

**LA RATIFICACION POR ESPAÑA DE LOS PROTOCOLOS DE 1977
ADICIONALES A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949
Y EL CONCEPTO DE BUQUE DE GUERRA APLICABLE
EN LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA MAR**

Jose Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO
Doctor en Derecho. Coronel Auditor

**1. EL ESTADO ACTUAL DE LA REGULACION JURIDICA DE LOS CONFLICTOS
ARMADOS EN LA MAR**

El estado de la regulación jurídica de la guerra marítima (Derecho de la guerra naval en sentido estricto o reglas internacionales sobre el uso de la fuerza en los conflictos armados en el mar), siempre fragmentario, pues no existe una reglamentación general, pudo ser calificado por KUNZ como caótico en 1961, abundando en esta calificación —más recientemente— C. ROUSSEAU, J.L. DE AZCARRAGA y E. RAUCH. Para éste último autor, la Declaración de París de 1856, los seis Convenios de La Haya (VI, VII, VIII, IX, XI, XIII) de 1907 y la Declaración Naval de Londres de 1909 codifican reglas consuetudinarias propias de la época de la navegación a vela, obsoletas ante los nuevos medios y métodos de guerra, que fueron desconocidas por la guerra marítima total en las dos contiendas mundiales. La única excepción es el intento de restringir la guerra submarina por el Protocolo de Londres de 1936. Es bien conocido el escaso desarrollo del Derecho de La Haya (Derecho de la guerra en sentido estricto o regulación del uso de la fuerza en los conflictos armados) a partir de la prohibición de la guerra (Tratado de París de 27 de agosto de 1928 y artículo 2, párrafo 3 y 4 de la Carta de las Naciones Unidas), frente a la posición más realista del Comité Internacional de la Cruz Roja respecto al Derecho de Ginebra (Derecho internacional humanitario dirigido a la protección de las víctimas de la guerra). Sin embargo, aun superada esta dicotomía (NAHLIK), los mas modernos textos del Derecho Internacional Humanitario (artículo 49.3 del Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977) o promovidos por las Naciones Unidas para prohibir o restringir el empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados

(artículo 1 del Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, de 10 de octubre de 1980) excluyen o dejan sin regular el desarrollo de los conflictos armados en el mar.

Muy particularmente, el derecho de la Guerra Marítima ha sido expresamente marginado de dos grandes procesos codificadores internacionales –sin duda– le afectan y que han culminado con la aprobación –el 8 de junio de 1977– de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 (Derecho Internacional Humanitario) y con la adopción –el 10 de diciembre de 1982– de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En el primer caso (Protocolos de 1977), la Conferencia Diplomática (1974-1977) rehusó explícitamente tratar de temas del Derecho de la Guerra Marítima (H.P. GASSER, SOLF, BENNET, MILLES), pues los Delegados reconocieron de forma unánime que no era fácil ni deseable intentar el estudio y revisión del derecho aplicable a los conflictos armados en el mar (ARRASSEN). En segundo lugar, es evidente que la tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar trataba únicamente de elaborar las reglas jurídicas aplicables a los espacios marítimos en tiempo de paz (E. RAUCH), por lo que la Convención de las N.U. sobre el Derecho del Mar de 1982 no reglamentó los derechos y obligaciones de los Estados en tiempo de conflicto armado (JAENICKE), declarando en su artículo 88 la utilización exclusiva de la alta mar con fines pacíficos.

Ahora bien, al estudiar la necesidad de poner fin al estado caótico actual del Derecho de la Guerra Marítima hemos visto las dificultades que ofrece el examen de esta materia a la luz de los principios del Derecho Internacional Humanitario y del moderno Derecho del Mar; pues desgraciadamente –como dice E. RAUCH– el Derecho de la Guerra Marítima no se ha modificado mas que de forma involuntaria por el Protocolo I de 1977 y de manera indirecta (algunas reglas afectan a la conducción de operaciones de guerra en la mar) por la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982, al encontrarse marginado de estos dos procesos codificadores internacionales. Este mismo autor recuerda el acuerdo alcanzado, en el seno de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por las dos superpotencias para convocar una conferencia internacional sobre Derecho de la Guerra Marítima, que tendría lugar alrededor de diez años después de la adopción de la nueva Convención sobre el Derecho del Mar. Sin embargo, las dificultades que atraviesan para su ratificación por los Estados que integran la Comunidad internacional, tanto los Protocolos Adicionales de Ginebra de 1977 como la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982 y la incertidumbre sobre su efectiva aplicación, han hecho concluir a la doctrina (BENNETT, GASSER) que es poco razonable y prematuro el intento de revisar el Derecho de la Guerra Marítima a través de la convocatoria de una Conferencia Diplomática sobre el Derecho aplicable a los conflictos armados en el mar. Estamos lejos aún del deseo de E. RAUCH, quien concluye afirmando que las secuelas de la Conferencia Diplomática

de Derecho Humanitario (Ginebra 1974-1977) y de la Tercera Conferencia de la ONU, sobre el Derecho del Mar (1982), imponen la convocatoria de una nueva conferencia de codificación bajo la forma de una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho aplicable en los conflictos armados en la mar.

Desgraciadamente, los problemas sin resolver están sobre la mesa y corresponde, hoy solo a nivel de expertos, pronunciarse sobre las posibles soluciones, superando las dificultades expuestas y sin perder de vista que no podemos considerar aisladamente (en compartimento estanco) la regulación establecida por la nueva Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 o los principios del moderno Derecho Internacional Humanitario derivados de los Protocolos Adicionales de 1977 respecto de las reglas de la guerra naval, sin desconocer el principio básico de la unidad del ordenamiento jurídico internacional (M. JAENICKET).

En el momento actual se han celebrado tres reuniones a nivel de expertos, organizadas por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo. La primera, con la colaboración del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, se celebró en Madrid en el mes de septiembre de 1988: "Mesa Redonda Internacional de expertos sobre el Derecho Internacional Humanitario, aplicable en los conflictos armados en el mar". La segunda se reunió en Bochum (República Federal de Alemania) en 1989 y la tercera en octubre de 1990 en Toulon (Francia).

2. LA RATIFICACION POR ESPAÑA DEL PROTOCOLO I DE GINEBRA DE 1977

En el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del 29 de julio de 1988 (Serie C, nº 202-I) se ha publicado el Texto del Protocolo I de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Como anejo al texto, aprobado ya por las Cortes, figuran las Declaraciones Interpretativas que han acompañado su ratificación por el Reino de España (B.O.E. nº 177 de 26-VII-1989).

Entre los preceptos mas innovadores del referido Protocolo I figura, en su artículo 1.4, la aplicación de tal norma convencional a los "conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas". En este ámbito de aplicación del Protocolo I se encuentran pues, comprendidos, los llamados "Movimientos de Liberación Nacional que, en época bien reciente, ejecuta-

ron acciones graves de agresión o terrorismo contra buques de guerra (caso de "Tagomago") y pesqueros españoles en el área del banco canario-sahariano (Frente Polisario).

La regulación del "Estatuto del combatiente y de prisionero de guerra" (artículo 43 a 47 del Protocolo I) guarda estrecha relación con la mencionada ampliación del campo de aplicación del protocolo I a los "Movimientos de Liberación Nacional" y se traduce en el otorgamiento de la condición de combatientes legítimos a sus miembros y a los llamados combatientes irregulares.

Así, el artículo 43.1. del Protocolo I establece que las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armadas y organismos, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aún cuando esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. De forma, que los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (que puede ser un Movimiento de Liberación Nacional) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades (artículo 43.2.) y si caen en poder de una Parte adversa serán considerados prisioneros de guerra (artículos 44.1.).

Estos combatientes están obligados a distinguirse de la población civil únicamente en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Ahora bien, según el texto del Protocolo I (artículo 44.3), un combatiente conservará su estatuto siempre que lleve sus armas abiertamente:

a) durante todo 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.

Debemos destacar que una de las "Declaraciones interpretativas" publicadas se refiere, precisamente, al contenido de este artículo 44.3 del Protocolo I. Para todos estos aspectos nos remitimos al exalente estudio publicado por J. SANCHEZ DEL RIO SIERRA en el número 54 de esta Revista.

3. EL CONCEPTO DE BUQUE DE GUERRA

Buque militar, buque de guerra o buque de la Marina Militar es todo buque que pertenece a la Armada, se encuentra bajo el mando de un oficial de la Marina de Guerra y lleva los distintivos de los buques militares de su país.

Encuentra AZCARRAGA el más moderno fundamento jurídico que justifica el carácter *sui generis del buque de guerra*, en los amplísimos límites del más genuino elemento estatal, el de la *soberanía*. "Porque es el mismo buque de guerra, su propio Comandante y los miembros de su dotación, quienes de un modo oficial pueden encarnar la autoridad y el poder coactivo de la soberanía del Estado a que el medio: material -buque- y los personales

-tripulantes, del comandante al último de sus marineros- pertenecen en estrecha dependencia". Esta soberanía fundamenta dos privilegios del buque de guerra: la extraterritorialidad y la inmunidad.

FARIÑA GUITIÁN estima que el fundamento jurídico de la representación de la soberanía del Estado por el buque de guerra reside en el mismo buque, en su conjunto, como entidad jurídica y como organismo estatal, que encarna la autoridad y el poder coactivo mediante los que se exterioriza la soberanía del Estado, exigiendo por ello de las representaciones de otros Estados la abstención de todo acto que pueda considerarse como un ejercicio de autoridad sobre la organización militar que el buque representa.

Particularmente, en época de guerra, es preciso concretar el concepto de buque íntimamente unido al de su Comandante. Según AZCARRAGA debe formar parte de las fuerzas navales de un Estado beligerante y tiene que estar bajo el mando de un oficial de la Marina Militar, estar guarnecidos o tener a bordo una dotación militar y arbolarse legítimamente el pabellón y la bandera de combate del Estado a que pertenezcan. El oficial que manda el buque de guerra -su Comandante-, los demás miembros de la oficialidad, los subalternos y los miembros de la dotación deberán estar sometidos a las reglas de la disciplina militar, y los primeros, al hallarse al servicio del Estado permanentemente y figurando en las listas o escalafones de la respectiva armada, estarán facultados por las autoridades superiores de la misma, siendo "la garantía oficial de que el barco en cuestión obedecerá y cumplirá las leyes de la guerra marítima y las reglas del honor militar".

El buque de guerra, caracterizado por su extraterritorialidad e inmunidad, ha sido definido por el Derecho Internacional Marítimo o Derecho del Mar en numerosos Convenios Internacionales. La última definición, que debemos considerar vigente pese a no haber sido ratificada formalmente por España, está recogida en la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar aprobada en Montego Bay (Jamaica) el día 10 de diciembre de 1982.

El artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar dice: "Para los fines de la Convención, se entiende por "buque 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 encuentre bajo el mando de un oficial de la Marina al servicio de aquel Estado e inscrito en el escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a las normas de la disciplina militar". Advierte TREVES que, si se compara esta definición con sus precedentes en el Derecho Internacional (Artículo 8.2. del Convenio de 1958 sobre la alta mar, Convenio de Bruselas de 1952 sobre la responsabilidad de los buques nucleares y Tratado de Washington de 1977 sobre la neutralidad permanente del Canal de Panamá), la diferencia más importante es que la Convención de 1982 exige que el buque pertenezca a las Fuerzas Armadas, mientras que el Convenio de 1958 habla de Marina de Guerra. De esta forma, la nueva

definición abarca explícitamente los buques militares pertenecientes al Ejército de Tierra o a la Aviación.

Posteriormente, se publica en España la Orden 25/1985, de 23 de abril, por la que se aprueban las normas para la escala de buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español, en tiempo de paz. En esta norma se contiene la definición de "buque de guerra" vigente en el Derecho Español. Así, se entenderá por buque de guerra:

a) Los buques de combate y auxiliares pertenecientes a la Marina de Guerra de un Estado que ostenten los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad. Su Comandante ha de estar al servicio del Estado y su nombre debe figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada o su equivalente. Su dotación estará sometida a la disciplina naval militar.

b) Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente a un servicio oficial de transporte de tropas o material de guerra que vayan al mando de un Oficial cuyo nombre figurará en el Escalafón de Oficiales de la Armada o su equivalente.

c) Los de cualquier clase que transporten a un jefe de Estado y a su séquito, con exclusión de otro pasaje, en visita oficial previamente acordada por vía diplomática.

d) Excepcionalmente, y por orden expresa, los buques-escuela de la Marina Mercante que dependan del Gobierno respectivo y estén mandados por un Oficial en activo de la Armada, cuyo nombre debe figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada del país del pabellón y siempre que dichos buques no se dediquen al comercio.

4. BUQUE DE GUERRA Y BUQUE COMBATIENTE: DOS CONCEPTOS DIFERENTES

A la vista de estas definiciones convencionales parece lógico contestar negativamente a la pregunta de "si es posible que los buques militares de movimientos de liberación nacional pueden o no tener la condición de buques de guerra". Y ello, porque, si bien, es posible la aplicación del Protocolo I a las fuerzas armadas de los Movimientos de liberación nacional, esto supone únicamente que sus miembros pueden tener el estatuto de combatientes (y, en su caso, de prisioneros de guerra), pero ello no confiere a sus barcos el estatuto de los buques de guerra según el Derecho del Mar. Solo los buques pertenecientes a un Estado (salvo los casos de reconocimiento de beligerancia a insurgentes) pueden adquirir la condición de buques de guerra y gozar de los privilegios de extraterritorialidad e inmunidad, derivados de la soberanía de la nación cuyo pabellón arbolan. En este caso el buque de guerra está exento de las competencias de los demás Estados, cualesquiera que sean los espacios marítimos por donde naveguen, pudiendo

ejercer en la alta mar el derecho de visita respecto de los buques extranjeros (no militares u oficiales) en los supuestos previstos en los artículos 22 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre el alta mar o artículo 110 de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar de 1982.

Se debe destacar asimismo que los Movimientos de liberación nacional no pueden ser Partes en la citada Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar (y mucho menos en la de Ginebra de 1958), por lo que la aplicación del Protocolo I no puede conferir a un navío armado por un Movimiento de liberación nacional el estatuto de un buque de guerra, particularmente frente a la navegación mercante o pesquera de un país neutral en un conflicto armado de carácter internacional.

Sin embargo, no falta la posición de algunos países que opinan que, si la autoridad que representa a un pueblo empeñado contra una Alta Parte contratante en un conflicto armado de carácter internacional (artículo 1.4. del Protocolo I, entre los que se encuentra la lucha de los Movimientos de liberación nacional), deposita una declaración unilateral comprometiéndose a respetar los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I Adicional de 1977 (en el sentido del artículo 96.3 del Protocolo I), sus buques armados (reconocibles por signos exteriores característicos de los navíos militares) adquieren el estatuto propio de los buques de guerra. Advierte RONZITTI ("The law of naval warfare. A collection of agreements and documents with commentaries", Dordrecht-Boston-Londres, 1988) que los movimientos de liberación nacional son capaces de utilizar la mar para sus operaciones bélicas y que, en estos casos, la aplicación del Protocolo I Adicional de Ginebra de 1977 significa la concesión del "status" de combatiente y prisionero de guerra. Sobre este asunto, existen dos posturas doctrinales. La primera sostiene que los buques pertenecientes a un movimiento de liberación nacional no pueden tener la consideración de buques de guerra. Y ello, porque tanto el artículo 8 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la alta como el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, establecen que los buques de guerra deben pertenecer a las fuerzas armadas de un Estado, requisito que falta a los buques de los movimientos de liberación nacional.

Otra postura doctrinal opina, por el contrario, que un movimiento de liberación nacional puede llevar a cabo hostilidades en el mar contra la parte adversa, siempre que haya realizado la declaración de aceptación contenida en el artículo 96 del referido Protocolo I. A esta segunda postura se inclina RONZITTI, por parecerle demasiado formal la primera. Sin embargo, este autor reconoce que las cosas cambian cuando las operaciones navales se dirigen contra la navegación de terceros Estados neutrales en el conflicto. Los buques de los movimientos de liberación nacional no pueden invocar ningún derecho para detener, visitar o capturar los buques neutrales en alta mar. En realidad existen los mismos derechos en el caso de un movimiento de liberación nacional que en una guerra civil, en cuyo supuesto no

pueden ejercer el derecho de visita en alta mar, salvo el reconocimiento de beligerancia. Otra cuestión es la concesión de facultades para interceptar buques dentro de su mar territorial, con objeto de impedir que la parte adversa reciba ayuda exterior. El ejercicio de estas competencias es admitido, en general, por la práctica internacional.

En el X Congreso Internacional de la "Société Internationale de Droit Militaire et Droit de la Guerre" (GARMISCH - PARTENKIRCHEN, Alemania, 2-7 octubre de 1985) se planteó este problema al estudiar el Derecho de la Guerra Marítima (Repercusiones del Protocolo Adicional I de 1977 y del Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982). El texto del debate presentado por el Dr. Elmar RAUCH LL. M. (República Federal Alemana) fué publicado en la Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra (XXVI 1-2-3, 1987).

La Pregunta del Cuestionario estaba redactada de la forma siguiente: ¿Los buques militares de movimientos de liberación nacional pueden tener el estatuto de buque de guerra con el sentido del derecho del mar?.

No cabe duda que el Protocolo I Adicional de 1977 permite la aplicación del derecho de la guerra a los Movimientos de liberación nacional (artículos 1.4. y 96.3.). Ahora bien, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 define el buque de guerra en los términos clásicos del Derecho marítimo: debe pertenecer a las fuerzas armadas de un Estado.

Las posiciones de los expertos pertenecientes a los diversos Estados se inclinaron por la negación del Estatuto de buque de guerra a los navíos (combatientes legítimos) de los movimientos de liberación nacional.

Así se pronunciaron Suecia (un buque armado perteneciente a un movimiento de liberación nacional no puede beneficiarse del estatuto de buque de guerra), Bélgica (la condición, para ser considerado buque de guerra, de pertenecer a la marina de guerra de un Estado, impide a los navíos militares de un movimiento de liberación nacional tener el estatuto de buque de guerra en el sentido del Derecho del Mar), y los Estados Unidos de Norteamérica (un buque de guerra debe formar parte de las fuerzas armadas de un Estado, pero ninguna disposición del Protocolo I confiere a los movimientos de liberación nacional el estatuto de Estado). Más matizada fué la postura de los expertos de los Países Bajos. Comienza reconociendo que, si los movimientos de liberación no pueden ser partes en la Convención sobre el Derecho del Mar, las reglas relativas a los buques de guerra establecidas por esta Convención no son, *a priori*, aplicables a los navíos pertenecientes a tales movimientos. Ahora bien, podemos preguntarnos si ésto es necesario para que estas fuerzas puedan ser consideradas como combatientes en la guerra marítima. Según el derecho consuetudinario de la mar, sólo los buques que pertenezcan al Estado pueden tener el estatuto de buque de guerra. Sin embargo, se estima razonable admitir que un Movimiento de liberación nacional, que se encuentra obligado formalmente a aplicar las disposiciones del Protocolo I, debe tener igualmente el derecho de realizar

operaciones navales bajo las normas del derecho de la guerra marítima. Y ello porque no parece aceptable la solución de tratar como buques piratas a los navíos de los Movimientos de liberación nacional.

Por nuestra parte creemos que los buques de los Movimientos de liberación nacional pueden adquirir la condición de navíos combatientes (o beligerantes), pero este estatuto —que se deriva del propio Protocolo I de Ginebra de 1977— no les confiere automáticamente la condición de buques de guerra a los efectos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, pues se trata de un estatuto reservado a los buques del Estado.

Las consecuencias se dejarán sentir particularmente en las relaciones de estos buques de Movimientos de liberación nacional con la navegación neutral. En efecto, si bien no es difícil de aceptar que uno de estos buques pueda realizar actos de beligerancia contra la parte adversa (una vez que el movimiento de liberación nacional deposite la declaración unilateral del artículo 96.3. del Protocolo I), los países neutrales difícilmente aceptarán su condición de buque de guerra a los efectos del ejercicio del derecho de visita, bloqueo y otras limitaciones que los navíos del Estado pueden legítimamente imponer a la navegación neutral en tiempo de conflicto armado.

Por todo lo expuesto se estima que hubiera sido conveniente la modificación del Anexo al Texto del Protocolo I Adicional de 1977, añadiendo una "Declaración interpretativa" en relación con el artículo 43, redactada en los siguientes términos:

"Entiende que la concesión de estatuto de combatientes a las Fuerzas Armadas de una Parte en un conflicto armado del tipo mencionado en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I, no implica el reconocimiento de la condición de buque de guerra respecto de los buques armados de tal Parte en conflicto, que se reserva para los buques pertenecientes a las fuerzas armadas regulares de un Estado".