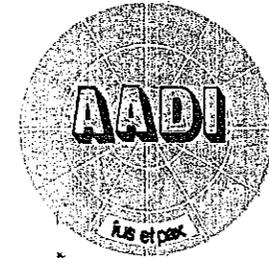


ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



Anuario
Argentino
de
Derecho
Internacional

IV

1990-1991

CORDOBA - REPUBLICA ARGENTINA

LA CALIFICACION DE LAS GUERRAS DE LIBERACION
NACIONAL COMO CONFLICTOS ARMADOS
INTERNACIONALES: CONSECUENCIAS PARA EL
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

ARACELI MANGAS MARTIN *

SUMARIO: INTRODUCCION. EL AMBITO DE PROTECCION DEL ART. 2 DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949: LAS GUERRAS ENTRE ESTADOS Y LA RESISTENCIA A LA OCUPACION EXTRANJERA. II. EL AMBITO DE LA PROTECCION DEL PROTOCOLO ADICIONAL I de 1977: LAS GUERRAS DE LIBERACION NACIONAL. 1. Aproximación a la noción de pueblo con derecho a la libre determinación. 2. La noción de guerra de liberación nacional como conflicto armado internacional; humanitarismo selectivo. 3. La "justa causa" como criterio de distinción entre el conflicto interno y el conflicto internacional. III. LA DESIGUAL PROTECCION DEL COMBATIENTE DEL MOVIMIENTO DE LIBERACION NACIONAL SEGUN LA FINALIDAD DE LA LUCHA. CONSECUENCIAS PARA LA POBLACION CIVIL. IV. OBSERVACIONES FINALES.

* Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca, Directora Ejecutiva de la *Revista de Instituciones Europeas*.

** Abreviaturas utilizadas: AFDJ, *Annuaire Français de Droit International*; AJIL, *American Journal of International Law*; CDDH, *Actas de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados, 1974-1977* (la paginación que se cita se refiere a la versión en español); el número del párrafo es el mismo en todas las versiones lingüísticas de las Actas). CICR, *Comité International de la Cruz Roja*; CIJ, *Cour Internationale de Justice*; JDI, *Journal de Droit International (Clunet)*; RBDI, *Revue Belge de Droit International*; RCADI, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*; *Rev. Dr. Int. et des Sc. Dipl.*, *Revue de Droit International et des Sciences Diplomatiques*; *Riv. Dir. Int.*, *Revista di Diritto Internazionale*; RGDIP, *Revue Générale de Droit International Public*.

I. INTRODUCCION. EL AMBITO DE PROTECCION DEL ART. 2 DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949: LAS GUERRAS ENTRE ESTADOS Y LA RESISTENCIA A LA OCUPACION EXTRANJERA.

Uno de los propósitos que más animó la presencia de los países del Tercer Mundo y también de los países comunistas en la Conferencia Diplomática para la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Humanitario celebrado en Ginebra de 1974 a 1977 fue conseguir la calificación de las guerras de liberación nacional como conflictos armados internacionales a las que son aplicables los Convenios de La Haya de 1907 y los Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección de las víctimas de la guerra. Además este objetivo y sus consecuencias en el estatuto jurídico de "los combatientes de la libertad" venían recubiertos por la nueva ideología del desarrollo fundada en las desigualdades económicas políticas y sociales de los beligerantes a los que un nuevo Derecho Internacional Humanitario debía compensar exceptuando de las condiciones y obligaciones tradicionalmente exigidas al combatiente para poder disfrutar del trato y privilegios del prisionero de guerra.

Además la Asamblea General de las Naciones Unidas había aprobado una decena de Resoluciones en las que se mostraba favorable a la aplicación de los Convenios de Ginebra a los movimientos de liberación nacional. La primera de esas resoluciones fue la Resolución 2383 (XXIII) del 7 de noviembre de 1968 y la última antes de iniciarse la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1974 fue la Resolución 3103 (XXVIII) del 12 de diciembre de 1973 aprobada por 83 votos contra 13 y 19 abstenciones. En esta última, la Asamblea General proclamó solemnemente "que los conflictos armados en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial y extranjera y los regímenes racistas deben ser considerados como conflictos armados internacionales en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949" y a sus combatientes les debía ser acordado el estatuto jurídico previsto en tales Convenios y en los otros instrumentos internacionales, y en el caso de ser hechos prisioneros se les concedería el trato de prisioneros de guerra conforme al III Convenio de Ginebra.

Una vez más la Asamblea General mostraba un gran voluntarismo que no había de caer en el vacío pues sus reiterados deseos se anticiparon a la nueva legalidad aprobada en el Protocolo Adicional I del 10 de junio de 1977. En efecto, el artículo 1.3 del Protocolo Adicional I

asegura "que completa los Convenios de Ginebra del 17 de agosto de 1949" y que su ámbito de aplicación son "las situaciones previstas en el art. 2 común a dichos Convenios". Tales situaciones son los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja "entre dos o varias de las Altas Partes contratantes". Es decir, los Convenios de Ginebra (a excepción de su artículo 3 común sobre los conflictos internos) se aplican a las guerras *entre Estados*, sea una guerra declarada o no y también se aplicará en los casos de ocupación de la totalidad o parte del territorio de una Alta Parte contratante, aunque la ocupación no encuentre resistencia militar; en este caso, la "resistencia" asume la función de un ejército de un Estado incapacitado o impotente para hacer frente al Estado invasor debiendo gozar esa "resistencia" de los mismos derechos pero también de los *mismos deberes* que los combatientes de ese Estado si estuviera en condiciones de resistir la ocupación armada.

Los Convenios de Ginebra de 1949 dan así una protección jurídica a situaciones como las acaecidas en los movimientos de resistencia que en el curso de la Segunda Guerra Mundial se habían visto desamparados en su lucha contra el invasor nazi, por un lado, al no estar prevista su situación en el Convenio de Ginebra del 27 de julio de 1929 sobre el trato de prisioneros de guerra y, por otro, al estipular los acuerdos franco-alemán y franco-italiano de 1944 que los ciudadanos franceses e italianos que continuaran su lucha contra Alemania o Italia serían considerados como francotiradores. La intervención del CICR en favor de los prisioneros franceses hizo que las autoridades italianas y alemanas cambiasen de actitud y renunciaron a invocar tales acuerdos, concediéndoles el trato de prisioneros de guerra, —como ha señalado J. P. COLIN—, tanto por razones de reciprocidad como de ventaja política en sus relaciones de colaboración con las autoridades francesas¹.

¹ COLIN, J. P.: "Guerres et luttes armées ou le droit introuvable", en *De la dégradation du droit des gens dans le monde contemporain*, Ed. Anthropos, Paris, 1981, pp. 178-179. Vid. también KLAUT, P.: "Guerre de partisans et droit international", *Revue yougoslave de Droit International*, 1956-1, pp. 94 y ss.; BIERZANEK, R.: "Le statut juridique des partisans et des mouvements de résistance armée", *Mélanges Juraj Andrassy*, Nijhoff, La Haya, 1968, pp. 54 y ss.

H. EL AMBITO DE PROTECCION DEL PROTOCOLO ADICIONAL I:
LAS GUERRAS DE LIBERACION NACIONAL.

Así pues, el Protocolo Adicional I se aplica a las guerras entre Estados y a esas situaciones de resistencia previstas en el art. 2 común a los Convenios de Ginebra; pero el art. 1.4 del Protocolo I *añade*, por una extraña interpretación, que las situaciones del art. 2 de los Convenios de Ginebra comprenden también "los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas".

Este art. 1 fue aprobado en la Comisión I con el voto favorable de 70 Estados (los países del Tercer Mundo y comunistas a los que se unió Noruega) y votaron en contra 21 Estados y se abstuvieron 13 Estados². En el Pleno de la Conferencia sólo tuvo un voto en contra (Israel) y once abstenciones³.

El texto actual del art. 1.4 del Protocolo Adicional I procede de una enmienda que aunque fue presentada por Argentina, Honduras, México, Panamá y Perú⁴ aunaba otras dos enmiendas, una, patrocinada por los países comunistas⁵ y otra patrocinada por 51 Estados del Tercer Mundo⁶. Por el contrario, el proyecto del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR), establecía en su art. 1 que el Protocolo I sería aplicable a los conflictos armados a los que se refiere el art. 2 común a los Convenios de Ginebra sin incluir una nueva categoría de conflictos internacionales. Ahora bien, en el art. 42 del Proyecto del Protocolo I se preveía la posibilidad de un tercer párrafo que decía así:

² Votaron en contra: Africa del Sur, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, EE.UU., Francia, Israel, Italia, Japón, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, República de Corea, RFA, Reino Unido, Suiza y Uruguay.

Se abstuvieron: Australia, Austria, Birmania, Brasil, Chile, Colombia, Grecia, Guatemala, Irlanda, Filipinas, Santa Sede, Suecia y Turquía.

³ Se abstuvieron en la sesión plenaria: Canadá, España, EE.UU., Francia, Guatemala, Irlanda, Italia, Japón, Mónaco, RFA y Reino Unido.

⁴ CDDH/I/71, (20 de marzo de 1974), vol. III, p. 8.

⁵ CDDH/I/5 y Add. 1 y 2, (7 de marzo de 1974), vol. III, p. 5.

⁶ CDDH/I/41 y Ad. 1 a 7 (14 de marzo de 1974), vol. III, p. 7.

"en los casos de luchas armadas en que los pueblos ejercen su derecho a disponer de sí mismos, tal como lo garantizan la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los miembros de los movimientos organizados de liberación que reúnan las condiciones aquí mencionadas serán tratados como prisioneros de guerra durante todo el tiempo de su detención". Como puede observarse ampliaba las protecciones humanitarias a estos combatientes *sin distinguir la finalidad de la lucha*.

El actual párrafo 4 del art. 1 del Protocolo Adicional I utiliza sesgadamente conceptos jurídicos de aceptación general en el Derecho Internacional contemporáneo, reconocidos como principios básicos en el seno de la ONU y expresados en las Resoluciones 1514 (XV) de la Asamblea General del 24 de octubre de 1960 y en la Resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970. Al proponer y luego aprobar este texto que amplía el ámbito de aplicación de los Convenios de Ginebra a *ciertas* guerras de liberación nacional, se estaban conduciendo nociones jurídicas del Derecho Internacional contemporáneo, aunque muy restrictivamente, hacia el Derecho Humanitario.

Ciertamente el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra puede ser entendido de forma evolutiva, aún respetando su sentido delimitador de conflictos entre Estados o entre un Estado y un pueblo que se resiste a una ocupación extranjera. En 1949 aún no se pensaba en las guerras de liberación nacional pero los acontecimientos posteriores de los años 1955 a 1974 permitieron tender un vínculo e incluir las guerras de liberación nacional como conflictos armados internacionales y por ello, el art. 1.4 del Protocolo Adicional I completa el art. 2 común a los Convenios de Ginebra. Desde luego, esta interpretación de conceptos evolutivos parece conforme a los principios que se enuncian en el Dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 1971 sobre *la permanencia de Sudáfrica en Namibia*⁷; en este sentido la interpretación, especialmente a partir de 1970, del art. 2 común a los Convenios de Gi-

⁷ C.I.J.; "Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) non obstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité", *Recueil* 1971, pp. 31-32.

nebra debía integrar la evolución del Derecho Internacional en materia de territorios no autónomos que se inicia con la citada Resolución 1514 (XV) y que se perfeccionó en la también citada Resolución 2625 (XXV).

El párrafo 6 de esta última Resolución afirma que "el territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta, condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra; y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o el territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta...". Extrayendo las consecuencias de esa afirmación sobre la condición jurídica distinta y separada de la colonia, reafirmada por el Tribunal Internacional de Justicia en su *Dictamen consultivo sobre el Sahara Occidental*⁸, si trasladamos esas consecuencias a los conflictos armados entre metrópoli y colonia, se llega a la conclusión de que un pueblo sometido a dominación colonial está legitimado para defenderse mediante la fuerza contra el Estado con el mismo derecho y con el mismo régimen jurídico que el Estado cuando hace frente al ataque armado de otro Estado agresor, o que un pueblo resiste una ocupación extranjera en el sentido del art. 2 común a los Convenios de Ginebra.

Otro aspecto relevante de la Resolución 2625 (XXV) ha sido reconocer que el pueblo sometido a dominación colonial no puede ser objeto de medidas de fuerza para privarle de su derecho a la libre determinación en virtud del principio de la prohibición del uso de la fuerza y de no intervención, y permitiendo, por el contrario, a ese pueblo, eventualmente sometido, hacer uso de un derecho de resistencia contra esas medidas de fuerza⁹. Se reconoce a los pueblos el derecho a "luchar" contra el Estado extranjero y esa guerra ha de conducirse conforme a las leyes de la guerra entre Estados. Por ello, tiene pleno sentido esa afirmación de R. J. DUPUY al decir que las Naciones Unidas en el plano normativo

⁸ C.I.J., "Sahara Occidental", *Recueil*, 1975, pp. 31-33 y 67-68.

⁹ Resulta muy interesante el estudio de A. CASSESE sobre los ámbitos de acuerdo y desacuerdo de los Estados (occidentales, comunistas y Tercer Mundo) en relación con el uso de la fuerza por los Movimientos de Liberación Nacional ("Le Droit International et la question de l'assistance aux Mouvements de Liberation Nationale", RBDI 1986-2, pp. 307-326). Vid. también WILSON, *International Law and The Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford, 1988.

han llevado bastante lejos su esfuerzo de asimilación funcional de los movimientos al Estado¹⁰.

Desde luego, la guerra de liberación nacional en el marco de la dominación colonial clásica es un conflicto internacional (no interestatal). Desde 1960 la relación colonial es incontestablemente una relación internacional¹¹ en la que un pueblo sometido a la dominación extranjera o colonial está privado de su derecho a determinar libremente su condición política, en definitiva, de su derecho a ser un Estado. Por ello, todos los Estados deberán cesar toda acción armada o medida represiva contra esos pueblos que desean ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa.

1. Aproximación a la noción de pueblo con derecho a la libre determinación.

La noción de pueblo con derecho a la libre determinación, que aparece de forma más elaborada en la Resolución 2625, se configura no sólo en torno a la relación colonial clásica¹² sino al derecho de todo pueblo para decidir su propio régimen político, económico, social y cultural, para decidir, en definitiva, su propio destino. Sin embargo, un pueblo que no se encuentra en esas situaciones de dominación colonial clásica y que conviva con otros pueblos de un Estado y comparta con éstos en igualdad de oportunidades el Gobierno de ese Estado, sin distinciones de raza, credo o color, no está autorizado a llevar a cabo acción

¹⁰ DUPUY, R. J.: "Communauté Internationale et disparités du développement", RCADI, 1979-IV, pp. 144-145.

¹¹ Véanse los argumentos expuestos por SALMON, J. J. A.: "La Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du Droit International Humanitaire et les guerres de libération nationale", RBDI, 1976-1, pp. 39-49.

Vid. también ABI-SAAD, G.: "Wars of national liberation and the law of war", *Annales d'études internationales*, 1972, pp. 93-113. CHAUMONT, Ch.: "La recherche d'un critère pour l'intégration de la guérilla au droit international humanitaire contemporain", *Mélanges Charles Rousseau*, Pédone, Paris, 1974, pp. 43-61; FUJITA, H.: "La guerre de libération nationale et le Droit international humanitaire", *Rev. Dr. Int. et des Sc. Dipl.*, 1975-2, pp. 81-126; ESPADA RAMOS, M. L.: "Legalidad de las luchas de liberación nacional", *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, 1976, pp. 119-175; HASBI, A.: *Les mouvements de libération nationale et le Droit International*, Ed. Stouky, Rabat, 1981, pp. 173-185.

¹² En la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las N.U. del 24 de octubre de 1960, el derecho a la libre determinación se configura casi exclusivamente en favor de los pueblos sometidos estrictamente a dominación colonial.

alguna que quebrante o menoscabe, total o parcialmente, la integridad territorial de un Estado soberano e independiente que se conduzca de conformidad con el principio de libre determinación (párrafo 7 de la Resolución 2625). De este límite y de su contexto político real, se llega a la conclusión de que pese a la formulación "todo pueblo" de la Resolución citada, se hace una *interpretación restrictiva* de la noción de pueblo en el art. 1.4 del Protocolo Adicional I.

Ciertamente, en el Derecho Internacional contemporáneo es difícil desligar la noción de pueblo, en el contexto de la libre determinación, de la situación de los pueblos sometidos a dominación colonial, racista o extranjera¹³. Para los pueblos que se encuentran en esa triple situación, el derecho de libre determinación constituye una reivindicación total y absoluta que se consuma siendo soberano e independientes.

Pero cabe también una *interpretación amplia* de la noción de pueblo. La Resolución 2625 (XXV) puso fin teóricamente al enfrentamiento entre aquellos Estados que consideraban este derecho limitado a las situaciones coloniales o de ocupación extranjera, y los que sostenían que siendo un derecho humano, como habían consagrado indudablemente los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, era un derecho a invocar por *todo pueblo*. Ciertamente, si el derecho a la libre determinación se limitase a la tríada de situaciones que contempla el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I, prácticamente sería un derecho ya ejercido por todos los pueblos, salvo la dramática situación en Sudáfrica y algunos casos coloniales aislados (Timor); por tanto, no tendría ya ningún sentido y sería tanto como decir que este derecho no puede ser ejercido más que una sola vez¹⁴.

¹³ Para A. HASBI "el pueblo corresponde a una entidad no identificable en sí en términos explícitos del Derecho Internacional... la noción de pueblo no adquiere un sentido inteligible y operativo en la jerga internacional más que cuando es seguido de calificativos ya tradicionales: colonial, bajo dominación racial o extranjera. Sin olvidar la significación de base, es decir, de pueblos constituidos en Estado", (op. cit., p. 484).

¹⁴ CALOGEROPOULOS señala que la confusión en torno al principio de la libre determinación limitado al contexto colonial radica en que la Resolución 2625 designa con los mismos términos situaciones distintas: "de un lado, los 'pueblos' a los que se trata de reconocer un derecho a la independencia y, de otro a los 'Estados' ya constituidos a los que se confirma su derecho a la conservación de su soberanía. Se introduce la idea de que una vez constituido el Estado, éste es el depositario y el garante de la libre disposición del pueblo que él rige, lo que lleva a hacer del derecho de los pueblos un derecho del Estado y no del pueblo" (en *Le Droit des peuples à disposer d'eux mêmes*, Bruylant, Bruselas, 1973, p. 198).

Claro que, a pesar de que "el derecho de los pueblos y las naciones a disponer de sí mismos... es la condición previa al goce total de todos los derechos fundamentales del hombre" y figura en el primer de los artículos de los citados Pactos, los pueblos del Tercer Mundo que ya han ejercido ese derecho esencial, alcanzando su independencia de la metrópoli, se han anclado en ese primer artículo y no se han preocupado por el respeto de los restantes derechos humanos y libertades fundamentales en el orden interno.

En el texto de la Resolución 2625 triunfó *formalmente* una noción amplia de pueblo con derecho a libre determinación, pero no se llegó a precisar el alcance del derecho *dentro del Estado constituido y, de nuevo, es ambigua la noción de pueblo que dentro de un Estado tendría derecho a ejercer la libre determinación.*

En efecto, no resulta tan fácilmente inteligible el derecho de los pueblos a la libre determinación cuando éstos ya están constituidos en Estado. Para que pueda ser protegido ese derecho en el caso de un pueblo de un Estado constituido, ese pueblo tendrá que probar ante las Organizaciones Internacionales, de manera preferente ante las Naciones Unidas y ante los Organismos Internacionales de su ámbito geográfico, que reúne "las condiciones" (por otra parte indefinibles) para ser pueblo con derecho en el orden internacional a disponer libremente de sí mismo, condiciones muy diferentes y difíciles de probar y hacer valer, lo que choca con la fácil identificación de los pueblos calificados como coloniales, dominados racialmente o por gobiernos extranjeros. De esta forma, los órganos internacionales que califican tales situaciones deben tener en cuenta sus aspiraciones profundas, así como la imposibilidad de una vida en común y la falta de cohesión nacional.

Estas cuestiones son delicadas jurídica y políticamente porque es en el interior del Estado donde irrumpe la contradicción entre libre determinación e integridad territorial. El Estado tiene el derecho, protegido por el orden internacional, a conservar y defender su soberanía y su unidad nacional. Tanto la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1960 (párrafo 6º) como la citada Res. 2625 (XXV) de 1970 (párrafos 7º y 8º) expresamente disponen que el derecho a la libre determinación no debe ser entendido en el sentido de que autoriza a fomentar acción alguna encaminada a quebrantar o

menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos independientes que se conduzcan de conformidad con este principio y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color. Desde esa perspectiva del derecho de la libre determinación como un derecho a la propia organización y a la soberanía, ese derecho no debe poner en peligro la intangibilidad de la integridad territorial y unidad del Estado¹⁵.

Pero en aquellas situaciones en las que una colectividad dentro de una estructura estatal desea separarse de un Estado y constituir su propio Estado al amparo del principio de libre determinación del Derecho Internacional contemporáneo, es cuando se observa el choque brutal con el Derecho Internacional clásico (al que también se aferran los nuevos Estados, una vez independizados) en el que el Estado es el único competente para reconocer el derecho de secesión, independientemente de la voluntad de esa colectividad¹⁶.

Las estructuras estatales no pueden aceptar normas nacionales ni internacionales que prevean su propia destrucción, hasta el punto de que, una vez más, el doble standard normativo emerge, especialmente, en estos Estados multirraciales y multinacionales surgidos de la descolonización que no toleran que ese derecho de libre determinación sea invo-

¹⁵ Este es el sentido de la "declaración interpretativa" de España al art. 1.4 y 96.3 del Protocolo I de modo que el uso de la fuerza prohibido por el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas se entiende desarrollado y reafirmado por ese párrafo 6º de la Resolución 1514 (XV) y 2625 (XXV): no puede haber un uso legítimo de fuerza al amparo de la libre determinación cuando ésta menoscaba o pone en peligro la unidad nacional e integridad territorial de un Estado. España ha ratificado el 21 de abril de 1989 los dos Protocolos Adicionales (conflictos armados internacionales e internos), aceptando la competencia de la Comisión de Investigación prevista en el art. 90 del Protocolo I. Entraron en vigor el 21 de octubre de 1989 (*Boletín Oficial del Estado*, 26 de julio, 7 y 9 de octubre de 1989).

¹⁶ La irritante versatilidad que imprimen al Derecho Internacional los Estados del Tercer Mundo es bien elocuente en las palabras del Delegado de Pakistán, Sr. Shah, ante el pleno de la Conferencia Diplomática de 1974-1977: "ningún grupo de la población que haya conseguido poner término a la dominación extranjera y obtenido su independencia nacional podrá sostener legítimamente que un movimiento de secesión respecto del gobierno nacional es un hecho en pro de la libre determinación". Pero por otro lado, es que ni tan siquiera el concepto de conflicto armado sin carácter internacional "sería aplicable a un conflicto armado desencadenado por un grupo racial o étnico contra su propio gobierno central", (CDDH/SR. 11 (5 de marzo de 1974), vol. V, pár. 36, p. 116). Es decir, que ni tendría el beneficio del artículo 3 aplicable en los conflictos internos.

cable por esos grupos raciales o nacionales frente a Estados recientemente descolonizados¹⁷. Los acontecimientos internacionales demuestran que los países del Tercer Mundo que han logrado recientemente la independencia son los que con mayor violencia y fanatismo ahogan cualquier reivindicación de los grupos nacionales o raciales internos en favor de su autodeterminación e independencia frente al Estado.

2. *La noción de guerra de liberación nacional como conflicto armado internacional: humanitarismo selectivo.*

Si la noción de pueblo con derecho a libre determinación es una noción ambigua y abandonada a la coyuntura política del interés de los Estados de la región, con una dimensión formal y retórica ("todo pueblo") y una dimensión real muy rigurosa ("dominación colonial, extranjera o racista"), la noción de guerra de liberación nacional tiene igual o mayor imprecisión político-jurídica. En buena medida la ambigüedad y equívocidad es la misma de la noción de pueblo, de movimiento de liberación nacional y de guerra de liberación que envuelve al principio de libre determinación: al fin y al cabo, pese a su atribución a los pueblos, se reconoce y se ejerce en provecho *de los Estados* y es la Comunidad Internacional la que selecciona a los "pueblos", elige a sus movimientos de liberación nacional y la que reconoce cuáles de sus guerras son de liberación nacional.

En efecto, cabe preguntarse si las guerras de liberación nacional son solamente aquellas en las que los movimientos de liberación nacional luchan contra la metrópoli (los frentes de liberación nacional de diversos países africanos contra potencias europeas) o contra el ocupante extranjero (OLP frente a Israel) o contra la dominación racial-colonial (SWAPO, ANC contra Sudáfrica) o abarcaría a otros movimientos de liberación nacional y a otras guerras de liberación llevadas por otros pueblos contra otros tipos de dominación.

¹⁷ Para R. J. DUPUY este fenómeno que impide oponer ese derecho frente a un Estado nuevo o descolonizado es tanto más notable en la medida en que los gobiernos de este tipo de Estados no están siempre al abrigo de tentaciones racistas o de intolerancia respecto de una parte de su población que practica, por ejemplo, una u otra religión (loc. cit., RCADI, 1979-IV, p. 151).

Vid. también POMERANCE, M.: *Self-Determination in Law and Practice. The New Doctrine in the United Nations*, The Hague, 1982.

La delimitación seguida por la Conferencia Diplomática de 1974-1977 para calificar de conflictos armados internacionales las guerras de liberación nacional llevadas a cabo por los movimientos de liberación nacional fue extraordinariamente selectiva al aceptarse únicamente esa triple motivación (dominación colonial, racista o extranjera). Por el contrario, la enmienda de un grupo de países heterogéneos del Tercer Mundo, comunistas y algún país occidental¹⁸, al hacer referencia a *todas* las luchas de los pueblos en ejercicio de su derecho de libre determinación en el amplio sentido de la formulación de dicho principio en la Resolución 2625, hubiera permitido abarcar las guerras de liberación nacional actuales y previsiblemente futuras que están fuera del contexto colonial históricamente extinguido.

No se puede negar que las guerras contra la dominación colonial, extranjera o racista sean conflictos armados internacionales, pero sí es criticable que la Conferencia Diplomática "legislase" en el artículo 1.4 del Protocolo I para el pasado¹⁹, y movida por intereses de mera imagen política. Cabe preguntarse si únicamente los pueblos sometidos a dominación colonial tienen derecho a la libre determinación.

Desde luego, a la luz del art. 1.4 del Protocolo I no todas las guerras de liberación nacional son conflictos armados internacionales. Así, hay otras guerras de liberación nacional que están excluidas de la protección humanitaria del Protocolo I en las que esos pueblos luchan por determinar libremente su condición política, económica, social y cultural dentro del Estado en el que se encuentran y no tienen otra opción para su desarrollo libre e igual que la lucha armada. Estas *otras* guerras de liberación nacional no son conflictos armados internacionales. Luego,

¹⁸ CDDH/I/11 y Add. 1 a 3, (8 de marzo de 1974), vol. III, p. 5; su texto decía así: "Las situaciones previstas en el párrafo precedente incluyen las luchas armadas de los pueblos en ejercicio de su derecho de libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y definido en la Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referidas a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas".

Hay que señalar que esta enmienda, que al menos hubiera sido más pertinente jurídicamente que el actual art. 1.4 del Protocolo I, fue abandonada por 18 de sus 21 Estados firmantes (mantuvieron su apoyo Noruega, Austria, Emiratos Arabes) que pasaron a apoyar las enmiendas que dieron lugar al actual texto del art. 1.4 del Protocolo I.

¹⁹ En el mismo sentido F. KALSHOVEN opina que el art. 1.4 del Protocolo I ha llegado "un poco tarde" (en "Arms, Armaments and International Law", RCADI, 1985-II, p. 292).

habrá que aceptar que casi todas, prácticamente todas las guerras de liberación nacional de finales de los setenta y en los años ochenta son conflictos armados internos y se rigen por el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo Adicional II²⁰.

En 1977 cuando se adoptó el Protocolo I la descolonización ya llegaba a su fin con el acceso a la independencia de las colonias del último imperio colonial, el portugués. Así pues, la dimensión colonial de las guerras de liberación nacional que serían conflictos armados internacionales nació *sin ningún propósito jurídico-humanitario* y tan solo puede encontrar utilidad en algunas situaciones coloniales marginales. En relación con la dominación racial, donde se ha producido (Rhodesia en su día) o se mantiene aún (Sudáfrica) tiene un componente colonial determinante. Y la dimensión de ocupación extranjera ya venía contemplada por el art. 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 al calificar de conflictos armados internacionales "los casos de ocupación de la totalidad o parte del territorio de una Alta Parte contratante, aunque la ocupación no encontrara resistencia militar".

Pero, además, si el art. 1.4 del Protocolo I se observa desde la perspectiva de un Estado en el que eventualmente se desarrolla un conflicto armado y en el que un movimiento de liberación nacional invoca cualquiera de las tres causas o finalidades del art. 1.4, la redacción misma de ese precepto hará imposible que un Estado acepte encontrarse en esas situaciones y, por ende, no permitirá la aplicación de los Convenios de Ginebra ni del Protocolo I porque tendría que autocalificarse, ante la otra parte contendiente (el movimiento de liberación nacional y el pueblo al que representa) y ante la Comunidad Internacional, como gobierno colonial, o racista o extranjero.

Políticamente el art. 1.4 del Protocolo I lleva a una situación absurda y en la práctica no completa ni amplía jurídicamente el ámbito de aplicación del derecho de los conflictos armados porque en dos de las tres situaciones que contempla (guerras coloniales y raciales) son casos aisla-

²⁰ Como ha señalado J. P. COLIN "no es atrevido avanzar la idea de que en definitiva la protección no será concedida más que a las víctimas de las guerras de liberación "reconocidas" como tales, según los procedimientos adecuados... los otros movimientos quedan fuera de la esfera jurídica y los combates que llevan no tienen ninguna posibilidad de ser asimilados a un conflicto armado internacional y de acogerse al Protocolo I" (loc. cit., p. 185).

dos y en el tercero de los casos (ocupación) ese art. 1.4 a lo sumo reafirma el derecho existente (art. 2 de los Convenios de Ginebra).

Pero si en los años sesenta o setenta el Protocolo I hubiera estado en vigor, no habría amparado guerras de liberación nacional tales como las de Biafra o Bangladesh. Difícilmente se puede negar a los más de diez millones de Ibos en Biafra, a pesar de su derrota, que reunían las características de un pueblo con derecho a la libre determinación y que su prolongada e intensa guerra por ejercer su derecho a la libre determinación no era una guerra de liberación nacional solo por el hecho coyuntural de que el Estado del que querían separarse para decidir su futuro propio era un Estado, a su vez, recientemente independizado²¹.

El caso de Bangladesh es aún más relevante porque hoy nadie le niega a ese pueblo el legítimo derecho a ser Estado soberano e independiente y, sin embargo, si su lucha se hubiera producido bajo el derecho de los conflictos armados vigente desde 1978, la calificación jurídica sería la de un conflicto interno y su lucha por la independencia lograda no hubiera podido ser calificada jurídicamente de una guerra de liberación nacional²². Y podrían nombrarse otros pueblos como los Kurdos o los eritreos que tienen aún pendiente sus aspiraciones a ser Estado y que con ese fin desde hace años llevan a cabo una lucha sangrienta a la sombra del desinterés de la Comunidad Internacional.

Igualmente, guerras de liberación nacional de finalidad revolucionaria como la triunfante en Cuba contra el régimen de Batista o en Nicaragua contra la dictadura somozista o en Vietnam serían rechazadas como guerras de liberación nacional por el art. 1.4, del Protocolo I, a pesar de que en esos casos sectores importantes de la población sufrían la arbitrariedad y opresión económica y política que ejercían los gobiernos asentados en esos países. En esas situaciones y otras semejantes previas a su lucha revolucionaria, tales pueblos no disponían de elecciones libres y no podrían esos pueblos determinar libremente su condición

²¹ Vid, entre otros, MERTENS, P.: "Les modalités de l'intervention du Comité International de la Croix Rouge dans le conflit du Nigéria", AFDI, 1969, pp. 197 y ss.; WODIE, F.: "La sécession du Biafra et le droit international public", RGDI, 1969, pp. 1018 y ss.; SALMON, J. J.: *La reconnaissance d'Etat. Quatre cas: Mandchoukwo, Katanga, Biafra, Rhodésie du Sud*, Colin, Paris, 1971.

²² FRANK, T. and RODLEY, S. N.: "After Bangladesh: The law of humanitarian intervention by military force", AJIL, 1963, pp. 27 y ss.; DREYFUS, P.: *Du Pakistan au Bangladesh*, Artand, Paris, 1972.

política y proseguir su desarrollo económico, social y cultural; a tales pueblos no se les podía negar que en su guerra de liberación nacional contra un poder político opresor²³ les amparaba tan *justa causa*²⁴ como la del FLN de Argelia contra la metrópoli o la lucha de la Francia Combatiente contra la dominación nazi.

No quisiera seguir con este ilimitado juego de ejemplos comparativos. Sin dudar que las guerras coloniales eran conflictos armados internacionales por la condición jurídica distinta y separada del territorio no autónomo y dado que las situaciones coloniales son cada vez más raras, no tenía sentido ese art. 1.4 del Protocolo I ensalzando, en nombre del derecho a la libre determinación de los pueblos, ciertas guerras de liberación nacional del pasado a cuyas víctimas ya no se podía proteger humanitariamente y por el contrario condenando convencionalmente todas las guerras de liberación nacional del presente y del futuro en nombre de la sacralizada soberanía²⁵.

En este sentido creo que hubiera sido más pertinente jurídicamente y, desde luego, mucho más progresista políticamente el proyecto del CICR, que no entraba a calificar esos conflictos ni la finalidad de los mismos; el proyecto del CICR amparaba a los combatientes de los "movimientos de resistencia" y se guardaba así una coherencia con los Convenios de Ginebra y con las Resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, reconociéndose a los miembros de los mismos el estatuto de prisionero de guerra. Esta solución les concedía la máxima protección humanitaria a la que un combatiente puede aspirar, sin llegar a la absurda pretensión del Protocolo I de obligar a un gobierno a reconocerse como gobierno opresor, extranjero o colonialista.

²³ Para A. CALÓGEROPOULOS (op. cit., p. 187) "... otra situación que puede dar nacimiento a la aplicación del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos entrañando la secesión es la resultante de la opresión, de la negación por el Estado de objetivos que le son asignados" y considera que el recurso a medidas opresoras muestra un divorcio entre el Estado y una parte de la población, palabras que nos recuerdan mucho la ponderada doctrina de Vattel.

²⁴ He de precisar que la consideración de la finalidad justa o injusta de una lucha en estas reflexiones comparativas no presupone un juicio favorable de los regímenes actuales del conjunto de Estados citados.

²⁵ El delegado de Rumania llegó a decir que el propósito primero de la reafirmación y del desarrollo del derecho humanitario es consolidar la soberanía de los Estados, CDDH/SR, 33, vol. V, p. 380.

La realidad de esos mismos Estados que votaron a favor del art. 1.4 del Protocolo I prueba que la única calificación que aceptan, y no para sí sino para las guerrillas que les hostigan, es la de bandidaje y terrorismo²⁶.

Desde luego, la mención selectiva a las guerras de liberación nacional no obedecía a propósitos humanitarios sino a intereses políticos de fácil imagen externa que disfrazasen las realidades internas y, lo que es más grave aún, es que, bajo el pretexto de que las únicas guerras de liberación nacional admisibles (las pasadas) ya tenían la máxima protección humanitaria al alcanzar la calificación de conflictos armados internacionales, la intención soterrada de la mayoría de los países del Tercer Mundo era impedir que se aprobase unas normas protectoras relativas a los conflictos armados internos. En efecto, estuvieron a punto de hacer desaparecer el Protocolo Adicional II aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional ante los continuos ataques al proyecto del CICR y solo una gestión in extremis permitió salvar algunos artículos del Proyecto de Protocolo II fruto de enmiendas consensuales y aprobarse finalmente un Protocolo II ya desarbolado.

3. La "justa causa" como criterio de distinción entre el conflicto interno y el conflicto internacional.

Es bien sabido que en la Edad Media la Iglesia difundió la doctrina de las guerras justas para poner fin a la multiplicación de los conflictos entre señores feudales, legitimando sólo aquellas guerras que reunían ciertas condiciones, a saber, cuando el Príncipe tenía un justo título, una justa causa y una intención recta. Mientras la Iglesia mantuvo su autoridad espiritual esa doctrina que restringía el *ius ad bellum* tuvo un intérprete neutro e imparcial.

²⁶ Comparto la opinión de M. MERLE cuando dice que no puede defenderse contra la impresión molesta de que los países del Tercer Mundo, disponiendo de la mayoría en el seno de la Conferencia de Ginebra adoptaron una actitud muy hostil frente a los movimientos subversivos. "El combatiente de las luchas de la liberación es un héroe que tiene derecho a los honores de la guerra, pero el mismo combatiente puede ser un criminal o un traidor si desafía las estructuras o la autoridad de los que tienen el poder surgido de las luchas anticoloniales". ("Evolution de la figura du combattant", en *De la dégradation du droit de gens...*, op. cit., p. 117).

Sin embargo, la Reforma, con la ruptura del monopolio espiritual por la Iglesia Católica, y las Monarquías Absolutas, con el fortalecimiento de la autoridad temporal del Monarca, diluyeron algunas condiciones subjetivas, como la justa causa y la intención recta, al relativizarse las relaciones internacionales. Todos los Príncipes invocan una causa para hacer la guerra y todas las causas podían ser justas para cada Estado. Lo que importaba, para saber si una guerra era legítima, era que la autoridad que declarase la guerra tuviera un justo título, es decir, que estuviera legitimada para hacerlo y esa legitimación para la guerra, que se define como una relación de Estado, sólo la tenía la máxima autoridad del Estado, el monarca o príncipe. Así, en la Edad Moderna, bajo la inspiración de Grocio, se abandonan las condiciones subjetivas que, por otra parte, no frenaron el fácil recurso a la guerra en aquellos siglos tumultuosos. Desde el siglo XVII sólo el Príncipe puede declarar la guerra conforme a ciertas formas. El *ius ad bellum* es monopolizado por el Estado, que es el único que puede ejercer la violencia legítima, y los combatientes al servicio de esa guerra declarada por el Estado, de esa guerra que es legal, se ven protegidos por las normas del *ius in bello*.

Esta doctrina, consagrada en los Convenios de La Haya de 1907, comenzó a quebrarse parcialmente a partir de 1945, al declarar la Carta de las Naciones Unidas la prohibición del uso o amenaza de fuerza en las relaciones internacionales. Y desapareció formalmente el *ius ad bellum* de los Estados. Ahora bien, en caso de producirse una guerra entre Estados, (hecho que, si bien el Derecho Internacional prohíbe, no ignora que pueda existir), los combatientes de esos Estados gozarán de las protecciones humanitarias durante la guerra (*ius in bello*).

El *ius in bello* ha mantenido y mejorado sus protecciones a lo largo del siglo XX en favor de esos combatientes al servicio del Estado, independientemente ya de la causa, intención o título del Estado que hace la guerra porque su finalidad es humanitaria, proteger a todas las víctimas del conflicto armado sin condicionar o seleccionar a los combatientes de una Parte u otra en base a la finalidad de la causa o del título por el que combaten. El *ius in bello* se aplica automáticamente a las relaciones de guerra entre Estados. Esta ha sido la gran aportación del Es-

tado moderno y del Derecho Internacional Humanitario y que, obviamente, la proscripción de la legalidad de la guerra no ha eliminado.

Casi en paralelo, según se ha ido confirmando jurídicamente la prohibición del *ius ad bellum*, también jurídicamente se han ido reforzando los mecanismos de humanización de la guerra (Pacto Briand-Kellog, (1928), Convenios de Ginebra de 1929, Carta de las Naciones Unidas de 1945, Convenios de Ginebra de 1949).

Pero en la Conferencia de 1974-1977 para la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario irrumpió con fuerza una de las condiciones de la guerra justa: *la justa causa*. Los Estados no pueden invocar justo título ni justa causa. Pero los pueblos no se ven afectados por la proscripción del uso de la fuerza y su lucha se legitima en función de su causa (dominación colonial, racista o extranjera). Pero es más, la actualización de la teoría de las guerras justas ha servido fundamentalmente para establecer una distinción entre conflicto armado interno y conflicto armado no internacional.

Estas dos categorías clásicas del conflicto armado disponen desde 1977 de un criterio subjetivo que facilita la ubicación en una u otra categoría de los conflictos armados actuales: la motivación de un determinado conflicto le situará en una u otra categoría según la adscripción ideológica de la entidad u organismo que hace la calificación. Téngase en cuenta que la distinción entre conflicto armado interno y conflicto armado internacional no es una cuestión meramente académica, sino que la calificación y aceptación de un conflicto armado como conflicto armado internacional cambia el régimen jurídico humanitario en el que se desenvuelven las hostilidades con una amplia protección de sus víctimas; especialmente, los combatientes podrán disfrutar del estatuto de prisionero de guerra²⁷.

Si la existencia de una guerra interestatal implicaba automáticamente la aplicación del *ius in bello* sin atender a su "derecho" o legitimidad

²⁷ Ch. ZORGBIBE ha señalado que la reaparición de la noción teológica de guerra justa "... privilegia el estatuto de los combatientes de ciertas guerras de descolonización (y no de todas), mientras que ciertas luchas contra un gobierno legal, tendientes al cambio de régimen político o del gobierno pueden ser tan legítimos para la opinión pública internacional... la calificación internacional de ciertas categorías de conflictos... no conduce a la humanización del conflicto" ("Pour une réaffirmation du Droit Humanitaire des conflits internes", *JDI, Clunet*, 1970, p. 672). Otra crítica semejante en HASBI, A.: op. cit., p. 415.

para iniciar las hostilidades e independientemente de quien fuera el agresor, ahora, desde 1977, cuando la guerra *no es interestatal* pero sí internacional, porque una de las partes es un Movimiento de Liberación Nacional, ante todo habrá que averiguar y tendrá que probar ese Movimiento de Liberación Nacional su *ius ad bellum* para que se pueda proteger adecuadamente a las víctimas²⁸.

La delegación noruega fue la que más se esforzó a lo largo de la Conferencia Diplomática para convencer con sentido común y ponderados argumentos sobre el conjunto de cuestiones tanto jurídicas como de carácter humanitario que deberían inspirar los Protocolos. Así, en relación con la distinción de los conflictos armados en función de su justa causa el Señor Longva afirmó que "no se trata en modo alguno de pronunciarse sobre la legitimidad de las luchas armadas, sino de lograr la aplicación del Derecho Humanitario a todos los conflictos armados"²⁹.

No se puede confiar la protección humanitaria de las víctimas de un conflicto armado, ya sean personas civiles, combatientes, heridos, etc. a la opinión que se tiene de la legitimidad de la lucha de la otra parte³⁰. Así puede ocurrir que un Estado del Tercer Mundo o comunista se niegue a aplicar ese Estatuto favorable a los movimientos de liberación nacional o grupos rebeldes o disidentes, que luchan por un cambio de régimen, justificando su negativa en que la causa de tales grupos no ha sido aceptada en el Protocolo I y, por tanto, no tienen una justa causa y su guerra no es legal. Es el caso de Angola, donde hasta el 11 de septiembre de 1975 el gobierno portugués tenía que haber reconocido, al menos, el carácter internacional del conflicto armado, (lo que nunca

²⁸ El Profesor J. PICTET, representante de Suiza, criticó el texto actual del art. 1.4 del Protocolo I alegando que así "se tiende a caracterizar una categoría particular de conflictos en función de criterios subjetivos que toman en consideración las causas de esos conflictos y los objetivos perseguidos por las partes. Al procederse así se pasa del ámbito propio del *ius in bello* a un ámbito ajeno a los trabajos de la Conferencia, a saber, el *ius ad bellum*..." CDDH/I/SR. 3, (11 de marzo de 1974), vol. VIII, pár. 13, p. 21.

²⁹ CDEH/I/SR. 8, (18 de marzo de 1974), vol. VIII, pár. 21, p. 63.

³⁰ Para R. R. BAXTER las razones que se aducían, antes de iniciarse la Conferencia, para la aplicación del derecho de la guerra a las "guerras de liberación nacional eran más de política internacional que de carácter humanitario. Si se creasen cuerpos separados de derecho aplicables a las guerras legales y para las guerras ilegales, la frágil construcción del derecho humanitario podría tambalearse y quebrarse" ("The Geneva Convention of 1949 and Wars of National Liberation", *Riv. Dir. Int.*, 1974-2, p. 203).

hizo), por la condición jurídica distinta y separada de sus colonias respecto al territorio e instituciones portuguesas y tampoco concedió el estatuto de prisionero de guerra a los combatientes de los dos movimientos de liberación nacional (MPLA y UNITA). A su vez, en Angola, a partir de la fecha de independencia citada al hacerse con el poder el MPLA, éste se permitió calificar como injusta la causa de UNITA y ha perseguido a esos guerrilleros como a bandás armadas y terroristas. En cuestión de días un conflicto internacional, una justa causa y un movimiento de liberación nacional (UNITA), se transfiguraron en un conflicto armado interno, una execrable causa y en una banda terrorista. Lo mismo podría decirse de Mozambique (en lucha contra el movimiento otrora anticolonial RENAMO) y otros Estados recientemente independizados. Es pertinente traer aquí las palabras del representante británico al señalar que "la protección humanitaria de las personas no puede depender de las opiniones subjetivas y políticas de la parte en el conflicto en cuyo poder se encuentra una determinada víctima de la guerra. La potencia que la tenga en su poder no tiene derecho a denegar a un prisionero de guerra la protección humanitaria establecida en los convenios por el solo hecho de estimar que luchaba por una causa injusta"³¹.

III. LA DESIGUAL PROTECCION DEL COMBATIENTE DEL MOVIMIENTO DE LIBERACION NACIONAL SEGUN LA FINALIDAD DE LA LUCHA. CONSECUENCIAS PARA LA POBLACION CIVIL.

El estatuto de prisionero de guerra se otorga con mucha facilidad en el Protocolo Adicional I a los combatientes de los Movimientos de Liberación Nacional cuya causa sea la lucha anticolonial, contra la ocupación extranjera o contra los regímenes racistas. Es sorprendente e incomprensible jurídica y éticamente que a estos combatientes de *selectivas causas justas* no se les pueda sancionar por su eventual violación de las normas de derecho de los conflictos armados, en general, o del

³¹ CDDH/SR. 13, vol. V, pár. 37, pp. 142-143. De nuevo estas reflexiones comparativas/no presuponen un juicio favorable de los regímenes actuales del conjunto de Estados citados ni de esos grupos guerrilleros.

Vid. NEUBERGER, B.: *National Self-determination in post-colonial Africa*. London, 1986.

Derecho Humanitario, en particular, y, por tanto, que no se les pueda privar del estatuto de prisionero de guerra (art. 44.2 del Protocolo I).

Hay que admitir, por justo y razonable, que la conducta bélica del grupo armado no sea tenida en cuenta ni la de algunos de sus miembros, pues la responsabilidad es individual pero no me resulta aceptable que la observancia de los Convenios y del Protocolo I no tenga ninguna consecuencia desfavorable para el guerrillero infractor en un conflicto armado internacional; en cambio, el guerrillero en un conflicto armado interno, aún en el caso de que respete todas las obligaciones del art. 3 y del Protocolo Adicional II (aplicable a los conflictos sin carácter internacional) es un delincuente sin paliativos y expuesto a una previsible condena de muerte.

En efecto, en el Derecho de los Conflictos Armados, hasta 1977 se consideraba *prisioneros de guerra* a los miembros de las Fuerzas Armadas regulares y otros similares (art. 4, A, apartados 1, 3, 4, 5, 6, y B del III Convenio) y a los miembros de las fuerzas de resistencia, *siempre que éstos reunieran las cuatro condiciones* (art. 4, A, 2) de tener un comandante responsable, llevar un signo distintivo fijo y fácil de reconocer, portar abiertamente las armas y conformarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Pero estas condiciones estaban motivadas por el principio de *distinguir* a los combatientes de la población civil y proteger debidamente a ésta, y por la necesidad de que su conducta y disciplina les asemeje a un ejército (principio de la igualdad de los beligerantes)³², ya que a las Fuerzas Armadas regulares se les exigía por naturaleza y el incumplimiento de algunas de esas condiciones conllevaba, por ejemplo, la calificación de perfidia y a su autor de *criminal de guerra*.

Estas exigencias pensadas en función de la experiencia de los movimientos de resistencia en un país ocupado eran al parecer inviables para las actividades de los Movimientos de Liberación Nacional, sacralizados en los años sesenta, y las reivindicaciones de los Estados del Tercer

³² Ciertamente se reconocía una excepción en el Convenio IV de La Haya de 1907 (art. 2 del Reglamento anexo) a los caracteres que debían reunir los combatientes legítimos en el caso de un levantamiento en masa de la población, pues no precisarían de un jefe responsable, ni, como es obvio, de signos distintivos fijos; basta que la población sublevada lleve las armas abiertamente y se conforme a las leyes de la guerra.

Mundo junto a sectores de la doctrina³³ habrían de impulsar al actual régimen del art. 44.3 del Protocolo I.

En efecto, en el Protocolo I se reconoce que "hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil" (art. 44.3), y, por ello, ese combatiente no cometerá actos pérfidos siempre que al menos lleve abiertamente las armas "durante todo el enfrentamiento militar" y "durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar"³⁴.

Claro que si esa "táctica" de la guerrilla se utilizase por miembros de las Fuerzas Armadas en un enfrentamiento con la guerrilla, seguramente sería calificado por aquella como actos pérfidos cometidos por criminales de guerra sin ningún derecho. Pero el Protocolo I ha ido aún más lejos, pues, además de eximir de algunas de las condiciones que debe reunir el combatiente, en el caso de que tampoco se respeten las condiciones del art. 44.3, aunque perderá el derecho a ser considerado como

³³ Así entre otros ABI SAAB, G.: "Wars of National Liberation and the Law of War", *Annales d'Etudes Internationales*, 1972, pp. 93-113; CHAUMONT, Ch.: "La recherche d'un critère pour l'intégration de la guerrilla au Droit international humanitaire contemporain", *Mélanges offerts à Ch. Rousseau*, Ed. Pedone, Paris, 1974, pp. 43-61; MEYROWITZ, H.: "La guerrilla et le droit de la guerre. Problème principaux", RBDI, 1971-1, pp. 56-72; Del mismo autor, "Les guerres de libération et les conventions de Genève", *Politique étrangère*, 1974-6, pp. 607 y ss., y "Le statut de guerrilleros dans le droit international", JDI, (*Clunet*), 1973, pp. 875-923; SALMON, J. J. A.: "La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international", RBDI, 1976-1, pp. 27-52.

Un autor, A. HASBI, ha llegado a decir que las condiciones del art. 4, A, "están afectadas de una cuasi nulidad en lo que concierne a su aplicabilidad a los movimientos de liberación nacional" —lo que en absoluto puedo compartir— (*Les mouvements de libération nationale et le Droit International*, Ed. Stouky, Rabat, 1981, p. 393).

³⁴ Ch. CHAUMONT, había propuesto en 1974 que la solución práctica al dilema de la distinción imposible entre combatiente y población civil sería hacer depender la calificación de combatiente de la actividad del combatiente mismo, sin plantear condiciones previas (loc. cit., p. 56). Para este autor, la razón de no exigir algunas de las condiciones del art. 4.A.2 del IV Convenio de Ginebra, es la táctica de la sorpresa de la guerrilla que "le permite compensar la desigualdad compensadora de las fuerzas en presencia" (loc. cit., p. 52).

De forma parecida M. F. FURET, J. C. MARTINEZ y H. DORANDEU han afirmado que lo que los nuevos Estados podrían reprochar al derecho humanitario es la ausencia de una cláusula previendo en este ámbito como en otros el juego de las desigualdades compensadoras (en *La guerre et le Droit*, Pedone, Paris, 1979, pp. 115-116).

prisionero de guerra, tendrá derecho a recibir las protecciones equivalentes a los prisioneros de guerra (art. 44.4). Desconcertante juego de malabarismo verbal: no será jurídicamente un prisionero de guerra, pero deberá ser tratado materialmente como tal.

Aunque la intencionalidad política merece comprensión el resultado normativo es decepcionante. Entre la doctrina española, O. CASANOVAS y LA ROSA ha afirmado que la protección a los guerrilleros se ha llevado tan lejos en el Protocolo I que no se ha temido caer en la incongruencia y se plantean difíciles problemas de interpretación por la imprecisión de las expresiones, si bien reconoce que es un importante y necesario avance en la protección de las víctimas de los conflictos armados³⁵.

El texto del art. 44.3. y 4 es farragoso y ambiguo y su aplicabilidad es muy improbable. Dejando a un lado la dificultad para un gobierno de reconocer la causa justa del Movimiento de Liberación Nacional al que combate el art. 44 sería formalmente una norma aplicable a todas aquellas situaciones de conflictos armados internacionales en que a causa de las hostilidades los combatientes no puedan distinguirse de la población civil. Al haberse dejado a la arbitraria apreciación de la Parte, el resultado "es la supresión de las distinciones entre combatientes y personas civiles", pudiendo la parte adversa adoptar medidas draconianas respecto de las personas civiles que, en todos los casos, son sospechosas de ser combatientes³⁶. Pero además se puede prever que ningún gobierno aceptará conceder el estatuto de prisionero de guerra a los que no reúnan las condiciones para ello³⁷ ni respeten el Derecho Internacional Humanitario³⁸.

³⁵ CASANOVAS y LA ROSA, O.: "La protección de las víctimas de los conflictos armados", en M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1988, 8ª ed. pp. 763-764.

³⁶ CDDH/SR. 40, (26 de mayo de 1977), vol. VI, párr. 68, pp. 133-134 (intervención del Sr. BINDSCHEDLER en nombre de Suiza). En términos similares QUENTIN-BAXTER en nombre de Nueva Zelanda (loc. cit., párr. 71-72, pp. 135-136), FREELAND en nombre del Reino Unido (loc. cit., párr. 73-74) y también las posiciones de España (p. 141) y la Santa Sede (p. 142).

³⁷ Por ello es explicable la "declaración interpretativa" de España realizada al ratificar el Protocolo II en el sentido de que los criterios de distinción entre combatientes y población civil solamente pueden ser aplicados en territorios ocupados.

³⁸ La redacción del art. 44 concediendo el estatuto de prisionero de guerra a combatientes "irregulares" ha sido uno de los motivos por los que los Estados Unidos

Los Estados del Tercer Mundo al ensalzar las luchas del pasado de algunos Movimientos de Liberación Nacional lograron un objetivo político pero, como ha señalado algún autor, se prestaron a sacrificar principios fundamentales del Derecho Humanitario, especialmente la igualdad de los beligerantes y la *distinción de la población civil*³⁹.

Resulta además que la distinción entre combatiente y civil se ha borrado no sólo en los conflictos armados internacionales para ciertas luchas "justas" sino también en los conflictos armados internos, pues en éstos los preceptos aplicables a los combatientes (arts. 4, 5 y 6) se aplican indistintamente a la población civil. Quizá la explicación de este abatimiento de los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario esté en los cambios político-sociales del fenómeno bélico en nuestros días: las guerras son ideológicas, y las luchas justas o injustas tienen el objetivo total de la supuesta liberación de una nación, afectan a todo el pueblo y es toda una conciencia popular la que está comprometida con uno u otro bando. Por ello, la solución dada en el art. 44 del Protocolo I (conflictos armados internacionales) y en los arts. 5 y 6 del Protocolo II (conflictos internos), al borrar las distinciones entre combatientes y población civil, ha sido considerar al conjunto de la población civil como virtual prisionero de guerra (en el Protocolo I) o como virtuales detenidos o internados (en el Protocolo II). Esta ha sido la solución dada por el Protocolo II al no distinguir entre población civil "comprometida" y el combatiente propiamente dicho, a pesar de que se considera que "no es posible, ni en el plano jurídico, ni en el plano humanitario considerar como combatiente a todos los civiles mezclados en la lucha, pero que no participan directamente en las hostilidades"⁴⁰.

no han ratificado el Protocolo I; en cambio sí han prestado su consentimiento al Protocolo II (conflictos armados internos).

Vid. SOFAER, A. D.: "The U. S. Decision not to ratify Protocol I to the Geneva Convention on the Protection of War Victims" AJIL, 1988-4, pp. 784-787.

³⁹ LAPIDOTH, R.: "Qui a droit au statut de prisonnier de guerre?", RGDIP, 1978-I, p. 208. También para J. MIRIMANOFF-CHILIKINE admitir que el origen del conflicto puede tener incidencia en el respeto de las reglas destinadas a mejorar la suerte de las víctimas vendría a minar el derecho humanitario en su conjunto, aceptando de antemano que poblaciones enteras sean privadas arbitrariamente de las protecciones a las que tendrían derecho. ("La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés", RBDI, 1974, p. 58).

⁴⁰ VEUTHEY, M.: "Règles et principes de droit international humanitaire applicables dans la guérilla", RBDI, 1971-2, p. 520.

Pero la consecuencia de la *confusión entre el civil y el combatiente*, tanto en el conflicto internacional como en el conflicto interno es que la población civil resulta perjudicada: de ser libre, corre el riesgo de ser considerada prisionero de guerra en un conflicto internacional o de ser detenida o internada, juzgada y condenada a las más severas penas en el conflicto interno; pero lo grave es que si al menos el guerrillero sale ganando (formalmente) en algunos conflictos internacionales, el problema es que en el conflicto armado interno la población corre excesivos riesgos sin que el guerrillero del conflicto interno tenga garantía de conservar la vida. Decía R. R. BAXTER que uno de los métodos mejor calculados de causar disensiones es perseguir objetivos políticos a corto plazo a expensas del mantenimiento de la integridad del Derecho y de la actual protección de la víctima de la guerra⁴¹.

IV. OBSERVACIONES FINALES.

He pretendido en estas líneas inmediatamente precedentes marcar la diferencia injustificada del trato al guerrillero en un conflicto internacional o colonial (siempre "legítimo") y en el conflicto interno ilegítimo. Los Estados que han tomado parte en Conferencias codificadoras o revisoras del Derecho Internacional Humanitario siempre se han preocupado de *incorporar el pasado* y de legitimar sus propias acciones.

En la Conferencia de 1949 algunos Estados habían vivido el fenómeno de la resistencia frente al nazismo y su desamparo, y por ello incorporaron su pasada actividad como una lucha legítima en el marco de un conflicto armado internacional. Sus combatientes tendrían derecho al estatuto de prisioneros de guerra, si bien habrían de reunir ciertas condiciones similares a las de las Fuerzas Armadas regulares.

En la Conferencia de 1974-1977 los Estados del Tercer Mundo, que habían conquistado su independencia en luchas consideradas ilegales por la potencia colonial, consagraron la legitimidad del "combate por la liberación" mediante la calificación de "conflicto internacional" y la concesión del estatuto de combatiente cualquiera que sea la conducta del guerrillero durante las hostilidades. Sin embargo, en la Conferencia Di-

⁴¹ BAXTER, R. R.: "Humanitarian Law or Humanitarian Politics?" *Harvard International Law Journal*, 1975, pp. 24-25.

plomática no se tuvieron en cuenta los innumerables conflictos internos que se venían sucediendo casi inevitablemente en los países del Tercer Mundo desde 1945 y se han agudizado, progresivamente, en los años 60 y 70. Las nuevas luchas de liberación son, no frente al poder colonial y, por esencia, extranjero, sino frente a los que detentan el poder político o económico interno opresor. Muchas de éstas luchas, analizadas desde una perspectiva ética, (aunque es cierto que las valoraciones éticas en nuestro siglo están contaminadas por las ideologías), pueden ser tan legítimas y tan justas especialmente contra aquellos gobiernos que violan sistemáticamente los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Desde luego, una protección adecuada que garantizase la vida de los rebeldes y de las Fuerzas Armadas combatientes no hubiera alentado las insurrecciones ni la subversión, al igual que la pena de muerte no persuade de la comisión de homicidios ni el estatuto de prisionero de guerra estimula las agresiones entre los Estados. Pero el conjunto de Estados de la Comunidad Internacional movidos por el interés de la conservación del poder prefirieron legislar humanitariamente para el pasado sin extraer del mismo consecuencias para un presente y un futuro más humano.