A. La Humanización de la guerra, Derecho Internacional Humanitario y conflicto en Colombia, Bogotá, 1998.
- VALLADARES G. P. Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos nro. 78, Buenos Aires, 2003.
- Memoria del Seminario para el fortalecimiento de la aplicación en el ámbito nacional del Derecho Internacional Humanitario, Buenos Aires, 2003.
- VENTURINI G. Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale, Milano, 1988.
- VERRI P. Diritto per la pace e diritto nella guerra, Roma 1980.
- Dizionario di diritto internazionale dei conflitti armati, 2a ed., Roma 1987.
- VEUTHEY M. Guérilla et droit humanitaire, Genève, 1976.
- VIÑAL CASAS A. El estatuto jurídico-internacional de los mercenarios, Revista Española de Derecho internacional, Madrid, vol. 30, n° 2-3, 1977, pp. 289-313.
- VITORIA F. De Indis sive de jure belli Hispanorum in barbaros, relectio posterior Lugduni, 1557.
- VITUCCI M. C. Il Tribunale ad hoc per la ex Iugoslavia e il consenso degli Stati, Milano, 1998.
- WILLIAMS The International and National Protection of Movable Cultural Property. A Comparative Study, New York, 1978.

