

DIEZ PROPUESTAS PARA UNA ACTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR

Juan Carlos González Barral
*Comandante auditor (exc.)
Magistrado*

SUMARIO

I.- Primera propuesta: El bien jurídico protegido por el Derecho de los conflictos armados en la mar es exclusivamente humanitario: la protección de las víctimas. II.- Segunda propuesta: el Derecho aplicable a los conflictos armados en la mar no goza de autonomía, sino que mantiene una relación de especialidad con el Derecho internacional humanitario globalmente considerado. III.- Tercera propuesta: el análisis de los espacios marinos en los que resulta lícito desarrollar los conflictos armados en el mar está condicionado esencialmente por el concepto de soberanía. IV.- Cuarta propuesta: Es necesario adoptar una definición material y no formal, del buque de guerra. V.- Quinta propuesta: es necesario caracterizar jurídicamente las medidas de índole naval acordadas por el Consejo de Seguridad al amparo del artículo 41 de la Carta: se trata de medidas de interdicción naval y no de bloqueos. VI.- Sexta propuesta: El análisis de la protección de las víctimas en los conflictos armados en la mar debe efectuarse exclusivamente con fundamento en el principio de distinción. VII.- Séptima propuesta: una interpretación del concepto de objetivo militar acorde a los modos de hostilizar en la mar. VIII.- Octava propuesta: La regulación de la propiedad privada en la mar debe hacerse partiendo de la definición de objetivo militar. IX.- Novena propuesta: La interpretación de lo que debe entenderse por los «males superfluos» o «sufrimientos innecesarios» prohibidos el Protocolo Adicional I debe hacerse interpretado partiendo del análisis de los medios y métodos prohibidos por el Derecho internacional. X.- Décima propuesta: el contenido de la libertad de comercio por mar en caso de conflicto armado debe ser similar a la que rige en el tráfico mercantil por tierra.

En las dos últimas décadas del siglo XX se produjeron determinados acontecimientos que reactivaron grandemente el interés académico por el estudio del Derecho de los Conflictos Armados en el mar. Algunos de esos catalizadores doctrinales afectaban al núcleo de nuestra disciplina y otros sólo tenían una conexión indirecta con el objeto de nuestro estudio, pero lo cierto es que se concentraron en un puñado de años y sacudieron las bases del Derecho Internacional Humanitario. Sin pretensión de exhaustividad, quizás los hechos más relevantes fueron los siguientes:

- La entrada en vigor de la Convención sobre el Derecho del mar, de 1982. El interés de la Comunidad científica por el Derecho del mar, alentado ya por los trabajos previos a la vigencia de dicho instrumento internacional, continuó después con los comentarios exegéticos de la propia Convención y con las aportaciones doctrinales exigidas por la indeterminación o la necesidad de desarrollo posterior de ciertos aspectos del Texto de Montego Bay. Ciertamente, estamos ante un tratado «de paz», situado por tanto extramuros del Derecho internacional humanitario, pero aspectos de su articulado tales como la nueva delimitación de los espacios marítimos, la definición de buque de guerra o la introducción del principio de uso pacífico de los mares, son aspectos todos que necesariamente han de tener una enorme importancia en el objeto de nuestro estudio. Debemos recordar aquí que, frente a algunas posiciones doctrinales clásicas que entendían que en caso de conflicto armado todos los tratados internacionales que vinculan a las partes contendientes quedan en suspenso a excepción de los que integran el Derecho de la guerra, hoy se aplica de hecho el principio contrario, esto es, que tras el comienzo del conflicto armado continúan rigiendo las normas convencionales de paz, con excepción de aquellas que por su propia naturaleza no puede ser aplicadas en tal situación bélica. Por esa razón la Convención sobre Derecho del mar de 1982 se aplica también *mutatis mutandis* entre las partes en un conflicto armado.
- La adopción de los Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, ha tenido una importancia decisiva en la renovación de la atención científica al Derecho internacional humanitario. La discutida aplicación de algunos aspectos de su articulado a la Guerra Naval suscitó un debate académico estimulante. Merece destacarse en este campo en primer lugar la discusión sobre la aplicabilidad del concepto de objetivo militar obrante en el artículo 52 del Protocolo Adicional I a los conflictos armados navales, que a mi entender trasluce la duda sobre la verdadera naturaleza –económica

o humanitaria— de las normas aplicables en las situaciones bélicas en la mar. También se ha debatido intensamente sobre el alcance naval de las normas sobre protección de la población civil en caso de conflicto que lucen en el Protocolo Adicional I, de forma que algún sector doctrinal ha llegado a señalar que la aplicación *in toto* de tales normas protectoras en caso de guerra en el mar convertiría en ilícitas medidas hostiles navales clásicas como el bloqueo o el empleo de pabellón falso; por eso autores destacados, en opinión que no compartimos, han postulado una interpretación del Protocolo que excluya su aplicación a los conflictos navales. En cualquier caso, los múltiples estudios y opiniones en esta materia ha enriquecido enormemente el panorama académico sobre el Derecho internacional humanitario.

- Más allá de los nuevos desarrollos convencionales, la existencia en tiempos relativamente recientes de algunos conflictos armados en la mar ha producido una movilización dialéctica de militares, juristas navales y iusinternacionalistas sobre los aspectos jurídicos de tales conflictos; entre ellos, en primer lugar, la guerra de las Malvinas, en el que se enfrentaron dos Estados con gran nivel tecnológico con un acervo convencional compartido. También la Guerra Irán Irak desarrollada entre 1980 y 1988 y en la que la mar fue escenario de continuas acciones bélicas.
- Por último, tenemos que destacar el parcial desbloqueo de la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tras el cambio de paradigma estratégico a partir de 1989, que permitió la adopción de resoluciones, en las que al amparo del Capítulo VII de la Carta se acordó la ejecución de medidas previstas en el artículo 42 —que implican el uso o a la amenaza de la fuerza, eventualmente por parte de efectivos navales— y de algunas otras contempladas en el artículo 41, por tanto previas a la amenaza de un uso de la fuerza institucionalizado por Naciones Unidas, pero cuya monitorización o cumplimiento se encargaba a fuerzas navales. La aparición de medios marítimos en las nuevas operaciones de Naciones Unidas supuso el replanteamiento de cuestiones importantes en el ámbito del Derecho internacional humanitario. A título de ejemplo, se discutió el grado de violencia que las fuerzas navales podían emplear en cumplimiento de misiones de mera vigilancia de embargos comerciales, la difícil caracterización jurídica de esos embargos comerciales acordados por Naciones Unidas y su proximidad al concepto clásico del bloqueo, o la gran cuestión de la sumisión de las normas del Derecho

internacional humanitario a las fuerzas navales al servicio de Naciones Unidas, que por razón de su misión de interposición o vigilancia de los contendientes, no podían ser consideradas combatientes y, por ello no eran formalmente destinatarias de sus previsiones.

Todos esos factores, y algunos otros en los que no nos hemos detenido, como el progreso técnico de los medios y métodos de combate en el mar, propiciaron el interés de la doctrina iusinternacionalista en el análisis de una materia que durante décadas no había recibido un tratamiento académico sostenido, más allá de la reedición de las obras clásicas de carácter general –Rousseau, Colombos, Oppenheime, – o de aportaciones puntuales en aspectos selectivos del Derecho internacional humanitario en la mar, aunque faltaba sin embargo, desde mi punto de vista, un estudio sistemático y actualizado de esta materia, que permitiera enriquecer el conjunto con las aportaciones doctrinales realizadas en sectores específicos. Esta labor se vio favorecida por la decisión conjunta del Instituto de Derecho Humanitario de San Remo y el Comité Internacional de la Cruz Roja para la elaboración de un texto, en principio doctrinal, pero con vocación de convertirse en el Tratado Internacional de referencia para regular el Derecho de los conflictos armados en la mar. Ciertamente es que esa aspiración no llegó a concretarse, pero el esfuerzo de decenas de militares, marinos, juristas de las fuerzas navales y profesores de Derecho Internacional, se plasmó en el denominado «Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados en el mar», a cuya publicación acompañó un excelente comentario construido con las aportaciones de los intervinientes en los numerosos debates celebrados con carácter previo a su aprobación.

Los tratadistas que estudiaron el Derecho internacional humanitario en el mar durante esas dos décadas coincidieron en señalar dos notas del vigente régimen jurídico de ese sector; la primera, un acusada *incertidumbre* en cuanto a las normas aplicables, que conduce a la inseguridad para el aplicador concreto de las disposiciones pertinentes; esta incertidumbre se debe a la inconsistencia y relatividad de la práctica internacional de los Estados, pero también a la obsolescencia de algunos de los textos normativos en principio directamente aplicables, –señaladamente los acordados en La Haya entre 1899 y 1907–, a la cambiante tecnología militar y consecuentemente, la modificación de los modos de hacer la guerra y finalmente, a la entrada en vigor de nuevos tratados internacionales en la materia con efectos directos e indirectos sobre las normas de la guerra naval. La segunda nota puede muy bien resumirse en el título de una obra publicada en 1986 por una gran internacionalista británica en materia de Derecho internacio-

nal humanitario, Louise Doswald Beck: *The International Law of Armed Conflict at Sea: the need for its reform.*

Necesidad de reforma que es, pues, el segundo elemento clave en la preocupación de la doctrina durante las décadas de los años 80 y 90 del pasado siglo, aunque la necesidad de adaptación de los Convenios internacionales de La Haya dedicados a la guerra marítima ya había sido puesta de relieve desde antiguo. Pero esa reforma no se ha plasmado en realidades normativas. Los intentos de lograr un texto codificado del Derecho internacional humanitario en el mar no han resultado fructíferos; ya nos hemos referido a título de ejemplo, al Manual de San Remo, llamado a constituir el gran tratado unificador del Derecho de la Guerra Marítima y que no ha llegado a ser más que un excelente texto doctrinal, cuyo mayor valor está hoy quizás en los estudios doctrinales que su redacción exigió.

El presente trabajo se enmarca en ese contexto de inseguridad y necesidad de reforma. Pasados los años, y ante la evidencia de que no existe un texto normativo omnicomprendivo del Derecho de los conflictos armados en el mar, y lo que es todavía más peor, cuando ni siquiera se vislumbra esa posibilidad, es hora de aprovechar todo el material académico que afecta a nuestra materia, y modestamente construir una serie de propuestas integradoras sobre los diferentes problemas que plantea en nuestros días esa materia. A ello dedicamos en su día nuestra tesis doctoral; estas líneas constituyen una condensación de los resultados de la misma, a la luz de la práctica más reciente y de reflexiones posteriores de su autor.

I. PRIMERA PROPUESTA: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR ES EXCLUSIVAMENTE HUMANITARIO: LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

En primer lugar, partimos de la necesidad de recentrar el Derecho de la Guerra marítima en el Derecho Internacional humanitario, depurando ciertos aportes históricos, que deforman el recto sentido de la exégesis de nuestro sector normativo. Dichos aportes son los siguientes:

A) El **elemento comercial o mercantil**. Es sabido que el origen histórico de nuestra disciplina se encuentra en la necesidad de proteger el comercio por mar en caso de conflicto armado. Recuérdese el Libro del Consulado del Mar, las reglas de Oleron o de Wisby, citados como antecedentes históricos del Derecho internacional humanitario en la mar y que son propiamente colecciones de usos comerciales en los distintos espacios

marítimos. No se discute el carácter fundante de esos textos, pero sí cuestionamos que la preocupación por proteger el comercio marítimo deba ser hoy el bien jurídico a que sirve nuestra disciplina.

Sin embargo, esta impregnación del aspecto comercial luce todavía se puede todavía detectar en cuestiones tales como

- a) El tratamiento jurídico de la propiedad privada en el mar, que permite que algún sector doctrinal continúe manteniendo que la protección conferida a los bienes civiles en el Derecho de la Guerra marítima responde a postulados económicos y no humanitarios –así, Meyrowitz–.
- b) El concepto de bloqueo como mera interrupción de las comunicaciones marítimas sin concesión alguna a los humanitario, posición insostenible desde un análisis de la institución integradora de la prohibición de hacer pasar hambre a la población civil.
- c) Y sobre todo, el tratamiento del buque mercante como objeto digno de protección *per se*, convirtiendolo así en un *tertium genus* que se cuele de rondón en la clasificación estrictamente humanitaria – y exhaustiva– entre bienes de carácter civil y objetivos militares que aparece hoy en el artículo 48 del Protocolo Adicional I.

Estos tres ejemplos nos parecen reveladores de una latente concepción del Derecho de la guerra marítima como *Derecho del comercio marítimo en caso de conflicto armado*, totalmente incoherente con los nuevos desarrollos del Derecho internacional humanitario.

B) El elemento marítimo. La segunda tentación a la que es menester sustraerse es la consideración del Derecho de los conflictos armados en la mar como el *Derecho del mar en tiempos de guerra*, que implicaría un recurso indiscriminado y acrítico a soluciones propias del Derecho del mar «de paz». Nuestra posición consiste en manejar con extrema prudencia la vigente Convención del Derecho del mar como herramienta para interpretar el Derecho de los conflictos armados, pues no es la matriz sobre la que debe construirse el objeto de nuestro estudio. Ciertamente, es interesante, incluso imprescindible en ocasiones, tener en cuenta dicho texto convencional en algunos aspectos concretos: así, por ejemplo, en el análisis de las actividades bélicas en los distintos espacios marinos, pero no para asimilar dicho régimen en tiempo de guerra al previsto en la Convención para tiempo de paz, operación que como demostramos es inútil porque las soluciones del Derecho internacional humanitario son en bastantes casos contrarias a las que se derivarían de la aplicación estricta de los preceptos del texto de Jamaica, sino para caracterizar cada uno de los espacios marinos previstos

con la finalidad de, a la vista de su naturaleza, aplicar el Derecho de los conflictos armados en sus distintos grados en cada uno de ellos.

Esta tentación de emplear como matriz el Derecho del mar para la exposición del Derecho de los conflictos armados no es teórica: por el contrario, incluso desde el punto de vista doctrinal, existen magníficos tratados de Derecho del mar, que a modo de colofón o complemento, regulan el Derecho de la guerra marítima. Esto nos parece una distorsión y si se lleva a sus últimas consecuencias, impide comprender correctamente las instituciones del Derecho de los conflictos armados en la mar.

En consecuencia, nuestro postulado es considerar que el Derecho de los conflictos armados en la mar es propiamente Derecho internacional humanitario y sólo Derecho internacional humanitario, aunque las dos influencias señaladas deban ser tenidas en cuenta, pero sin olvidar que el Derecho que regula los conflictos armados en la mar, no es Derecho del mar, –y prueba de ello son las diferentes soluciones en ambos sectores en cuestiones como la posibilidad de cerrar el mar territorial en caso de conflicto, etc.– ni tampoco es Derecho del comercio internacional, de donde se deduce, entre otras conclusiones, que la afectación del comercio neutral en caso de conflicto armado se rige prioritariamente por el Derecho internacional humanitario.

II. SEGUNDA PROPUESTA: EL DERECHO APLICABLE A LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR NO GOZA DE AUTONOMÍA, SINO QUE MANTIENE UNA RELACIÓN DE ESPECIALIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO GLOBALMENTE CONSIDERADO

La labor de recentrar el objeto de nuestro estudio en el Derecho Internacional humanitario, limitando las aportaciones «mercantiles» y «marítimas», exige una respuesta en punto a las relaciones dogmáticas entre el Derecho internacional humanitario en general y el derecho de los conflictos armados en el mar.

Frente a posiciones que sostienen la autonomía de este último, consideramos, en línea con lo expresado en el Manual de Oxford, que la relación del Derecho de la guerra marítima con el Derecho de los conflictos armados en tierra es de especialidad, de forma que los principios que rigen ambos sectores son comunes, aun cuando existen reglas especiales para la guerra marítima. Por ello, deben aplicarse a la guerra marítima, no sólo las normas internacionales específicamente dedicadas a regular ese sector,

sino también las que rigen la guerra terrestre cuando no existe regulación expresa en la materia. Nótese que no hablamos de relación de supletoriedad, sino de especialidad, y ello tiene tres consecuencias:

- a) El corpus general de aplicación es el de la guerra terrestre. Éste sólo deja de aplicarse cuando hay una norma especial –la marítima– que modula la norma general.
- b) El Derecho de los conflictos armados en la mar carece de reglas interpretativas propias; por el contrario, las debe tomar del Derecho internacional humanitario globalmente considerado.
- c) Las lagunas de las normas bélicas marítimas se llenan con normas o principios generales y no con la aplicación de unos principios autónomos de dicho sector.

En resumen, debe adoptarse como criterio exegético básico el de que las normas del Derecho de los conflictos armados en la mar completan y especifican la norma común del Derecho Internacional Humanitario, pero los principios informadores de uno y otro son los mismos, y se centran en «evitar agravar inútilmente los sufrimientos de los hombres», tal y como afirmaba la Declaración de San Petersburgo de 1868.

III. TERCERA PROPUESTA: EL ANÁLISIS DE LOS ESPACIOS MARINOS EN LOS QUE RESULTA LÍCITO DESARROLLAR LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR ESTÁ CONDICIONADO ESENCIALMENTE POR EL CONCEPTO DE SOBERANÍA

El concepto clásico de región de guerra en la mar, como conjunto de los espacios marinos en los que pueden desarrollarse lícitamente las hostilidades, debe ser sin duda revisado a la luz de los nuevos desarrollos convencionales sobre Derecho del mar, especialmente de la Convención de Jamaica de 1982. La influencia de esta Convención no se ha producido de manera directa, sino refleja, porque los textos convencionales de paz no se pronuncian sobre su aplicabilidad en caso de conflicto armado y las reglas del Derecho internacional humanitario en vigor, incluyendo la costumbre, no son compatibles en cuanto a los derechos y obligaciones de los beligerantes en la mar con los proclamados por el Derecho del mar «de paz». Y ello porque aquellas normas proceden de los viejos Convenios de 1907, en particular del VIII. Por ello, resulta necesario interpretarlas a la luz de los nuevos desarrollos convencionales, sin perjuicio de propugnar *pro futuro* la necesidad de que se incluyan en los textos «de paz» formulaciones ex-

presas sobre el grado de aplicabilidad de su articulado en caso de conflicto armado.

En cualquier caso, y en línea de ofrecer soluciones concretas considero que el análisis de las posibilidades de actuación hostil en los distintos espacios debe partir de la regla básica contenida del artículo 2 del XIII Convenio de La Haya de 1907, que vincula tres conceptos: actos hostiles, neutralidad y soberanía, estableciendo que todos los actos de hostilidad cometidos por buques de guerra beligerantes en las aguas territoriales de una Potencia neutral constituyen una violación de la neutralidad y están prohibidos. Así pues, en caso de conflicto armado a los beligerantes les está permitido ejecutar acciones hostiles en todos los espacios marinos no sometidos a soberanía de un Estado neutral. El concepto clave es, pues, el de *soberanía* sobre los distintos espacios. De esta forma parece claro que no se pueden desarrollar acciones hostiles en los espacios marinos sometidos a soberanía del Estado ribereño neutral. Pero esta regla general no resuelve todos los problemas posibles. Y ello por dos cuestiones sólo indirectamente vinculadas con el Derecho internacional humanitario, pero de innegable influencia en este sector.

La primera se refiere a la discusión sobre si determinados espacios marinos están o no sometidos a soberanía del Estado ribereño. En particular, nos referimos a la Zona Económica Exclusiva. En el momento actual, no es un espacio sometido a soberanía del Estado ribereño, a pesar de las innegables tendencias a su territorialización y de la falta de definición de la Convención sobre Derecho del mar, que se refiere a los «derechos soberanos» ejercitables en dicha área, aunque no mencione nítidamente el concepto neto de soberanía. De ello debe deducirse, en cuanto ahora nos importa, que pueden conducirse acciones hostiles en la ZEE de los Estados neutrales, interpretando que, entre los legítimos usos de tales áreas a que se refiere el artículo 87 de la Convención de 1982, estaría el ejercicio de los derechos de los beligerantes. Ello no obsta a que sobre estos últimos pese una serie de obligaciones cuando se ejecutan tales acciones bélicas en la ZEE de los neutrales. Básicamente tales obligaciones se circunscriben a garantizar el debido respeto a los derechos del Estado ribereño, consistentes en lo esencial en la exploración y explotación económica de la ZEE. Debe reconocerse, sin embargo, que algunos Manuales militares, y entre ellos debe citarse el aprobado por las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, consideran irrelevante desde un punto de vista operativo que el área de operaciones navales englobe todo o parte de la ZEE de un Estado neutral.

La segunda de las cuestiones a las que hacíamos referencia más arriba se concreta en la afirmación de que el criterio de soberanía resuelve los problemas referentes a la realización de acciones hostiles en aguas neutrales, pero

no las relativas al derecho de paso de los buques de guerra combatientes por tales aguas. En este segundo ámbito hay que precisar que en caso de conflicto armado no rige el sistema de paso inocente para los buques de guerra y naves auxiliares combatientes que prevé el texto de Montego Bay, sino un régimen específico, caracterizado por que en tales aguas el buque de guerra beligerante puede reabastecerse limitadamente y ser reparado sin aumentar su capacidad de combate. Sí resulta aplicable a las aguas de soberanía del Estado neutral la regla de las 24 horas en cuanto al límite de duración de la singladura de tales buques de guerra combatientes pero, a pesar de lo manifestado por cierta doctrina, consideramos que no es deseable una aproximación total en este punto al régimen general del Derecho del mar en tiempos de paz, puesto que éste no contempla ni la exigencia de notificar al Estado ribereño neutral la entrada del buque de guerra, ni la posibilidad de expulsarlo por motivos distintos a los contemplados en la Convención de Montego Bay.

Finalmente, en lo que hace a la posibilidad de ejecutar acciones hostiles en los espacios marinos sobre los que se ejerce la soberanía del Estado neutral, debe resaltarse que, en general, están prohibidas las acciones de ataque, captura, el minado, la visita, el registro y la desviación, incluso cuando se consuman fuera de tales aguas pero se ejecutan desde ellas. En todos los casos, el Estado ribereño no parte en el conflicto tiene la obligación de defender su neutralidad, y puede llegar en este empeño a emplear la fuerza lícitamente, sin dejar de ser considerado Estado no parte en el conflicto. Así, como ejemplo límite paradigmático, que alguna doctrina discute, creemos que cuando se ataca a uno de los beligerantes que navega por aguas de soberanía de un Estado neutral puede recibir de éste apoyo armado. En relación con las aguas neutrales de soberanía, se concluye afirmando que el régimen de las aguas archipelágicas y las aguas interiores es idéntico al del mar territorial, excepto en lo que se refiere al paso de buques de guerra a través de aquellas, que debe ser asimilado al régimen de navegación por los estrechos internacionales.

En relación a este régimen en los estrechos internacionales, partimos de que la tradicional posición de la doctrina basada en los trabajos preparatorios de LH XIII era la identificación del régimen de paso al existente en el mar territorial, pero creemos que esta idea debe ser hoy modulada a la luz de los siguientes factores: a) la práctica internacional, excluida, como casi siempre, la acaecida durante la segunda guerra mundial, b) la jurisprudencia de la sentencia Wimbledon, que afirma la permisión del paso por los estrechos, la importancia de su elemento funcional y la aplicación del principio de utilización pacífica de los mares, que en la inteligencia que hacemos del mismo, consiste en la adecuada ponderación de los usos específicos de cada

espacio marino, que el caso de los estrechos es el favorecimiento del paso; en este supuesto, paradójicamente, milita a favor del paso de los buques de guerra en los estrechos cuyos Estados ribereños son neutrales. A consecuencia de ello, consideramos, con respecto a los estrechos neutrales, que el derecho de paso de los buques combatientes no compromete la neutralidad y que el Estado ribereño, en cambio, puede adoptar medidas de seguridad razonables, tales como el pilotaje obligatorio o el minado parcial del estrecho dejando una vía de agua abierta que permita el paso. En cuanto a los Estados estrecharios beligerantes, creemos que pueden cerrar el estrecho, por razones de seguridad, excepto para los mercantes neutrales; así se desprende de la práctica más reciente. Cuestión aparte es la relativa a la si en caso de conflicto armado se mantiene el régimen de paso en tránsito. Consideramos, frente la opinión de cierto sector doctrinal, que no, pues no existe derecho de sobrevuelo –no lo reconocen las Reglas de la Guerra Aérea, porque ese sobrevuelo plantearía problemas de control y además, existe una gran facilidad de proporcionar rutas alternativas– ni tampoco el derecho de navegar en inmersión para los submarinos. En sentido contrario, sin embargo, el Manual de san Remo opta por aplicar en este aspecto concreto el régimen de paz para los supuestos de conflicto armado.

En la plataforma continental, consideramos que si bien puede afirmarse que lo que está permitido en tiempo de paz a los buques de guerra extranjeros lo está también en caso de conflicto armado, el principio debe modularse en un doble sentido: en primer lugar, en cuanto a las actividades que en tiempo de paz caen en una zona gris; si se sostiene una interpretación generosa con las competencias de los ribereños neutrales a tenor de la cual sería exigible su previa autorización para el emplazamiento por los beligerantes de cualquier ingenio en su Plataforma –por ejemplo el emplazamiento de minas– en caso de conflicto armado debemos decantarnos por la prevalencia de los derechos de los beligerantes; por otro lado, cuando entran en juego los derechos de exploración y explotación de los neutrales en esa zona y existe una real interferencia en su ejercicio por las actividades hostiles de los combatientes, la regla debe decantarse a favor de los derechos del Estado ribereño.

IV. CUARTA PROPUESTA: ES NECESARIO ADOPTAR UNA DEFINICIÓN MATERIAL Y NO FORMAL DEL BUQUE DE GUERRA

En relación a la determinación de los combatientes legítimos, debe tenerse en cuenta que en los espacios marinos la acción hostil se rea-

liza de manera mediata a través del buque de guerra, por lo que la definición exacta de este tipo de barcos es clave en este sector. En este empeño nos enfrentamos con un problema de partida que fue ya expuesto por Rolin en la Sesión del Instituto de Derecho Internacional, celebrada de Oxford en 1913: desde esa fecha la definición del combatiente tipo –buque de guerra– que figura en los convenios internacionales es naturaleza meramente formal. A ello se añade que en los textos convencionales propios del Derecho de los conflictos armados no existe una definición específica de buque de guerra, por lo que hemos de acudir a los criterios propios del derecho «de paz». Dicha definición se encuentra hoy en el artículo 29 del Convenio de Jamaica, sobre Derecho del mar, a tenor del cual *«para los efectos de esta Convención, se entiende por «buques de guerra» todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares»*. Vemos pues, como se trata de una definición pensada «a los efectos» de la Convención, y no para su aplicación en ámbitos externos a la misma; de otro lado la consideración de un barco como buque de guerra se hace depender de criterios puramente formales: pertenencia a las fuerzas armadas de un Estado, signos exteriores, mando por oficial debidamente designado y sometimiento a disciplina militar.

Esta definición plantea problemas serios desde la perspectiva del Derecho de los conflictos armados: así, resulta imposible caracterizar como buque de guerra a los barcos pertenecientes a entidades no estatales, como los empleados por los Movimientos de Liberación Nacional, cuyos militares individualmente considerados sí pueden ser integrados en la categoría de combatientes legítimos por aplicación del artículo 43 del Protocolo Adicional Primero. Por otro lado, buques que no forman parte estrictamente de las fuerzas armadas (caso de los «Guardianes de la Revolución» iraníes) tampoco entrarían en la categoría de buque de guerra, lo que resulta manifiestamente inadecuado.

Por ello, estamos ante una definición que debe ser superada, de modo que el buque de guerra en caso de conflicto armado se conceptúe desde una perspectiva material o funcional. Considero que sería aceptable considerar combatiente legítimo en la mar a cualquier embarcación de una parte en conflicto que realice actos de hostilidad distinguiéndose

de las embarcaciones por cualquier medio antes del lanzamiento del ataque. La solución que proponemos no es inédita. Ejemplo parcial de la misma fue nuestra Orden Ministerial 25/85, sobre escalas de buques extranjeros en puertos o fondeaderos españoles, que incluía entre las actividades que daban lugar a la consideración como buques de guerra de las realizadas por *los barcos que ejecutaran actividades de transporte*;

La definición que proponemos nos permite también considerar los barcos pertenecientes a los irregulares como buques combatientes legítimos, a semejanza de lo que sucede con los miembros de las milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados en los casos de los conflictos armados en tierra. En idéntico sentido, incluiríamos como buque, combatientes legítimos a los barcos armados por población de territorio no ocupado, siempre que «actúen abiertamente», –requisito previsto en el Manual de Oxford– que no se identifica necesariamente con la obligación de «llevar las armas» abiertamente, que exige el artículo 13.6 del segundo convenio de Ginebra sobre protección de los heridos, enfermos y náufragos, que en este aspecto concreto traslada miméticamente las previsiones del primer Convenio de Ginebra, relativo, como se sabe, a la Guerra Terrestre.

Una segunda solución que proponemos, dejando intocada la definición de buque de guerra obrante en el Convenio de Jamaica, sería considerar que un mercante se transforma *ope legis* en buque de guerra, y por tanto asume el estatus de barco combatiente, no sólo cuando media el empleo de alguna de las fórmulas previstas expresamente en la Octava Convención de La Haya de 1907, –la comisión o el mandato– sino también cuando dicho barco mercante se integra en el esfuerzo bélico de una de las partes contendientes mediante otras formas no previstas expresamente, como el contrato de fletamento o la requisa, o simplemente, cuando por su actividad puede ser considerado como objetivo militar, lo que nos lleva a sostener que en gran medida la condición de combatiente legítimo y la de objetivo militar son dos caras de la misma moneda.

En realidad toda esta labor de adaptación sería mucho más fácil desde una comprensión más flexible de los derechos de los combatientes, y, en particular, aceptando que en la guerra en la mar la realización de actos hostiles, que es su derecho básico, no sólo incluye la posibilidad de realizar acciones de ataque o de destrucción, sino también la de captura, en el sentido clásico del derecho de presa naval. En suma, hay que asumir que el rango de acciones hostiles en la mar es más amplio que en la guerra terrestre.

V. QUINTA PROPUESTA: ES NECESARIO CARACTERIZAR JURÍDICAMENTE LAS MEDIDAS DE ÍNDOLE NAVAL ACORDADAS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD AL AMPARO DEL ARTÍCULO 41 DE LA CARTA: SE TRATA DE MEDIDAS DE INTERDICCIÓN NAVAL Y NO DE BLOQUEOS

Partimos del hecho de que es difícil caracterizar jurídicamente las medidas adoptadas al amparo de Resoluciones del Consejo de Seguridad. Por ejemplo, la Resolución 665, instó a los Estados miembros que cooperaban con el Gobierno de Kuwait a *«que desplieguen fuerzas navales en la región para tomar las medidas proporcionadas a las circunstancias concretas que sean necesarias bajo la autoridad del Consejo de Seguridad para detener todos los mercantes que lleguen o salgan de fin de inspeccionar su carga y asegurarse de su destino y de hacer aplicar estrictamente las disposiciones de la resolución 661»*. Algunos autores han sugerido que estamos ante medidas similares al bloqueo naval, pero en ese caso nos situaríamos plenamente en el marco del artículo 42 de la Carta y eso lo trata de evitar la Resolución. Por eso, cierto sector doctrinal considera preferible usar el término «interdicción naval» como término global y flexible que permite eludir la remisión a la categorización propia del Derecho de los conflictos armados. Pero en ocasiones eludiendo el término «bélico» hacemos un flaco favor a la causa humanitaria, puesto que la perspectiva del DIH es mucho más garantizadora de la protección de las víctimas que la de tiempo de paz, en el que no se supone necesariamente que esas víctimas existan. A título de ejemplo, si Naciones Unidas hubiera optado por encuadrar la acción descrita en el ámbito del bloqueo naval, la existencia de una «cláusula humanitaria» permitiendo el paso de alimentos y medicinas hubiera estado implícita, sin necesidad de inclusión estricta en la Resolución de adopción de la medida, y ello en virtud de la aplicación de los artículos 54 y 70 del Protocolo Adicional I. Pero de todas formas hay que tener en cuenta que las obligaciones impuestas por las Resoluciones son de resultado y no de comportamiento y podría sostenerse que, si bien el contenido de las mismas no es la imposición de un bloqueo, sí sería posible que los Estados que hacen uso de la autorización concedida para adoptar aquellas medidas, lo hagan mediante la imposición de una sanción. En cualquier caso, y sin embargo, en el estado actual de la doctrina, la adopción de medidas de uso de la fuerza en forma de bloqueo no se puede enmarcar en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas. La solución pasaría más bien por establecer una fuerza naval de Naciones Unidas, permanente o actuando *«on call»* cuya misión fuera exclusivamente la monitorización de los embargos o medidas de índole económico, aspectos sobre el cual en los años 80 pudo haber un consenso básico, pero que hoy en día no parece cercano.

VI. SEXTA PROPUESTA: EL ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR DEBE EFECTUARSE EXCLUSIVAMENTE CON FUNDAMENTO EN EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

Comencemos señalando que el principio de distinción es aquel que obliga a distinguir entre objetivos militares y bienes y personas de carácter civil a la hora de planear o ejecutar una acción hostil. Como manifiesta el artículo 48 del Protocolo Adicional I «a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, *las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares*».

La propuesta que efectuamos consiste en la articulación de la protección de las víctimas con base a un principio de distinción. Su plasmación concreta se encuentra con dos obstáculos:

1. No todos los autores admiten la aplicación del principio de distinción a los conflictos armados en la mar.

El principio de distinción, del que encontramos trazas en todos los tiempos, ha encontrado encaje a nivel normativo únicamente con la entrada en vigor del Protocolo Adicional I, pero su aplicabilidad a la guerra marítima ha sido objetada por un cierto sector doctrinal, encabezado por Meyrowitz, con fundamento en que en los conflictos armados en el mar es permisible la ejecución de «medidas de guerra económica» sobre buques mercantes, que no pueden ser incluidos en la definición de objetivos militares del Protocolo Adicional I.

Frente a esta tesis, considero que el principio de distinción sí es de aplicación a la guerra marítima por dos razones básicas:

La primera, que, como hemos expuesto más arriba, el aspecto comercial o económico no es prevalente en el sector que estudiamos.

La segunda, que lo importante a los efectos de aplicación del principio de distinción no es el concepto de «ataque» estrictamente considerado, sino el de «operaciones», que es el que menciona expresamente el artículo 48, que engloba un amplio espectro de acciones hostiles y no sólo el ataque.

2. Aun cuando se admita la aplicación del principio de distinción en los conflictos armados en la mar, la definición de objetivo militar obrante en el Protocolo Adicional I no resulta válida en ese ámbito.

Debemos empezar por cuestionarnos si el concepto de objetivo militar puede operar en los conflictos que se desarrollan en los espacios maríti-

mos, por las especiales características de los mismos y de la acción hostil en ellos desarrollada. Recordemos que el artículo 52.2 del Protocolo Adicional I considera como objetivos militares «*aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida*».

A este respecto, cierto sector doctrinal, aun aceptando que el principio de distinción resulta de aplicación a la guerra en el mar, ha considerado que no puede decirse lo mismo de la definición de objetivos militares prevista en el artículo 52 del Protocolo. En general los autores que se adscriben a esta última posición consideran que la Sección I del Título IV del Protocolo no es de aplicación a la guerra estrictamente marítima por que su ámbito de aplicación se circunscribe *expressis verbis* a «las operaciones de guerra terrestre, naval o área que **puedan afectar en tierra** a la población civil, a las personas civiles o a los bienes de carácter civil» (artículo 49.3 del Protocolo). La interpretación que se haga de este precepto, por tanto, condiciona no solo el concepto de objetivo militar, sino la aplicación del núcleo humanitario del Protocolo (protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades) a los conflictos armados en la mar.

En su opinión existen razones fundadas para sostener la plena aplicación de la definición de objetivo militar del artículo 52.2 del Protocolo a los conflictos armados en la mar:

- a) En primer lugar, la cláusula que teóricamente impediría la aplicación a la guerra marítima de toda la Sección en la que se encuadra la definición de objetivo militar (art. 49.3 del Protocolo), resulta matizada por el apartado 4 del mismo precepto,
- b) En segundo lugar, la práctica muestra que los manuales militares en uso consideran aplicable la definición de objetivo militar al conflicto naval,
- c) Adicionalmente, la mención en la definición de objetivo militar a la neutralización y sobre todo a la «captura» permite interpretar que se contemplan medidas específicas de la guerra en la mar por la referencia explícita a esta institución de la guerra naval, y, finalmente,
- d) El hecho de que en la reiterada definición de objetivo militar se determine que las acciones hostiles contra objetivos militares deben ofrecer «una ventaja militar definida», en vez de utilizar la expresión «directa y sustancial», lo que nos lleva también a la conclusión de que se prevén, tácitamente, acciones muy propias de la guerra naval como la captura, que quedarían excluidas en el caso de exigirse una ventaja directa y sustancial. Ejemplificando la anterior afirmación,

diremos que la ventaja militar de capturar un buque mercante que transporta contrabando no puede calificarse como una «ventaja directa», sino más bien indirecta, como indirecta es la relación de tal mercante con la acción bélica. Sin embargo, sí puede calificarse como una ventaja militar definida. Recordemos que, como se deduce del artículo 57.2iii del Protocolo, sólo el ataque puede ofrecer una «ventaja concreta y directa», pero no la captura.

También en relación con la aplicabilidad del artículo 52 del Protocolo Adicional I consideramos que la mención que en él se hace al termino captura se puede considerar referido a la captura naval, no como medida hostil inferior en grado al ataque, sino como institución autónoma que abre paso al juicio de presas y a la adjudicación del buque capturado; a esta conclusión llegamos desde el análisis de la diferencia entre «ventaja militar definida» en la definición de objetivo militar, que englobaría no sólo el ataque, sino también la captura en el sentido que hemos propuesto, y la «ventaja concreta y directa» que se exige en todos los preceptos del Protocolo que se refieren exclusivamente al ataque. Con esta interpretación evitamos el peligro de considerar que la captura que da lugar al juicio de presas se rija por criterios ajenos a los previstos en el Protocolo Adicional I, que es la tesis que late en algunos autores.

De la afirmación de la aplicabilidad del principio de distinción y del concepto de objetivo militar a los conflictos armados en el mar, cabe extraer dos consecuencias:

La primera, que la protección de las víctimas debe reconducirse a la consideración del barco concreto en el que se encuentran es o no un objetivo militar. Con ello dejamos de lado la prolija y en tantos casos inútil enumeración de buques protegidos, en gran parte procedente de los textos de La Haya de 1907, que sigue siendo empleada a la hora de detallar la protección debida. Recordemos que se sigue incluyendo entre las categorías protegidas los buques hospitales, las embarcaciones costeras de salvamento, los barcos de cartel, los buques que cumplen misiones humanitarias –y entre ellos, los de rescate, los empleados en acciones de socorro y los que transportan bienes imprescindibles para la población civil–, los empleados en el transporte de bienes culturales, los de pasajeros, los dedicados a misiones religiosas, filantrópicas o científicas no militares, los dedicados a la pesca costera, y los empleados contra la contaminación del medio ambiente marino.

Desde nuestro punto de vista, lo importante es si cada uno de esos tipos de barcos entran o no en la categoría de objetivo militar. Si no es así, reciben la protección debida a los bienes de carácter civil, es decir, en síntesis,

no se puede realizar contra ellos operaciones militares. A esta obligación de abstención habrá que añadir una obligación positiva de protección, con lo que se da cumplimiento al comportamiento exigido a las partes en conflicto en relación con las víctimas (respeto y protección).

Es importante referirnos aquí a la aplicación del principio de distinción a las personas, y no centrarnos exclusivamente en los barcos. En este aspecto, dicho principio también se aplica también a quienes se encuentran embarcados. El problema, lógicamente, se plantea cuando personas integradas en la categoría de población civil se encuentran a bordo de buques que constituyen objetivo militar. Creo que este caso debe resolverse de igual forma que en tierra aplicando el principio de proporcionalidad. La población civil puede sufrir también en la guerra marítima daños incidentales siempre que no sean desproporcionados con la ventaja militar esperada (art. 51.5.b) del Protocolo Adicional I).

La segunda de las consecuencias que puede extraerse de la aplicación de los artículos 48 y 52 del Protocolo Adicional I a los conflictos navales en que el tratamiento de la propiedad privada en la mar, tanto en lo que se refiere a los buques mercantes, como en lo que atañe al cargamento debe estudiarse con referencia a su consideración o no como objetivos militares. A ello nos referimos más adelante, pero antes de ello parece oportuno reflexionar la posibilidad de hacer una interpretación del concepto de objetivo militar en el ámbito del Derecho de los conflictos armados en la mar.

VII. SÉPTIMA PROPUESTA: UNA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE OBJETIVO MILITAR ACORDE A LOS MODOS DE HOSTILIZAR EN LA MAR

Aun cuando considero que la definición de objetivo militar del artículo 52 del Protocolo es de aplicación a los conflictos armados en la mar, las particularidades de la acción hostil marítima imponen una modulación en la exégesis de dicha definición. En particular, deben tenerse en cuenta las peculiaridades referentes a la especial importancia del factor «ubicación» del objetivo, al hecho de que en el mar el combatiente realiza la acción hostil de manera mediata a través del barco y no directamente como persona física y, por último, a la importancia económica de la guerra en la mar, que obliga a tener en especial consideración las legítimas limitaciones al comercio durante el conflicto, derivadas del régimen de la propiedad privada en esta tipología de acciones bélicas. En este sentido consideramos que la interpretación al uso del concepto de objetivo militar obrante en el Proto-

colo no presta suficiente atención a los «*objetos de índole comercial de valor militar*», que son esenciales en los conflictos armados en la mar, frente a la preponderancia de los objetos militares «puros» propios de la guerra terrestre (armamento, vehículos militares, municiones, fortificaciones, depósitos de combustible, etc). Por esta razón defendemos una exégesis del concepto de objetivo militar en el mar que incluya los «objetos conectados con el esfuerzo militar sin ser causa directa de los daños producidos al enemigo en el nivel militar», aun sin olvidar que, de conformidad con la regla del Protocolo Adicional I la acción hostil contra los mismos debe producir una ventaja militar definida. Esta última exigencia impide que puedan considerarse como objetivos militares, como algún sector doctrinal ha propuesto, todas las exportaciones del Estado adverso.

VIII. OCTAVA PROPUESTA: LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA MAR DEBE HACERSE PARTIENDO DE LA DEFINICIÓN DE OBJETIVO MILITAR

Como ya hemos anunciado el tema expuesto tiene una doble vertiente; cuando hablamos de propiedad privada en el mar, hablamos de buque mercante y también hablamos de carga. Ambos aspectos deben tratarse separadamente.

Sabido es que en los conflictos armados en el mar, los objetivos militares por naturaleza son los buques de guerra. Junto a los buques de guerra, se plantea si pueden serlo los buques mercantes. Si se efectúa un recorrido histórico se puede detectar como hasta la Primera Guerra Mundial, las posibilidades legales de captura y ataque de mercantes eran muy limitadas. Pero durante las dos guerras mundiales, la práctica fue considerar a los mercantes de nacionalidad enemiga como integrados en el esfuerzo bélico de la Parte adversa y, con ello, como lícitos objetivos militares. Se ha subrayado que en la actualidad el esquema convencional previo a 1914 es inaplicable.

En cualquier caso, la eventual consideración de los buques mercantes como objetivos militares debe partir, en primer lugar, de la doctrina emanada del Tribunal de Nuremberg en su enjuiciamiento de los Almirantes Raeder y Doenitz. En este sentido, creemos que el concepto clave, tanto en relación los mercantes enemigos como los neutrales, es de «participación en las hostilidades», tal y como figuró en los debates previos a la adopción del Protocolo de Londres; pero el propio de concepto de participación es polisémico. Sin perjuicio de que existan otros criterios, parece que la na-

cionalidad del buque y el denominado parámetro funcional, son los dos más relevantes usados por la doctrina, para abordar la tarea de delimitar cuando un buque mercante participa en las hostilidades. Con respecto al primero, algunos autores entienden que debe diferenciarse nítidamente entre los mercantes enemigos, que en algunas circunstancias pueden ser considerados objetivos militares, de los neutrales, que no lo serían jamás y con respecto a los cuales las acciones hostiles de centrarían, básicamente en la represión del contrabando de guerra. En cuanto a la participación en las hostilidades, esta se produce, para los barcos mercantes enemigos, cuando participan en la fase militar del conflicto, y en cuanto a las acciones logísticas, únicamente cuando aquellas consisten en transportar material militar. Entonces, el barco mercante enemigo se convierte en objetivo militar. En relación con los mercantes neutrales, creemos que el transportar contrabando les convierte en objetivo militar, lo cual no significa que puedan ser atacados sin previo aviso, por dos razones: en primer lugar, porque opera el principio de proporcionalidad, en segundo, porque para la determinación de que transportan contrabando es precisa la visita y registro previos.

IX. NOVENA PROPUESTA: LA INTERPRETACIÓN DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR LOS «MALES SUPERFLUOS» O «SUFRIMIENTOS INNECESARIOS» PROHIBIDOS EL PROTOCOLO ADICIONAL I DEBE HACERSE INTERPRETADO PARTIENDO DEL ANÁLISIS DE LOS MEDIOS Y MÉTODOS PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

Partiendo de la idea de que existen medios y métodos de combate que no están específica y expresamente prohibidos por norma positiva alguna, aunque sí por la aplicación general del Derecho internacional humanitario, resulta preciso cuestionarse qué reglas seguras existen para enjuiciar la legalidad de su empleo en caso de conflicto armado en la mar. Para ello hemos de acudir en primer lugar a las «normas generales» que regulan los medios y métodos de combate, que se encuentran en el artículo 35 del Protocolo Adicional I.

Estas normas ofrecen una variada gama de dificultades interpretativas, la primera de las cuales es la propia aplicabilidad de las mismas a los conflictos armados en la mar, que algunos autores cuestionan. Por las mismas razones ya expuestas al hilo de la explicación sobre el principio de distinción, entiendo que esa aplicabilidad está fuera de toda duda. Sin embargo, sí plantea dudas la interpretación concreta que deba darse a esas normas

generales, en particular a la segunda de ellas, que literalmente afirma que «*queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios*».

En cuanto a la concreción de lo que sea un «mal superfluo», son posibles tres interpretaciones: la adoptada por la práctica internacional en la materia –es la tesis seguida por el manual de Campo del Ejército norteamericano de 1956–, la relación con la ventaja militar –criterio contemplado en el Manual de la República Federal de Alemania, que obliga a replantear el propio concepto de ventaja militar–, y finalmente, la extracción del concepto mediante el análisis de los medios o métodos expresamente prohibidos –fórmula adoptada en la sentencia Shimoda del Tribunal de Distrito de Tokio en el enjuiciamiento del lanzamiento de bombas nucleares de Nagasaki e Hiroshima–. Mi particular posición coincide con esta última; creo que la primera fórmula debe ser descartada porque la gran prevalencia del factor *ius cogens* en el Derecho internacional humanitario hace peligroso el análisis de la legalidad internacional desde la única perspectiva de la práctica bélica de los Estados. Por otro lado, en cuanto al criterio de proporcionalidad, –relación con la ventaja militar– ya es tomado en consideración en las precauciones a adoptar durante el ataque, por lo que su empleo como parámetro interpretativo del artículo 35 puede ser redundante, además de que es en las precauciones en el ataque donde se puede ponderar la ventaja militar concreta y no en el análisis apriorístico de los medios y métodos de combate.

Así pues, la regla general segunda de las enunciadas en el art. 35, que afirma que están prohibidos aquellos medios y métodos de combate que supongan sufrimientos innecesarios o males superfluos debe ser interpretada, con la sentencia Shimoda, mediante el análisis de cuales son los expresamente prohibidos, y sobre esa base aplicar analógicamente y por comparación las consecuencias para el resto de los medios y métodos no prohibidos expresamente por Tratado alguno. De la aplicación del criterio extraemos las siguientes conclusiones parciales:

- Aplicación de las soluciones de base de LHVIII, dedicadas a las minas automáticas de contacto a minas no previstas en esa norma.
- Consideramos prohibido el minado total de las costas y puertos del adversario por aplicación analógica de la prohibición de un bloqueo impuesto sin buques suficientes para garantizar su efectividad.
- Son de aplicación a los submarinos todas las previsiones sobre precauciones en el ataque a los mercantes impuestas a los buques de superficie.

- Resulta de aplicación al bloqueo la prohibición de impedir el paso a las acciones de socorro previstas en el art. 70 API.
- Se entiende aplicables las prohibiciones del IX Convenio de La Haya relativo al bombardeo naval al lanzamiento de misiles, aunque no, por la aplicación preferente de API la identificación localidad no defendida con objetivo militar.

X. DÉCIMA PROPUESTA: EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE COMERCIO POR MAR EN CASO DE CONFLICTO ARMADO DEBE SER SIMILAR A LA QUE RIGE EN EL TRÁFICO MERCANTIL POR TIERRA

Las dos libertades básicas de los neutrales que resultan afectadas en caso de conflicto armado en la mar son las de navegación y comercio. Dejando a un lado la primera, para algunos autores la libertad de comerciar de los neutrales en tiempo de conflicto armado debe ser enfatizada no sólo desde la propia perspectiva del Derecho de los conflictos armados, sino sobre todo, por la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas. Así parecen indicarlo algunas resoluciones del Consejo de Seguridad dictadas durante la Primera Guerra del Golfo. En cualquier caso, la tensión entre la libertad de comercio y las facultades otorgadas a los beligerantes en caso de conflicto armado es, en mi opinión, el verdadero eje de las normas sobre neutralidad marítima y lo que diferencia la neutralidad en los conflictos armados marítimos de los que se desarrollan en otros espacios. Así, los Tratados internacionales de la guerra marítima, a diferencia de lo que sucede en la guerra terrestre, solo imponen al Estado neutral la prohibición de entregar, directa o indirectamente a una potencia beligerante barcos de guerra, municiones o cualquier otro material de guerra. Sin embargo, no se obliga a dicho Estado neutral a impedir a sus nacionales tal comercio a favor de uno de los beligerantes, salvo que se trate del comercio del buque de guerra como tal. El sistema diseñado por el Ordenamiento internacional en este caso me parece criticable, pues se basa en considerar que la interdicción general de traficar con todo tipo de mercancías afecta al comercio de Estado, mientras que el Estado neutral carece de título habilitante en el plano del Derecho internacional para impedir la exportación desde su territorio de contrabando de guerra por cuenta de un beligerante, entendiéndose por contrabando las «armas, municiones y en general todo lo que pueda ser útil a una flota o a un ejército». El hecho de que no se exija por el Derecho internacional al Estado neutral que controle el comercio privado que sus nacionales

puedan realizar a favor de los contendientes, es la razón que justifica que el mercante neutral quede al albur de las medidas de control de los beligerantes, en concreto justifica la obligación de someterse al procedimiento de inspección, registro, y, eventualmente, captura. Creemos que si se exigiera a todos los Estados neutrales el control del comercio de sus nacionales a favor de los beligerantes el procedimiento de visita, registro y eventual captura perderían gran parte de su sentido.

La segunda crítica al sistema vigente en la materia se refiere a la dificultad de comprender la razón de que la única obligación del Estado neutral sobre sus nacionales en este campo sea la de impedir el comercio o el empleo de buques de guerra para fines bélicos. Algunos autores entienden que la justificación de esta limitación de los poderes del Estado neutral se encuentra en que la aportación de buques de guerra puede ser determinante para el resultado del conflicto y no así el de otras mercancías, cuyo comercio se controla exclusivamente por los beligerantes, pero el argumento no nos resulta convincente.

Por las razones apuntadas, considero que no existen razones de peso que justifiquen la especificidad de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar en este punto concreto, y que, por ello, debería seguirse el mismo criterio que en la guerra terrestre en cuanto a las posibles interferencias de los beligerantes en el tráfico mercantil neutral.