

## EL ESTATUTO DE COMBATIENTE EN LAS LUCHAS DE LIBERACION COLONIAL

Luis MASIDE MIRANDA

*Doctor en Derecho*

*Comandante Auditor*

### SUMARIO

I. INTRODUCCION.- II. LOS PROYECTOS DEL COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: Análisis de los requisitos: A.) El mando responsable. B.) La disimilitud con la población civil. C.) La aquiescencia al Protocolo Adicional I.- III. EL ARTICULO 43 DEL PROTOCOLO ADICIONAL I: A.) Los movimientos de liberación nacional son Parte en el conflicto. B.) Los movimientos de liberación nacional han de acomodarse al Protocolo Adicional I. C.) Los requisitos de mando responsable y de respetar las normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados.- IV. EL ARTICULO 44 DEL PROTOCOLO ADICIONAL I: Análisis de sus disposiciones: A.) El estatuto de prisionero de guerra. B.) La concordancia entre el infringir las reglas de Derecho Internacional y el otorgamiento del estatuto de prisionero de guerra. C.) La obligación de distinguirse de la población civil. D.) El derecho de los combatientes a no distinguirse de la población civil en situaciones excepcionales dada la índole de las hostilidades. E.) La punición por la conculcación del requisito de llevar francamente las armas. F.) La posterior conservación del estatuto.- V. CONCLUSIONES.

#### I. INTRODUCCION

La doctrina clásica y los Convenios de Ginebra de 1949 conocían, únicamente, dos clases de conflictos armados: los conflictos armados internacionales y los del artículo 3 común a los Convenios citados o sea aquellos que no revisten un carácter internacional, evitando la dicción de guerra civil. Ahora bien, posteriormente ha hecho aparición una tercera categoría de conflictos: las luchas de liberación nacional. Hubo una muy acentuada tendencia en los últimos años a considerar estas luchas contra la dominación colonial o los regímenes que practican la discriminación racial como conflictos armados *internacionales* o, al menos, como una categoría especial situada

entre el conflicto interno y el conflicto internacional; así Schindler los denomina *conflictos internacionales pero no interestatales*(1).

Frente a esta actitud de otorgar el carácter internacional a estas confrontaciones se alzaba la posición del gobierno establecido que buscaba "interiorizar" la relación de dependencia, contraponiéndose dos legitimidades: la estatal y la del pueblo que en su vocación de estatalidad busca hacer de su lucha una cuestión internacional(2).

La solución a esta pugna de orientaciones la dá la Conferencia Diplomática para el Desarrollo y Reafirmación del Derecho Humanitario aplicable a los conflictos armados (CDDH en adelante) que puso de relieve, una vez más, los antagonismos existentes en la escena mundial, y, concretamente, la cuestión de las luchas de liberación nacional fue abordada a lo largo del primer período de sesiones de la citada Conferencia, en el sentido que preconizaban los países del área tercermundista y socialista. A pesar de las resistencias del bloque occidental, se aprobó un nuevo párrafo, el 4º, al artículo 1 del Protocolo Adicional I, con lo que se otorgaba la categoría o rango de conflicto armado internacional a las luchas de liberación nacional –en su natural vertiente anticolonial– en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación(3). Con esta decisión el Tercer Mundo había perdido todo interés en la citada Conferencia Diplomática en relación con el Protocolo Adicional II, pues ya estaba atribuido el carácter internacional a las mencionadas luchas.

Por su parte la Asamblea General de las Naciones Unidas en su R. 2674 (XXV) afirmaba que "*los combatientes de la libertad* –en su natural vertiente anticolonial– en el Africa Meridional y de los territorios bajo dominación colonial y ocupación extranjera que luchan por su liberación y autodeterminación deberían ser considerados, caso de ser capturados, como prisioneros de guerra de acuerdo con los principios de las Convenciones de La Haya y de Ginebra."

A esta resolución seguirían otras muchas, pero la de capital importancia es la R. 3103 (XXVIII) de 12 de diciembre de 1973 cuya rúbrica es "Principios básicos de el *status* jurídico de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y extranjera y los regímenes racistas" y que proclama seis puntos fundamentales en relación con la situación jurídica de éstos movimientos de liberación nacional: 1) la lucha contra la dominación colonial y extranjera y contra los regímenes racistas es considerada legítima y completamente de acuerdo con el derecho internacional; 2) cualquier intento para suprimirla es incompatible con la Carta y constituye una amenaza a la

(1) SCHINDLER, D.: "Informe provisional sobre el principio de no intervención en las guerras civiles". Reunión de Roma, 1973, págs. 422 y ss.

(2) PEREZ GONZALEZ, M.: "Sobre la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales: Datos jurídico-políticos". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Vol. XV, p. 582.

(3) CDDH/48, p. 14-16. Vid. ABI-SAAB, G.: "Les guerres de libération nationale et la Conférence Diplomatique sur le droit humanitaire". *Annales d'Etudes Internationales*. 1977, p. 63.

paz y a la seguridad internacionales; 3) los conflictos armados que involucran tales luchas de los pueblos, deberían ser considerados como conflictos armados en el sentido de la Convención de Ginebra de 1949; 4) los combatientes capturados deberán disfrutar de la condición jurídica acordada a los prisioneros de guerra; 5) el uso de mercenarios por los regímenes coloniales y racistas contra los movimientos de liberación nacional será considerado como un acto criminal; 6) la violación de una condición jurídica de los combatientes en el curso de los conflictos armados, implica plena responsabilidad, de acuerdo con las normas del derecho internacional(4).

## II. LOS PROYECTOS DEL COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: Análisis de los requisitos

Frente a las críticas del sistema previsto en los Convenios de Ginebra de 1949, las propuestas del C.I.C.R. serían como advierte Salmon *bien timides*(5): Estaban contenidas en el artículo 42 del Proyecto del Protocolo Adicional I, relativo a los conflictos armados internacionales. El texto era el siguiente:

### “SECCION II ESTATUTO DE PRISIONERO DE GUERRA

Artículo 42.- Nueva categoría de prisioneros de guerra.

1. Además de las personas a las que se refiere el artículo 4 del III Convenio, son prisioneros de guerra los miembros de los movimientos organizados de resistencia que hayan caído en poder del enemigo, con tal que dichos movimientos pertenezcan a una Parte en conflicto, incluso si esta Parte es un Gobierno o una Autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora, y con tal que dichos movimientos reúnan las condiciones siguientes:

- a) estar bajo un mando que responda de sus subordinados ante una Parte en conflicto;
- b) distinguirse, en las operaciones militares, de la población civil;
- c) ajustarse, en las operaciones militares, a los Convenios y al presente Protocolo.

2. La inobservancia de las condiciones mencionadas por parte de miembros aislados del movimiento de resistencia no privará del estatuto de prisionero de guerra a los otros miembros del movimiento. Los miembros del

(4) Esta resolución, que fue aprobada por 83 votos a favor, 13 en contra y 19 abstenciones, estaba patrocinada por Afganistán, Argelia; Bulgaria; Burundi; Congo; Chad; Checoslovaquia; Dáhomey; Egipto; Madagascar; Malí; Marruecos; Mongolia; Níger; República Socialista Soviética de Ucrania; Sudán; Yugoslavia; Zaire y Zambia.

(5) SALMON, J.J.: “La Conférence Diplomatique sur la reaffirmation et le développement du droit international humanitaire et les guerre de liberation nationale”. *R. B. D. I.*, vol. XIII, 1977/I, p. 359.

movimiento de resistencia que contravinieren los Convenios y el presente Protocolo gozarán, en caso de diligencias penales, de las garantías judiciales previstas en el III Convenio y conservarán, aunque se les condene, el estatuto de prisionero de guerra.”

A este texto se le añadió la siguiente observación:

“Si la Conferencia Diplomática decidiera, como es deseo de numerosos Gobiernos, mencionar en el presente Protocolo a los miembros de los movimientos de lucha armada por la autodeterminación, una solución sería incluir en este artículo un tercer párrafo redactado así:

“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”.

En relación con esta posición de base –bien circunspecta, como puede verse– se ha advertido como, habiéndose recogido en el artículo 1 del Protocolo Adicional I la asimilación de las luchas de liberación nacional a los conflictos armados internacionales, los párrafos 1 y 2 transcritos devenían susceptibles de aplicación tanto a los conflictos interestatales clásicos como a los nuevos conflictos internacionales previstos en el citado artículo 1 del Protocolo Adicional I razón por la cual el delegado del C.I.C.R. renunció ya desde su primera intervención en la Conferencia Diplomática al párrafo 3 del Proyecto de Protocolo Adicional I(6); si bien desde nuestro punto de vista, la propuesta del párrafo 1 del proyecto de artículo 42 de que los movimientos de resistencia cubiertos por el propio precepto en el sentido de que “*pertenezcan a una Parte en conflicto*” (lo que no implica serlo en sí mismos) se mantenía en una inquietante vaguedad, salvo si se entendiera al movimiento de liberación como perteneciente al “pueblo en lucha” en tanto parte en el conflicto(7).

En la filosofía del artículo 42 del proyecto del C.I.C.R. la lucha de liberación nacional podía ser conducida por un ejército regular o por los guerrilleros. Si corría a cargo de un ejército regular se aplicaría el derecho tradicional, y si era llevada a cabo por los guerrilleros sería aplicable el estatuto de los resistentes (tal como era enmendado por el artículo 42). Esta filosofía sería puesta en cuestión por el Sr. Abada, representante de Argelia quien haría las siguientes consideraciones:

“En nuestra opinión su economía no corresponde ya a la situación que se deriva de la aprobación del artículo 1, en virtud del cual se establece el principio de la igualdad entre las Partes en un conflicto considerado interna-

(6) *Ibidem*.

(7) Vid. *infra*, apto B).

cional, es decir, entre las tropas de los movimientos de liberación y las de la Parte adversa, que son en la mayoría de los casos ejércitos de tipo clásico:

Este principio de igualdad tiene por consecuencia lógica que el combatiente de un movimiento de liberación que cae en poder del enemigo debe ser considerado como prisionero de guerra, al tenor de las disposiciones del III Convenio de Ginebra de 1949.

Cualquier otra manera de abordar la cuestión, que podría consistir como hace el texto del C.I.C.R. y algunas enmiendas, en exigir que el combatiente de un movimiento de liberación reúna determinadas condiciones para poder gozar del estatuto de prisionero de guerra, colocaría a dicho combatiente en situación de inferioridad jurídica y práctica respecto al soldado de la Parte adversa, y daría lugar a toda clase de violaciones”(8).

Se trataba de una crítica fundamental que, como el propio Salmon ha encarecido, intentaba conseguir que la guerra de guerrillas fuese aceptada tal y como es(9).

Examinemos cada uno de los requisitos:

#### A). *El mando responsable*

Según el párrafo a) del párrafo 1 del artículo 42 del proyecto del C.I.C.R., los movimientos deben “estar bajo un mando que responda de sus subordinados ante una Parte en conflicto”.

No hay objeciones sobre la necesidad del mando responsable, aunque el problema reside en saber si este criterio debe condicionar el otorgamiento del estatuto de prisionero de guerra en caso de captura. El delegado noruego, Sr. Longva, en su intervención de 19 de Marzo de 1975, estimaba que este criterio debía figurar en el artículo 41 cuando decía:

“Mi gobierno comparte la opinión de que el cumplimiento de la condición de estar bajo un mando que responda de sus subordinados ante una Parte en conflicto, como dispone el apartado a) del párrafo 1 del texto del C.I.C.R., debe ser un elemento esencial para que un combatiente pueda disfrutar, en caso de captura, del estatuto de prisionero de guerra. Sin embargo, consideramos que, dado que esta es una condición relacionada con la organización y disciplina, debiera incluirse en el artículo 41 y no en el artículo 42. Por esta razón, en nuestra enmienda, dicho requisito pasa del artículo 42 al artículo 41”(10).

En el mismo sentido el representante de Ghana, Sr. Namon, refiriéndose a la enmienda CDDH/III/28, proponía añadir que después de las palabras “movimientos de resistencia” se inserte la dicción” y de los movimientos de liberación”(11).

(8) CDDH/III/SR-33-36. Anexo, p. 81. 35ª Sesión celebrada el 21 de Marzo de 1973.

(9) SALMON, J.J.: *Op.cit.* p. 360.

(10) CDDH/III/SR-33-36, Anexo, p. 38. La enmienda noruega era la nº 259.

(11) CDDH/III/SR-30. Intervención de 13 de Marzo de 1975. Vid. asimismo la enmienda nº 28.

El enmienda ghanata fue apoyada por la URSS, cuyo representante, Sr. Blishchenko, decía:

“Los movimientos de liberación deben mencionarse explícitamente a fin de subrayar la igualdad de derechos concedida a dichos movimientos”(12).

También fue sustentada por Nigeria cuando su representante, Sr. Ajayi, proclamaba:

“Apoyamos la enmienda de Ghana, CDDH/III/28. En mi opinión, la expresión “movimiento de resistencia” no incluye necesariamente los movimientos de liberación que luchan por el derecho a la libre determinación de los pueblos africanos. Estos movimientos están organizados y disciplinados, y deben mencionarse en el artículo 41”(13).

Asimismo vino amparada por la delegación de la India, afirmando al respecto el representante, Sr. Dixit:

“Apoyamos la enmienda de Ghana encaminada a que en el artículo 41 se mencionen a los movimientos de liberación nacional, pues es indispensable que estos movimientos respeten las disposiciones del Protocolo I y las de los Convenios de Ginebra.

Aceptamos el texto del C.I.C.R. y apoyamos sin reservas la enmienda de Ghana que tiene por objeto mencionar en el artículo 41 a los movimientos de liberación nacional. Recuerda que la conferencia ya ha equiparado las actividades de los movimientos de resistencia y de los movimientos de liberación a los conflictos armados internacionales”(14).

Igualmente la República Socialista Soviética de Bielorrusia en voz del Sr. Fissenko y Yugoslavia en la del Sr. Tòdoric, se manifestaron favorables a la citada enmienda ghanata(15).

#### B). *La disimilitud con la población civil:*

En los debates de la Conferencia Diplomática, en 1975, surgieron dos corrientes: una que preconizaba que se mantuvieran los criterios tradicionales, es decir, llevar francamente las armas y tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia, y la otra que exigía la total supresión de tales requisitos.

Entre los defensores de la primera postura hay que mencionar a la República de Vietnam(16) así como a Argentina cuya delegada, la Srta. Ortigoza, decía:

“Nuestra delegación estima, con respecto a las condiciones que han de reunir los referidos movimientos, que deberán ser las mismas fijadas por el

(12) *Ibidem.*

(13) *Ibidem.*, p. 28.

(14) *Ibidem.*

(15) *Ibidem.*, p. 210.

(16) Enmienda n° 5 Rev. I. Intervención de 19 de Marzo de 1975. CDDH/III/SR-33-36 Anexo.

párrafo 2 de la parte A del III Convenio de Ginebra de 1949 para los movimientos de resistencia”(17).

Por su parte, España, por medio del Sr. Agudo, manifestaba:

“Se argumenta en los comentarios del C.I.C.R. que es suficiente la condición de visibilidad durante los combates, ya que también un miembro de las FAS puede vestir de paisano si se le desmoviliza o si disfruta de un permiso o licencia, olvidándose de que un miembro de un movimiento organizado de resistencia, como su propio nombre indica, está en acción permanentemente, y, por ello, si su condición de combatiente queda oculta fuera de lo que es estrictamente una operación militar, no solo se disminuye la protección a la población civil, por la duda que esto entraña, sino que esa ocultación se transforma en perfidia. Por lo tanto, y dado que la finalidad principal del Protocolo es la protección de la población civil y que, además, está prohibida la perfidia, no se puede prescindir de las características de fijeza, permanencia y visibilidad, formuladas claramente, como en la propuesta de España, aunque al mantenerlas, pueda prescindirse de la de llevar las armas francamente”(18).

En la misma línea el representante griego, Sr. Mantzoulinos, aseveraba: “Por lo que se refiere a las condiciones que deben cumplir los miembros organizados, mi delegación, si bien está de acuerdo con los principios enunciados por el C.I.C.R. habría preferido para el apartado b) del párrafo 1 del artículo 42 la redacción propuesta en las enmiendas de los Estados Unidos, Reino Unido, España (CDDH/III/209) y de los Países Bajos, que responden con mayor precisión y de modo más completo a la necesidad imperativa de la distinción, en las operaciones de los conflictos armados, entre los miembros de los movimientos de resistencia y la población civil”(19).

También hay que incluir, dentro de esta posición, a los Países Bajos(20) Estados Unidos(21), Reino Unido e Israel(22).

La segunda corriente se oponía a los criterios tradicionales. Se trataba de un debate político, o, parafraseando a Salmon, de un debate *cultural*(23) que se puso de manifiesto a propósito de la condición de llevar el uniforme.

El representante de la República Democrática del Vietnam, Sr. Nguyen Van Huong, comentando su enmienda CDDH/III/245, declaraba:

“Puede exigirse el uniforme en las situaciones de guerra a que se refiere el Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, cuando las Partes contendientes son países industrializados de Europa con un nivel de desarrollo económico y militar aproximadamente

(17) CDDH/III/SR-33-36. Anexo.

(18) *Ibidem*, p. 20.

(19) *Ibidem*, p. 46. Intervención de 20 de Marzo de 1975.

(20) Enmienda nº 256.

(21) CDDH/III/SR-33-36. Anexo, p. 5. Enmienda nº 257.

(22) *Ibidem*, p. 6. Intervención de su delegado Sr. Sabel, el 21 de Marzo de 1975.

(23) SALMON, J.J.: *Op. cit.* p. 361.

igual y cuando la actividad de los ejércitos es completamente ajena a la vida de la población civil. En la hora actual, sin embargo, en las guerras que se llevan a cabo para lograr la libre determinación, los ejércitos a menudo no disponen de suficientes uniformes.

Además, las actividades de los ejércitos de liberación se hallan íntimamente vinculados a la vida de la población civil. Se trata de realidades que han de tenerse en cuenta si se desea que las nuevas disposiciones de derecho humanitario puedan ser aplicadas en la práctica y la delegación de la República del Vietnam hace un llamamiento a la buena voluntad de los participantes para que acepten la supresión de las palabras "en uniforme".

Puesto que se trata efectivamente de distinguir al civil del militar —lo que el uso del uniforme permite hacer en caso de guerra "clásica"— convendría establecer, para tener en cuenta las nuevas estructuras de guerras neocoloniales, otros criterios de no clandestinidad, como por ejemplo, la pertenencia a una organización militar o a un mando responsable"(24).

Este mismo delegado, días más tarde, repetía a propósito del artículo 42 del proyecto:

"¿Qué sucedería, en efecto, si se exigiese la condición de visibilidad a los combatientes a fin de, según se dice, "proteger la población civil de los ataques"? La pobreza de los combatientes de los movimientos de liberación nacional no le permite tener uniforme ni parte de uniformes. Lo normal es que los ejércitos de liberación nacional deban cumplir muchos años de lucha para poder constituirse en fuerzas armadas regulares o fuerzas regionales. Pero sus fuerzas armadas regulares no siempre tienen siquiera lo que les hace falta en materia de armamentos y uniformes"(25).

La enmienda CDDH/III/245 fue apoyada no solo por Argelia al proponer su representante, Sr. Boulaghlem, que se suprima en el artículo 40 la referencia al uso del uniforme, sino también por Rumanía, pues su delegado el Sr. Cretu, manifestaría que "el uso del uniforme no es indispensable a los combatientes"(26).

El enviado de Zimbabwe (Z.A.N.U.) Sr. Masangomai, insistía:

"Hay que tener en cuenta el hecho de que los movimientos de liberación disponen de medios muy inferiores si se les compara con los de los ejércitos de los regímenes racistas, armados hasta los dientes con las armas más modernas y perfeccionadas, y aquellos no pueden darse el lujo de llevar uniformes y signos distintivos. No es raro que un guerrillero vaya al combate solamente con un pantalón corto raído. Esa enorme desigualdad entre ambas Partes, el movimiento de liberación por un lado y los ejércitos de los regímenes coloniales y racistas por otro, es característica de la guerra de guerrillas"(27).

(24) CDDH/III/SR-30, p. 205. Intervención de 13 de Marzo de 1975.

(25) CDDH/III/SR-33-36, Anexo, p. 24. Intervención de 19 de marzo de 1975.

(26) CDDH/III/SR-30, p. 206.

(27) CDDH/III/SR-33-36, Anexo, p. 120. Intervención de 24 de marzo de 1975.

El criterio de los signos distintivos o el de las armas ha sido juzgado de irrealista por diversas delegaciones, concretamente, la de Lesotho, cuyo representante, Sr. Mokhotu, se expresaba así:

“Cabe señalar que los movimientos de liberación nacional luchan por el derecho de los pueblos a su libre determinación, pero que dada su situación material y su inferioridad militar, los combatientes de esos movimientos no pueden usar signos distintivos ni llevar las armas a la vista. La experiencia demuestra que un régimen enemigo no tiene dificultades para identificar a los miembros de los movimientos de liberación nacional en los combates. Por las razones expuestas, los apartados B) y C) del párrafo 1 no son aceptables para mi delegación. Lo que se necesita es una declaración del derecho internacional sencilla y explícita, que establezca la protección de los miembros de un movimiento de liberación nacional empeñados en un conflicto armado con el fin de lograr el derecho de su pueblo a la libre determinación”(28).

El núcleo de estas ideas es corroborado por las delegaciones de Argelia(29), Nigeria(30) y Madagascar(31).

Por su parte el delegado de la República Democrática de Vietnam, Sr. Nguyen Van Huong, afirmaba:

“Comprendemos que la noción de “visibilidad” (que según el comentario del C.I.C.R. puede cumplirse mediante el porte de las armas a la vista, del uniforme o parte del uniforme, etc.) puede, exigirse, evidentemente, en las situaciones bélicas previstas en el Reglamento de La Haya y en el III Convenido de Ginebra de 1949 y que tienen tres características esenciales, a saber en primer lugar las dos Partes en conflicto son países industrializados de Europa que se encuentran más o menos en el mismo nivel de desarrollo económico y militar; en segundo lugar cada uno de dichos países puede contraatacar el territorio del enemigo; en tercer lugar en esas formas clásicas de guerra la actividad de los ejércitos y de las milicias y cuerpos de voluntarios, según los términos del Reglamento de La Haya, incluida la de los “movimientos organizados de resistencia pertenecientes a una Parte en conflicto” según los términos del III Convenio de Ginebra de 1949, se distinguen claramente de la vida de la población civil.

Estas tres características de las situaciones bélicas que podíamos llamar clásicas estas relacionadas intrínsecamente entre sí y determinan, entre otras cosas, las racionalidad de la condición de visibilidad a que se refiere el apartado B) del párrafo 1 del artículo 42 del proyecto de Protocolo Adicional I”(32).

El mencionado delegado norvietnamita añadía:

(28) *Ibidem*, p. 59. Intervención de 20 de marzo de 1975.

(29) *Ibidem*, p. 82. Intervención de 21 de marzo de 1975.

(30) *Ibidem*, p. 92. Intervención del Sr. Ajayi.

(31) *Ibidem*, p. 14. El Sr. Zafera, en la 33ª Sesión, presentó el 19 de marzo de 1975 la enmienda CDDH/III/73.

(32) CDDH/III/SR-33-36, Anexo. Intervención de 19 de marzo de 1975.

“En cuanto a los ejércitos de liberación nacional, del hecho intrínseco, original, de que se trata de ejércitos débiles y muy mal armados que luchan contra enemigos poderosos y muy bien armados, se desprende que sus actividades y su vida sean inseparables de la población civil. Es la nueva ley de la guerra del pueblo. Es una necesidad histórica material de las guerras de liberación nacional.

Todo el mundo sabe que en la guerra de guerrillas el combatiente debe utilizar las sombras de la noche para no convertirse en la presa de las armas modernas del adversario. En estas condiciones ¿acaso el espíritu humanitario consistiría en obligarlo a llevar signos o uniformes que lo distingan” en las operaciones militares de la población civil?”. Ello entrañaría exponer a ese combatiente a la potencia de fuego infernal de los imperialistas agresores que monopolizan la técnica moderna de las armas. Sería inmolarse el hombre a la máquina de guerra. Sería lo opuesto a la humanidad y se llegaría al resultado práctico de favorecer la táctica antiguerrillera de los imperialistas agresores”(33).

El Sr. Masangomai, representante de Zimbabwe (Z.A.N.U.) subrayaría igualmente:

“El movimiento de liberación es la vanguardia organizada del pueblo. Los integrantes de esa vanguardia no pueden distinguirse de la masa de la población. La subsistencia del guerrillero depende enteramente del respaldo y de la estrecha colaboración que le brinda la masa de la población. De ello depende su alimento y a veces hasta su albergue”(34).

Palabras éstas que son repetidas por el Sr. Bidi, delegado del Congreso Panafricanista(35).

Para concretar su punto de vista, el mencionado Sr. Nguyen Van Huong, de la República Democrática del Vietnam, presentarían un proyecto de enmienda el día 19 de Marzo de 1975, postulando que se agregase un nuevo párrafo, el 3º, que estaba redactado en estos términos:

“Toutes les combattants des mouvements de libération dans les conflits visés par l’alinéa 1 nouveau, pourvu que ces mouvements remplissent les conditions énoncées à l’alinéa 1, a, etc, une fois capturés, auront le statut de prisonnier de guerre aussi longtemps qu’ils seront détenus”(36).

(33) *Ibidem*, p. 13-14. Chaumont distingue entre la guerrilla geográfica y tácticamente separada de la población civil y el caso en el que el combate implica una inmersión en la población civil. La guerrilla cubana en su fase de Sierra Maestra y el desarrollo del Vietcong en el Vietnam del Sur son los dos prototipos básicos de las dos formas señaladas. En el caso de “inmersión”, “les résistants sont comme une sorte d’armée des ombres indéterminée et indéterminable au premier abord. Et la baseguerrilla est au sein de la population, elle est à certains égards la population elle-même”. (“La recherche d’un critère pour l’intégration de la guérilla au droit international humanitaire contemporaine”. Mélanges offerts à Ch. Rousseau. *La Communauté Internationale*, Paris, 1974, p. 55. ¿Cómo se distinguen —prosigue Chaumont— en esta “inmersión” los combatientes?, mediante la llamada *activité combattante*. Beligerante será si se prueba su actividad combatiente y en caso contrario será civil. *Op. cit.* p. 57.

(34) *Ibidem*, p. 120. Intervención de 24 de marzo de 1975.

(35) *Ibidem*, p. 122. Intervención de 24 de marzo de 1975 en la 36ª Sesión.

(36) Era la CDDH/III/253.

Explicaría así su criterio:

“La única diferencia que existe entre estas categorías es la siguiente: la primera debe cumplir la condición de visibilidad, es decir “distinguirse, en las operaciones militares, de la población civil”, de acuerdo, con los términos empleados en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 42 del proyecto del C.I.C.R.; mientras que la segunda categoría está exenta de este requisito”(37).

En opinión de Salmon, “cet amendement avait le tort de distinguer les mouvements de libération nationale de ceux de résistance. Dans les deux cas, il s'agit de lutter contre l'occupation étrangère et l'article 1 du Protocole I ne distingue plus les deux hypothèses”(38).

El representante de Francia, Sr. Girad, insistiría:

“Hay una cuestión de terminología que exige precisión. En efecto, la expresión “miembros de los movimientos de resistencia” abarca categorías muy diferentes. En primer lugar están los miembros de los movimientos de resistencia que se distinguen de la población civil. Son los que en América Latina se denominan “guerrilleros” y en otros países se conocen como “*partisans*” y que nosotros llamamos “*partisans*” o miembro del “*maquis*” en el curso del último conflicto. El artículo 42 protege formalmente a esta categoría que nos merece el mayor interés, la de los miembros clandestinos de la resistencia.

Están organizados en “*réseau*”, pero su característica es, precisamente, que en nada se distinguen ni deben distinguirse de la población civil(39).”

Noruega, por medio de su representante, Sr. Longva, formularía una propuesta de enmienda que trastocaba toda la estructura del artículo 42:

“1.- Sont combattants légaux –outre les personnes visées par l'article premier du Règlement de La Haya de 1907– les membres des forces armées d'une partie au conflit désignées à l'article 41 du present protocole, même si cette partie est représentée para un gouvernement ou une Autorité non reconnus pr l'adversaire.

2.- Nonobstant l'article 4 de la III Convention, tous les combattants légaux qui tombent au pouvoir de l'ennemie ont droit au statut de prisonnier de guerre, au sens de la III Convention”(40).

En cuanto a la condición de visibilidad, Noruega añadía al artículo 33 del proyecto un nuevo párrafo:

“Les combattants se distingueront, dans les opérations militaires de la population civile”(41).

El Sr. Longva explicaba así la postura noruega:

“Sin embargo consideramos más apropiado reafirmar dicho principio en el artículo 33 en tanto que norma básica del derecho internacional aplicable

(37) *Ibidem*, p. 22. Intervención de 19 de marzo de 1975 en la 33ª Sesión.

(38) SALMON, J.J.: *Op cit.* p. 364.

(39) CDDH/III/SR-33-36. Anexo, p. 100. Intervención de 24 de marzo de 1975.

(40) Fue presentada al 19 de marzo de 1975 y era el n° CDDH/III/259.

(41) CDDH/III/SR-33-36. Anexo, p. 39.

a todas las fuerzas armadas y no como figura en el proyecto del C.I.C.R., es decir como una cuestión constitutiva del estatuto de prisionero de guerra, en caso de captura, referida solo a una categoría limitada de combatientes. El apartado b) del párrafo 1 que figura en el texto del C.I.C.R. privaría a una cierta categoría de combatientes, en caso de captura, de las garantías fundamentales relativas a las normas penales, a los procedimientos judiciales y a la ejecución de las penas, según lo previsto en el III Convenio de Ginebra de 1949, si se le imputaran las violaciones en grupo del principio de que se trata. Mi gobierno no advierte ninguna razón válida que justifique tal privación de las garantías fundamentales. Además como la privación de la de las garantías fundamentales propuestas en el texto del C.I.C.R. no se aplica a todos los grupos combatientes, se conserva en el sistema del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados un elemento de discriminación, elemento de discriminación que, en la práctica, podría oponerse fácilmente al principio de igualdad de los beligerantes establecido en el derecho internacional relativo a los conflictos armados, lo que implicaría un retorno a la doctrina medieval de la guerra justa. Por estos motivos, mi gobierno propone que el principio enunciado en el apartado b) del artículo 33 se establezca como norma fundamental y que se elimine como condición constitutiva del estatuto de prisionero de guerra para ciertos combatientes”(42).

### C). *La aquiescencia al Protocolo Adicional I*

El párrafo que había propuesto el C.I.C.R. fue objeto de algunas enmiendas que intentaban ensanchar el alcance de “respecter aux autres règles de droit international applicables dans les conflits armés” como la enmienda de los Estados Unidos y el Reino Unido (CDDH/III/257).

Otras proposiciones aspiraban a recordar el texto de 1907-1949, como la enmienda de Argentina (CDDH/III/258) o la propuesta suiza.

El representante helvético, Sr. Denereaz, se expresaba así:

“Por lo que respecta al texto del C.I.C.R., la delegación de Suiza es partidaria de que se dé al principio enunciado en el apartado c) del párrafo 1 un carácter permanente y universal y sugiere que se supriman las palabras “en las operaciones militares” que aluden a un combate de determinada importancia y que no corresponde a la forma de combate de los movimientos de resistencia.

Nos parece preferible “distinguirse” en las regiones en las que tienen lugar combates terrestres, de la población civil; con el objeto de establecer claramente que no se trata de la naturaleza o de la importancia del combate, sino de un tipo, de combate con prescindencia de los efectivos utilizados en el mismo”(43).

(42) *Ibidem*, p. 39. Intervención de 19 de marzo de 1975.

(43) *Ibidem*, p. 68. Intervención de 21 de marzo de 1975.

La mayor parte de las delegaciones no cuestionaban el requisito de que los combatientes, en sus operaciones militares, respeten el derecho de la guerra: lo que se criticaba por varias representaciones, con Noruega al frente, era la discriminación que el texto del C.I.C.R. establecía, en sus respectivos criterios, entre fuerzas armadas regulares y guerrilleros o resistencias.

En su enmienda, CDDH/III/259, Noruega, como ya hemos visto *supra*, quería suprimir la cláusula de la conformidad del derecho de la guerra en el artículo 42, que operaba como una condición de admisibilidad y, al incluirla en el artículo 41 también del proyecto, actuaría como una regla de fondo:(44)

“Leur régime de discipline (celui des forces armées y inclus les milices, corps de volontaires et mouvements organisés de résistance ou de libération) devra pourvoir imposer le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés y compris les conventions et le present protocole”(45).

Argelia, por medio de su delegado, Sr. Abada, manifestaría su apoyo al decir:

“La enmienda de Noruega al artículo 42 requiere más claridad. A nuestro entender, es necesario un nuevo artículo 42 que establezca sin equívocos el principio de igualdad jurídica entre el soldado del ejército regular clásico y el combatiente de un movimiento de liberación, de conformidad con el III Convenio de Ginebra de 1949.

Sólo con esta condición, mi delegación podría aceptar sin temores el artículo 42 bis propuesto en el documento CDDH/III/260 y Corr. 1. También nos satisface, en el texto presentado por Noruega, el desglose que se hace de las condiciones previstas en el párrafo 1 del artículo 42 del C.I.C.R., que nos permite examinar desde un mismo punto de vista los artículos 33, 35, 41 y 42. Se puede apreciar un esfuerzo de imaginación que merece toda nuestra atención”(46).

Palabras éstas que son corroboradas por el delegado belga Sr. De Breucker(47) y los enviados de la Unión Popular Africana de Zimbabwe, Sr. Nyathy(48) y de la Unión Nacional Africana de Zimbabwe, Sr. Masongomai(49), entre otros.

El Sr. Rosas, de la delegación de Finlandia manifestaba:

“Si bien nos reservamos nuestra posición definitiva sobre la cuestión de que las condiciones específicas que deben reunir las FAS mencionadas en el artículo 42 para que sus miembros puedan solicitar el estatuto de prisionero de guerra, quisiéramos señalar que hemos estudiado de manera especial y con sumo interés la enmienda de Noruega, la cual, a nuestro juicio, merece

(44) SALMON, J.J.: *Op cit.* p. 367.

(45) CDDH/III/SR-33-36, Anexo, p. 39.

(46) *Ibidem*, p. 111.

(47) *Ibidem*, p. 112.

(48) *Ibidem*, p. 113.

(49) *Ibidem*, p. 116.

un cuidadoso examen por parte de esta Comisión. Si, como lo han sugerido las delegaciones de Madagascar, los Países Bajos y Noruega, debemos suprimir o modificar algunas de las condiciones establecidas en el proyecto del C.I.C.R., nos inclinamos a pensar que la condición que más fácilmente puede suprimirse es la que se enuncia en el apartado c) relativa a la observancia de los Convenios y del Protocolo, por cuanto esa obligación queda clara por el mero hecho de que la Parte en conflicto de que se trate haya ratificado, adherido o declarado la aceptación de esos documentos.

Al repetir esa obligación en el artículo 42, relativo al estatuto de prisionero de guerra, parece que se coloca a las fuerzas irregulares en una situación de inferioridad con respecto a las fuerzas regulares, ya que la aplicación del III Convenio de Ginebra a esa categoría de fuerzas es una norma general, que no depende del hecho de que la fuerza regular en su conjunto o el Estado al que representa se ajusten a las disposiciones de este Convenio”(50).

En la Conferencia de San Remo de 1975, De Breuker señalaría las ventajas de la propuesta noruega:

“1) Elle établit d’office que les membres des mouvements de résistance sont des combattants ayant droit au statut de prisonnier de guerre; ils seront par conséquent habilités à jouir du traitement de la troisième convention et, le cas échéant, être poursuivis selon les règles de celles-ci pour des infractions individuelles antérieures à leur capture;

2) La proposition norvégienne ventile aux articles 41, 33 et 35 du Protocole les conditions posées à l’article 42 en les imposant à tout combattant soldat du type classique ou membre d’un mouvement de résistance.

La proposition de la Norvège procède de l’idée que tous les combattants, soldat du type classique ou autre, doivent être rigoureusement traités en cas de capture sur pied d’égalité(51).”

Finalizando el tercer período de sesiones de la Conferencia Diplomática (Abril-Junio de 1976), el grupo de trabajo formado para examinar la cuestión del artículo 42 no se encontraba en condiciones de aprobar un texto, limitándose a distribuir un proyecto(52) elaborado por los representantes de varias delegaciones entre ellas las de Noruega, Estados Unidos, República Federal Alemana y la República Democrática del Vietnam(53) que fue remitido al cuarto período de sesiones de la mencionada Conferencia (Abril-Mayo de 1977) en el que como dice Salmon “texte, en dépit des faiblesses que certains délégations soulignaient, représentait un équilibre dans le compromis que personne ne souhaitait remettre en cause”(54).

(50) *Ibidem*, p. 80.

(51) “Notion de combattant légitime à la lumière de l’alinéa 1 de l’article 42 ainsi qu’à la lumière des amendements proposés à l’article 42” Seconde table ronde sur les problèmes actuels du droit humanitaire à San Remo, 3-6 septembre 1975.

(52) CDDH/III/362.

(53) CDDH/III/SR-50.

(54) SALMON, J.J.: *Op cit*, p. 369.

El texto que fue aprobado es el actual artículo 44 del Protocolo Adicional I.

### III. EL ARTICULO 43 DEL PROTOCOLO ADICIONAL I

En este artículo 43 se recoge una amplia concepción de las fuerzas armadas al incluir a los combatientes de los grupos de resistencia o de la guerrilla. Dice así el mencionado precepto:

#### “ARTICULO 43: FUERZAS ARMADAS.

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 encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en el conflicto”.

“L'article 43 donne donc une définition générale des combattants, visant aussi bien les membres des forces régulières des Etats que toute personne prenant un fusil à titre ou à un autre. On y trouve ainsi défini les forces armées et les personnes qui ont droit à la qualité de combattant. C'est dire que la définition est valable pour tous”(55).

Se tratará, *tout court*, “d'Etats, de mouvements de libération nationale, de soldats de l'armée régulière ou de guerrilleros à temp partiel”(56).

Atinadamente, a nuestro entender, dice, a este respecto Fernández-Flores:

“Se ha extendido tanto la cualidad de combatiente legítimo, que hoy, prácticamente, es combatiente legítimo todo el que combate. Así, se ha otorgado esta cualidad a los guerrilleros (cuya característica es, precisamente, la de no aparentarlo), pero se ha acabado poniendo en peligro a la población civil”(57).

Examinaremos *hic et nunc* sus diferentes disposiciones.

(55) FURET, M.F.; MARTINEZ, J.C.; DORANDEU, H.: *La guerre et le droit*. Editions A. Pedone, Paris, 1979, p. 127.

(56) *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, septembre, 1976, p. 527.

(57) FERNANDEZ FLORES, J.L.: *Del Derecho de la guerra*. Ed. Ejército. Servicio del E.M.E. Madrid 1982, p. 241.

A). *Los movimientos de liberación nacional son Parte en el conflicto*

Así resulta del artículo 1 párrafo 4 en relación con el artículo 96 del Protocolo Adicional I, y se recordó *coram populo* en el *rapport* de la 3ª Comisión durante el tercer período de sesiones:

“Comme dans d’autres passages du protocole I, l’expression “partie à un conflit”, englobe les mouvements de libération nationale, en vertu des dispositions de l’article 1 paragraphe 4 du projet de protocole”(58).

Solamente los movimientos de liberación nacional que encajen en el ámbito de esta definición tienen tal cualidad aplicándosele a los otros movimientos emancipatorios el Protocolo Adicional II, relativo a los conflictos armados que no revisten un carácter internacional.

B). *Los movimientos de liberación nacional, al ser Partes en el conflicto han de acomodarse al Protocolo Adicional I*

Así se establece en el artículo 96 del citado Protocolo Adicional I, en sus párrafos 1 y 2, que dicen así:

“1. Cuando las Partes en los Convenios sean también Partes en el presente Protocolo, los Convenios se aplicarán tal como quedan completados por éste.

2. Si una de las Partes en conflicto no está obligada por el presente Protocolo, las Partes en el presente Protocolo seguirán, no obstante, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. También quedarán obligadas por el presente Protocolo en sus relaciones con dicha Parte si ésta acepta y aplica sus disposiciones”.

C). *Los requisitos de mando responsable y de respetar las normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados*

Ya habíamos rotulado anteriormente que el artículo 43 en sus párrafos 1 y 2 da una definición de las fuerzas armadas que abarca a los combatientes de los grupos de resistencia o de la guerrilla.

Así las ideas del representante noruego han sido aceptadas en parte, y, en consecuencia, las condiciones para la obtención del estatuto de prisionero de guerra pasan a ser ahora de fondo y, aunque un miembro de uno de estos movimientos liberatorios conculque alguna obligación del derecho de la guerra, su status de prisionero de guerra no se verá afectado.

La aprobación del artículo 42 (44 en el texto definitivo) se produjo durante el 4º período de sesiones de la Conferencia, en la III Comisión, por 66

(58) 236/Rev-1, p. 42.

votos a favor, 2 en contra y 18 abstenciones(59) y en la Sesión Plenaria por 73 votos a favor, 1 en contra y 21 abstenciones(60).

#### IV. EL ARTICULO 44 DEL PROTOCOLO ADICIONAL I

Análisis de sus disposiciones:

El texto completo del artículo 44 del Protocolo Adicional I es el siguiente:

**"ARTICULO 44: COMBATIENTES Y PRISIONEROS DE GUERRA:**

1. Todo combatiente, tal como queda definido en el artículo 43, que caiga en poder de una Parte adversa será prisionero de guerra.

2. Aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas de derecho internacional aplicables los conflictos armados, la violación de tales normas no priva a un combatiente de su derecho a ser considerado

(59) En la III Comisión:

Votaron a favor:

Afganistán, Argelia, República Federal de Alemania, Arabia Saudita, Austria, Bélgica, Bulgaria, Camerún, Chipre, Costa Rica, Costa de Marfil, Cuba, Checoslovaquia, Egipto, Emiratos Arabes Unidos, Ecuador, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Madagascar, Malí, Marruecos, Mauritania, Méjico, Mongolia, Nigeria, Noruega, Omán, Uganda, Pakistán, Panamá, Países Bajos, Perú, Polonia, Qatar, República de Corea, República Democrática Alemana, República Popular Democrática de Corea, República Socialista del Vietnam, República Socialista Soviética de Bielorrusia, República Socialista Soviética de Ucrania, Rumanía, Senegal, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Suecia, República Arabe de Siria, Tunes, Turquía, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Tanzania, Venezuela, Yugoslavia, Zaire.

Votaron en contra:

Brasil, Israel.

Se abstuvieron:

Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Dinamarca, España, Guatemala, Irlanda, Italia, Japón, Nueva Zelanda, Nicaragua, Reino Unido, Santa Sede, Tailandia y Uruguay.

(60) En la Sesión Plenaria:

Votaron a favor:

Afganistán, Argelia, Arabia Saudita, Austria, Bangla-Desh, Bélgica, Bulgaria, Checoslovaquia, Chipre, Costa de Marfil, Cuba, Dinamarca, Egipto, Emiratos Arabes Unidos, Ecuador, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Hungría, India, Indonesia, Irak, Irán, Jamahiriya Arabe Popular y Socialista Libia, Jamaica, Jordania, Kenya, Kuwait, Líbano, Luxemburgo, Madagascar, Malí, Malta, Marruecos, Mauritania, Méjico, Mongolia, Mozambique, Nigeria, Noruega, Omán, Pakistán, Panamá, Países Bajos, Perú, Polonia, Qatar, República Arabe de Siria, República de Corea, República Socialista de Vietnam, República Socialista Soviética de Bielorrusia, República Socialista Soviética de Ucrania, Tanzania, República Unida del Camerún, Rumanía, Santa Sede, Senegal, Sudán, Sri Lanka, Suecia, Tunes, Turquía, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Uganda, Venezuela, Yemen, Yemen Democrático, Yugoslavia y Zaire.

Votaron en contra:

Israel.

Se abstuvieron:

Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, España, Guatemala, Honduras, Irlanda, Italia, Japón, Nicaragua, Nueva Zelanda, Filipinas, Portugal, Reino Unido, República Federal de Alemania, Suiza, Tailandia, y Uruguay.

como tal o, si cae en poder de una Parte adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra, salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4.

3. Con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, dado que en los conflictos hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente:

a) durante todo enfrentamiento militar;

b) 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.

No se considerarán como actos péfidos, en el sentido del apartado c) del párrafo 1 del artículo 37, los actos en que concurran las condiciones enunciadas en el presente párrafo.

4. El combatiente que caiga en poder de una Parte adversa y no reúna las condiciones enunciadas en la segunda frase del párrafo 3, perderá el derecho a ser considerado como prisionero de guerra, pero, no obstante, recibirá las prestaciones equivalentes, en todos los sentidos, a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio y el presente Protocolo. Esta protección comprende las protecciones equivalentes a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio en el caso de que tal persona sea juzgada y sancionada por cualquier infracción que haya cometido.

5. El combatiente que caiga en poder de una Parte adversa mientras no participa en un ataque ni en una operación militar preparatoria de un ataque, no perderá, a consecuencia de sus actividades anteriores, el derecho a ser considerado como combatiente y prisionero de guerra.

6. El presente artículo no privará a una persona del derecho a ser considerada como prisionero de guerra, conforme al artículo 4 del III Convenio.

7. El propósito del presente artículo no es modificar la práctica generalmente aceptada por los Estados en lo que respecta al uniforme que han de llevar los combatientes pertenecientes a las unidades armadas regulares y uniformadas de una Parte en conflicto.

8. Además de las categorías de personas mencionadas en el artículo 13 de los Convenios I y II, todos los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, tal como se definen en el artículo 43 del presente Protocolo, tendrán derecho a la protección concedida en virtud de estos Convenios si están heridos o enfermos o, en el caso del II Convenio, si son náufragos en el mar o en otras aguas".

Analicemos las disposiciones más importantes de este precepto.

A). *El estatuto de prisionero de guerra*

El párrafo 1 proclama que todo combatiente, en el sentido que establece el artículo 43 goza del estatuto de prisionero de guerra. Así, las categorías de personas que tienen derecho a este *status* ha sido ensanchada notablemente, constituyendo este precepto una pieza clave(61) o exagerando “una victoria de la razón y de la justicia”(62).

B). *La concomitancia entre el infringir las reglas de Derecho Internacional y el otorgamiento del estatuto de prisionero de guerra*

Según el párrafo 2 de este artículo, no respetar un combatiente las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, no priva a ese combatiente de su derecho a ser considerado como prisionero de guerra, salvo las excepciones recogidas en los párrafos 3 y 4. Todos los combatientes han sido puestos en un mismo plano de igualdad y la violación de las normas del derecho internacional no impide a un combatiente aislado del derecho de prevalerse del estatuto de combatiente, y si cae en poder del adversario, del estatuto de prisionero de guerra.

Algunas delegaciones manifestaron que estos criterios harían infringir los Protocolos pues dejarían impunes a los criminales de guerra(63), respondiéndoles que “un prisonnier de guerre n'est dispensé de passer en jugement pour un crime de guerre”(64).

El problema que se suscitó en los debates de este párrafo consistía en saber en que período del cautiverio se aplica la disposición, concretamente, en caso de un juicio penal. Se recordó a este respecto el artículo 85 del III Convenio de 1949, según el cual los prisioneros de guerra acusados en virtud de la legislación de la Potencia en cuyo poder se encuentren, por actos cometidos antes de caer prisioneros, gozarán, aunque sean condenados, de los beneficios del repetido Convenio.

Este artículo fue objeto de reservas por parte de la URSS y otros países del Este. Según ellas estos Estados no aplicarían el principio del artículo 85 a los prisioneros capturados por haber cometido crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, o dicho con otras palabras, estos prisioneros pierden el *status* de prisioneros de guerra caso de ser condenados como autores de tales infracciones(65), aunque señalaron que este párrafo nuevo “devait

(61) Declaración del Sr. Ipsen, delegado de la República Federal de Alemania el 22 de abril de 1977. CDDH/SR-55, p. 15.

(62) Declaración del Sr. Ajayi, delegado de Nigeria. CDDH/III/SR-56.

(63) Declaración del Sr. Abdini, delegado de Siria. CDDH/III/SR-5, p. 5.

(64) Declaración del Sr. Aldrich, delegado de los Estados Unidos. CDDH/III/SR-53, p. 17. Vid. igualmente, el informe de la III Comisión 236/Rev. 1, p. 87, de 31 de diciembre de 1976.

(65) Vid. Lapidoth, R.: *The Prisoner of War Problem. Special analysis*, n° 26, American Enterprise Institute, New York, 1970.

être compris comme traitant de la situation jusqu'à une condamnation définitive"(66).

C). *La obligación de distinguirse de la población civil*

El párrafo 3 de este artículo invoca el principio clásico según el cual la protección civil contra los efectos de las hostilidades exige que los combatientes se distingan de la masa de la población cuando tomen parte en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque, principio que se refuerza y vigoriza por el párrafo 7 del mismo artículo.

El delegado del Canadá, Sr. Chenier, en su *rapport* a la III Comisión, decía al respecto:

"Consideramos que, si bien con arreglo al párrafo 7, los combatientes pertenecientes a las unidades regulares y uniformadas de una Parte en conflicto deben seguir vistiendo el uniforme, se sobreentiende en dicho párrafo que los miembros de tales unidades cuando se les asigne una misión con las unidades de resistencia organizada en un territorio ocupado, o de otras unidades enteramente dedicadas a operaciones de guerrilla, tienen derecho a beneficiarse de ese artículo, debiendo observar las obligaciones que impone el mismo"(67).

D). *El derecho de los combatientes a no distinguirse de la población civil en situaciones excepcionales dada la índole de las hostilidades*

Este artículo, efectivamente, habla de situaciones excepcionales dada la índole de las hostilidades, pero no indica cuales son. Según el *rapport* de la III Comisión:

"Se señala que, en ciertos tipos de conflictos —especialmente en las guerras de liberación nacional y en los territorios ocupados— habrá situaciones en las que un combatiente no pueda distinguirse sin perder toda posibilidad de éxito, y se dispone que, en ese caso, un combatiente armado deberá conservar su estatuto de combatiente si lleva las armas a la vista durante toda la operación militar y siempre que sea visible por el personal enemigo, "mientras esté tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar"(68).

Es decir que según la III Comisión los conflictos a los que se hace referencia son aquellos de carácter internacional, concretamente, las luchas de liberación nacional y aquellos que se entablan en los territorios ocupados, aunque sobre este punto hubo una muy acentuada controversia, pues mien-

(66) CDDH/III/261 Add. 2, 8 de junio de 1976 y CDDH/336/Rev. 1 de 31 de diciembre de 1976.

(67) CDDH/III/SR-56. Criterio que apoyo Egipto por medio de su delegado Sr. Al Ghunaimi. *Ibidem*.

(68) *Rapport* sobre el artículo 42 y 42 *quater*, CDDH/236/Rev. 1, p. 88.

tras unas delegaciones querían circunscribirlo a las luchas de liberación nacional(69) otras lo vinculaban, únicamente, a los territorios ocupados(70). Afirmaban éstas últimas que “sin embargo, actualmente los conflictos armados suelen desarrollarse con distintas concepciones, habitualmente definidas como “guerra de guerrillas”. En la práctica, esos conflictos no quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del derecho convencional vigente. Guerras de esta naturaleza han tenido lugar y seguirán teniéndolo al margen de las elaboraciones jurídicas”(71).

Por su parte el delegado italiano Sr. Di Bernardo, afirmaba que abarcaba a los movimientos de resistencia en la medida en que se sitúan en el marco de un conflicto armado entre Estados(72), postura ésta que fue apasionadamente fustigada por el delegado de Argelia, Sr. Abada:

“Deseamos recalcar que el artículo 42 guarda relación directa con las disposiciones del artículo 1 del proyecto de protocolo I, del que es la aplicación concreta y sin el cual sólo tendría una aplicación teórica. Queda claro, por consiguiente, que las situaciones a que se refiere el artículo 42 son justamente las mismas que se prevén en el párrafo 2 del artículo 1 del proyecto de Protocolo I”(73).

Crítica que fue apoyada por numerosas delegaciones, y a título ilustrativo citaremos las de Suecia en voz del Sr. Skala(74); la de la URSS en voz del Sr. Blishchencko(75); Argentina en voz del Sr. Cerdá(76); Grecia en voz del Sr. Mantzoulinos(77); Suiza en voz del Sr. Pasche(78); Hungría en voz del Sr. Herczegh(79); Canadá en voz del Sr. Marriot(80); USA en voz del Sr. Aldrich(81); e Irán en voz del Sr. Ahmadi(82).

El combatiente conservará su estatuto en el supuesto de que no pueda distinguirse de la población civil siempre y cuando que lleve las armas francamente:

- a) durante todo el enfrentamiento militar;
- b) 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.

(69) El delegado de la URSS, Sr. Sokirkine hizo una tentativa en este sentido (CDDH/III/SR-53) adhiriéndose a la extensión de la excepción a los movimientos de resistencia.

(70) Australia en voz del Sr. Mahony (CDDH/III/SR-51); Francia en voz del Sr. Paolini (CDDH/III/SR-56, p. 19); Nueva Zelanda en voz del Sr. Kermodé (*Ibidem*), Alemania Occidental en voz del Sr. Franke (CDDH/III/SR-40);

(71) Manifestación del delegado noruego Sr. Longva (CDDH/III/SR-55, p. 16).

(72) CDDH/III/SR-40, p. 3.

(73) *Ibidem*, p. 66.

(74) *Ibidem*, SR-56, p. 28.

(75) *Ibidem*, SR-41.

(76) *Ibidem*, SR-40, p. 9.

(77) *Ibidem*, SR-56, p. 7.

(78) *Ibidem*, SR-40, p. 3.

(79) *Ibidem*.

(80) *Ibidem*.

(81) *Ibidem*, SR-56, p. 39.

(82) *Ibidem*, SR-41.

Sobre el término armas apenas hubo discusión, sólo el Sr. Abdini matizaría: "Le mot signifie n'importe quelle arme de nature militaire de quelle que sorte que ce soit"(83).

La polémica se centró en torno al concepto de "despliegue militar", controversias que podemos agavillar así:

Para unas delegaciones había que entender por tal "todo movimiento de los combatientes en dirección a un lugar desde el que se lanzan al combate"(84); otras postulaban "la última fase preparatoria de un ataque, cuando los combatientes toman posiciones para abrir fuego(85), y otras, por el contrario, propugnaban "los preparativos que preceden inmediatamente al ataque"(86).

La III Comisión señaló que la expresión "llevar francamente las armas" consiste en "identificar a la persona como un combatiente. Por supuesto, implícitamente, la norma exige que el combatiente sepa, o deba saber, que es visible"(87) adjetivo éste que suscitó una marcada polémica, pues para unas delegaciones se trataba, *tout court*, de la visión natural(88) en cambio para otras englobaba no sólo el ojo humano sino también la visibilidad por medio de instrumentos ópticos o electrónicos. En ese sentido el delegado de Australia, Sr. Mahony, se expresaba así:

"As to the "visible to the adversary", his delegation interpreted them as including any form of surveillance, electronic or otherwise, used to keep a member of the forces of an adversary under observation"(89).

En el terreno doctrinal escribe Lapidoth:

"Le combattant porte des armes ouvertement et visiblement pendant ses opérations militaires, et pendant tout mouvement vers un lieu d'où une attaque doit être lancée alors qu'il est exposé à la vue de l'adversaire par tout moyen de surveillance"(90).

La III Comisión verificaba así el párrafo de este artículo que nos ocupa:

"El propósito de esta norma es, naturalmente, proteger a la población civil impidiendo a los combatientes que oculten sus armas y se presenten como personas civiles, por ejemplo, con miras a obtener posiciones ventajosas para el ataque. Dichas acciones deberán impedirse no sólo porque son inicuas (la justicia penal se ocupará de ellas) sino porque la inexistencia de

(83) CDDH/III/SR-55, p. 34.

(84) Corea por medio de su delegado Sr. Jiu Chung Kuch (CDDH/III/SR-55); Australia en voz del Sr. Mahony (*Ibidem*); Países Bajos en voz del Sr. Akkermann (*Ibidem*); USA en voz del Sr. Aldrich (*Ibidem*); Reino Unido en voz del Sr. Hughes-Morgan (*Ibidem*); Japón en voz del Sr. Sawai (*Ibidem*, p. 41); Alemania Occidental en voz del Sr. Ipsen (*Ibidem*).

(85) Egipto (CDDH/III/SR-55, p. 27); Emiratos Arabes Unidos (*Ibidem*); El Oatar (*Ibidem*); República Democrática del Vietnam (CDDH/III/56).

(86) Suecia (CDDH/III/SR-56, p. 38); O.L.P. (*Ibidem*).

(87) *Rapport* de la III Comisión, 3ª sesión, 236/Rev. 1p. 88.

(88) Postura que respaldaba Egipto en voz del Sr. Al Ghunaimi (CDDH/III/SR-41) y la O.L.P. en voz de su representante Sr. Armali (CDDH/III/SR-56).

(89) CDDH/III/SR-56, p. 52. Vid. asimismo la postura del Reino Unido (*Ibidem*).

(90) LAPIDOTH, R.: "Qui a droit au statut du prisonnier de guerre?". *RGDIP*, 1978/I, p. 203.

la distinción, por mínima que sea, respecto de la población civil, especialmente en el caso de que sea repetida, crea grave peligro para dicha población”(91).

E). *La punición por la conculcación del requisito de llevar francamente las armas*

En el supuesto de que un combatiente sea capturado por el enemigo y no cumpla la condición plasmada en la frase segunda del párrafo 3, no sólo no conserva su estatuto sino que por aplicación del párrafo 4 pierde su derecho a ser considerado como prisionero de guerra, por ende, podrá ser juzgado y, en su caso condenado, por las infracciones penales que hubiera podido cometer como beligerante no privilegiado(92) o, dicho con otras palabras, por actos que, de otro modo, serían considerados como acciones practicadas por un combatiente legítimo(93).

Sin embargo —continúa diciendo este párrafo— tal combatiente recibirá las protecciones equivalentes en todos los sentidos a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio y el presente Protocolo; postura que fue enérgicamente defendida por varias delegaciones(94).

Escribe Lapidoth muy significativamente a este respecto:

“Il est paradoxal que le paragraphe 4 accorde la protection réservée aux prisonniers de guerre précisément à des personnes qui ont perdu le droit d'être considérées comme tels. De plus, si les protections de la III Convention atténuée de distinction, rien n'incitera le combattant à satisfaire aux dispositions du paragraphe 3”(95).

F). *La posterior conservación del estatuto*

A éste respecto decía la III Comisión:

“Serviría para garantizar que todo combatiente capturado mientras no participa en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque conserva sus derechos de combatiente y su estatuto de prisionero de guerra, haya, o no, violado anteriormente la norma establecida en la segunda frase del párrafo 3. Esta norma debiera en muchos casos cubrir a la gran mayo-

(91) CDDH/236/Rev. 1, p. 88. Después de una amplia discusión se añadió una disposición al párrafo 3 *in fine*. Vid. CDDH/III/SR-47, p. 4, 5, 49, 60 y 70. *Ibidem*, p. 48, y 18, 236/Rev. 1, *cit.* p. 18 y 49.

(92) *Rapport* de la Comisión CDDH/III/408, p. 19; Vid. asimismo las posturas mantenidas por Australia en voz del Sr. Mahony (CDDH/III/SR-55, p. 53); USA en voz del Sr. G. Aldrich (CDDH/III/SR-56, p. 55); Grecia en voz del Sr. Mantzoulinos (CDDH/III/SR-40); Reino Unido en voz del Sr. Hougues-Morgan (*Ibidem*); Turquía en voz del Sr. Toperi (*Ibidem*); Japón en voz del Sr. Ogiso (*Ibidem*); Países Bajos en voz del Sr. Akkermann (*Ibidem*).

(93) Italia por medio del Sr. Barile (CDDH/SR-56, p. 4); USA en voz del Sr. Reed (*Ibidem*).

(94) Noruega en voz del Sr. Longva (CDDH/III/SR-50, p. 9); Alemania Occidental en voz del Sr. Ipsen (CDDH/III/SR-55); OLP en voz del Sr. Armalí (*Ibidem*).

(95) LAPIDOTH, R.: *Op. cit.* p. 204.

ría de los prisioneros y los protegería contra todo intento por parte de quienes los han capturado de desenterrar o forjar antecedentes que pudieran privarles de la protección que les corresponde”(96).

El artículo 44, como perfectamente apunta Furet “est sans doute l’un des articles clés du Protocole I”(97).

## V. CONCLUSIONES

1) La falta de claridad y precisión del artículo 44 sólo se comprenderá si tenemos en cuenta que su adopción solamente habría de ser factible por la vía del compromiso.

En suma, este artículo presenta varias imperfecciones, es excesivamente complejo y por ende, de difícil aplicación, a parte de permitir varias interpretaciones, y la clásica distinción entre combatiente y población civil se encuentra reducida al mínimo estricto.

2) La consagración del carácter internacional de las luchas entabladas por los pueblos contra la dominación colonial, contra la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el marco del principio de autodeterminación, con su consiguiente inclusión en el Protocolo Adicional I, tenía que incidir por fuerza en la regulación jurídica del *status* de combatiente y, por ende, de prisionero de guerra.

Frente a los Convenios de Ginebra de 1949, que operaban sobre la base de la distinción entre fuerzas regulares e irregulares, una de las grandes innovaciones del texto de 1977 es la supresión de tal distinción, al prevenirse que las FAS de una *Parte en conflicto* se componen de *todos* los grupos y unidades armados, con la doble condición de estar colocados bajo un mando responsable y sujetos a una disciplina interna.

En idéntica línea de apertura hay que situar el relajamiento de las clásicas condiciones de llevar un signo distintivo “fijo y reconocible a distancia” y de llevar “las armas a la vista”: en la nueva regulación, la primera condición se reduce a la obligación de quien pretende el estatuto de combatiente de “distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque”, y la segunda condición se limita a requerir que “lleve sus armas abiertamente: a) durante el enfrentamiento militar y b) 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”.

Estas importantes inflexiones en los condicionamientos para la atribución de los referidos estatutos que, como se reflejaría en los debates habidos en el seno de la Conferencia Diplomática, habrá de suscitar en la práctica indudables dificultades de interpretación, hay que situarlas en el contexto

(96) CDDH/236/Rev. 1.

(97) FURET, M.F.; MARTINEZ, J.C.; DORANDEU, H.: *Op. cit.* p. 154.

concreto de la consideración de los movimientos de liberación nacional como "Partes en el conflicto" a los efectos la aplicación de las correspondientes normas jurídico-humanitarias en el plano de la protección *individual* a título de combatiente y de prisionero de guerra, supuesta por lo demás la previsión en el artículo 45 del Protocolo Adicional I de una presunción, en caso de duda, a favor de la atribución de dichos estatutos.

3) Sin hacer formalmente a los movimientos de liberación nacional con calidad de Partes en un conflicto armado internacional, Partes en el Protocolo Adicional I y en los Convenios de 1949, se llega, de hecho, a este resultado a través de la declaración unilateral de la autoridad que represente al pueblo empeñado en la lucha liberadora a la que se refiere el artículo 96.1 del Protocolo Adicional I, por cuya vía vienen a precisarse los efectos jurídicos del compromiso de la sumisión al *corpus* jurídico-humanitario.