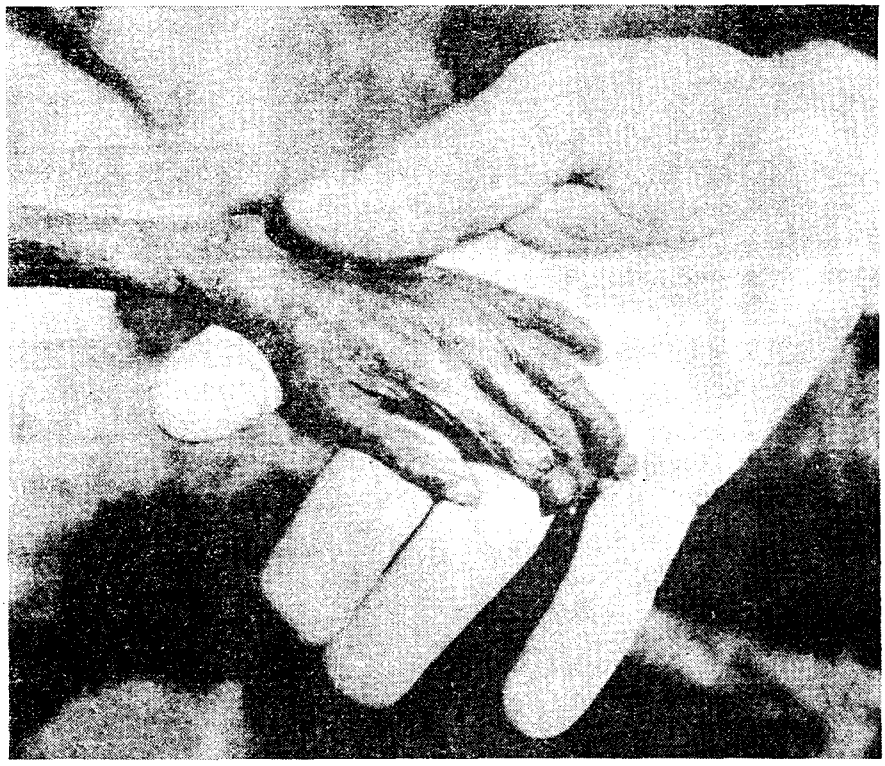
DOCTRINARIAS

LA GUERRA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

ELVIRA MENDEZ CHANG
Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la P.U.C.P.



Desde tiempos remotos, la guerra ha sido un fenómeno que se producía con periódicidad en el marco de las relaciones entre los pueblos, sea como un instrumento de conquista, sea como un medio de reparación de un daño. Pese a ello, el hombre constantemente ha recurrido a la guerra como un mecanismo normal de la política internacional, tratando de limitar sus causas, su desarrollo y resultado dentro de un marco jurídico determinado.

En la antiguedad podemos ya encontrar diversas posturas tendientes a la defensa de los pueblos frente a la guerra. Ellas dieron origen en los inicios del derecho Internacional, a la Teoría de la Guerra Justa o **Bellum Justum** (1), que pretendió circunscribir la licitud del meradas taxativamente y considerameradas tazativamente y consideradas excepcionales. Algunos autores inclusive señalaron que ello permitía tomar la justicia por mano propia (2) dada la inexistencia de autoridades supranacionales con jurisdicción obligatoria para la solución de controversias. Con el desarrollo de la comunidad internacional, se incorporó también el principio de la legítima defensa en el Derecho Internacional Público.

La Teoría de la Guerra Justa hizo que la guerra fuese reducida a una situación jurídica reconocida y regulada por normas detalladas, cuyo incumplimiento generaba la obligación de reparar. Estas se encontraban incorporadas en tratados, costumbres y principios que entraban en vigor sólo en los casos de guerra y que buscaban circunscribir la actuación de las partes de conformidad con los criterios de humanidad y con el fin propio de la guerra: vencer al enemigo.

Entre los tratados existentes, muchos de los cuales intentaron codificar las llamadas "leyes de la guerra" de carácter consuetudinario, pueden mencionarse: la Convención de Ginebra de 1864, la Convención de La Haya de 1899, el Acuerdo de México de 1902, la Convención de La Haya de 1905, la Convención de Ginebra de 1906, la Convención de La Haya sobre reglas para la guerra terrestre y marítima así como su Reglamento, y la Declaración de Londres de 1909.

Respecto a las costumbres de guerra, éstas eran entendidas como derivadas de la naturaleza misma de los hechos, como portavoces de principios comunes e inmutables. Sin embargo, existían discusiones respecto a cuáles eran estas normas consuetudinarias, problema que se agudizaba frente a una práctica ambigua y netamente política de los Estados. Dejando de lado las divergencias y tras reconocer la existencia de normas comunes incorporadas en manuales militares de los Estados, como las instrucciones de Lieber y el Manual para el Ejército Norteamericano en campaña, se pueden enunciar aquellas consideradas generalizadas y cuyo objetivo principal era limitar el uso de métodos y armas, para

humanizar la guerra y restringirla sólo al ámbito militar: la costumbre por la cual el inicio de la guerra debe ser advertido previamente, la restricción de la guerra a los combatientes, la prohibición de matar o de castigar a los habitantes de una ciudad una vez finalizado el ataque, la prohibición de la captura de barcos mercantes y de pesca siempre que no participen en las hostilidades y la prohibición del envenenamiento de fuentes y de alimentos (3).

Los principios generales de Derecho relativos a la guerra partían de una premisa fundamental: no se debe infringir daño al adversario más allá del objeto mismo de la guerra que es destruir o debilitar el poder o la fuerza militar del enemigo (4). De ésta derivan los Principios de Restricción **In ratione personae,** que exceptúa a los no combatientes de las maniobras y de las consecuencias derivadas del ataque y reistencia al enemigo; **In ratione loci**, que excluye de actos de guerra a los objetivos no militares, especialmente las poblaciones indefensas y los monumentos históricos; e **In rationes conditionis,** que prohibe el uso de armas y métodos que causen sufrimiento excesivo así como los mecanismos de coerción económica que afecten el comercio internacional.

La lógica de la Teoría de la Guerra Justa implica que una guerra sería justa para una parte y necesariamente debía ser injusta para la otra; como consecuencia, era imposible sostener que una guerra fuese justa para todas las partes. Frente a ello, cada Estado con la ayuda de los tratadistas buscó afirmar la licitud de su acción bélica y hacer que sus motivos se enmarcasen dentro de las causales establecidas. Ello motivó la fragilidad conceptual y la paulatina pérdida de vigencia de dicha teoría debido al contínuo y excesivo incremento de tales causales, así como a la subjetividad de la calificación que, en muchos casos, llevó a disfrazar bajo la apariencia de una guerra justa a muchos burdos actos de agresión.

La Primera Guerra Mundial, dado su carácter total, rompió el antiguo esquema localista y limitado de la guerra, y la Teoría de la Guerra Justa entró en crisis, para perder toda su vigencia al finalizar ésta (5). Posteriormente, sólo la doctrina soviética ha admitido esta teoría en forma limitada y entendida como un mecanismo de defensa del derecho a la libre determinación de los pueblos, precisando que la guerra debía tener fines liberatorios o servir para repeler ataques externos cuya meta sea someter un pueblo a la esclavitud (6).

La comunidad internacional comenzó a condenar la guerra y calificarla como crimen, prescindiendo de justificaciones de índole moral (7), lo cual resulta claro en muchos acuerdos. En el Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919, el art. 10º prohibió la guerra de agresión incluso cuando ésta era un mecanismo contra un acto ilícito y dispuso seguir un procedimiento ante el Consejo de la Sociedad; en tal sentido, es interesante el Preámbulo del Acta de Ginebra sobre la Regulación pacífica de Litigios de 1924.

Los acuerdos de Locarno de 1925 prohibiéron también el recurso a la guerra salvo en casos previstos, en los cuales existía la presunción de agresión y donde operaban también medidas de asistencia inmediata; en ese año, el Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo de gases tóxicos y medios bacteriológicos restringió también las acciones bélicas. Sin embargo, es el Pacto Briand - Kellog de 1928 el que representa un hito pues establece la renunica a la guerra como instrumento de política internacional y la rechaza como medio de solución de controversias internacionales. Su gran defecto fue admitir las guerras defensivas y no definir el concepto de agresión. A nivel regional, el Pacto Saavedra - Lamas de 1933 llamado pacto Sudamericano de No Agresión y Mediación estableció en su art. 1º la renuncia a la guerra de agresión y sancionó con el reconocimiento todo cambio territorial impuesto por la fuerza.

La Segunda Guerra Mundial llevó a consolidar esta posición de rechazo y condena a la guerra, mientras la comunidad internacional propugnaba el fortalecimiento de sus relaciones basadas en la paz, la seguridad y la cooperación. En el art. 2º inciso 4 de la Carta de las Naciones Unidas se plasmó como un principio y un deber para todos sus miembros la prohibición de la amenza y el uso de la fuerza. Sin embargo, subsiste el derecho a la legítima defensa individual o colectiva frente a un ataque armado proclamado en el art. 51º de la Carta el cual junto con el art. 42º admiten limitada y excepcionalmente el uso de la fuerza, y bajo la vigilancia del Consejo de Seguridad, en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas (8). A nivel regional, el principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza ha sido recogido en la Carta de la Organización de Estados Américanos.

Resulta evidente que hay consenso respecto a la afirmación del carácter criminal de la guerra y su proscripción del Derecho Internacional. Tenemos claro ejemplo de ello en la Reoslución 380 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de noviembre de 1950 que estableció que la agresión en el crimen más grave contra la paz y seguridad mundial. Asimismo, hay varios instrumentos que demuestran tal vocación: el Tratado Antártico de 1959 que en su art. 1º inciso 1 proclama el empleo pacífico de la Antártida y la prohibición de toda medida de carácter militar; la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 3 de noviembre de 1947 que condena la propaganda de guerra, la Resolución 1653 (XVI) de la Asam-

blea general de las Naciones Unidas que condena el empleo de armas nucleares del 24 de noviembre de 1962; el Tratado que prohibe los ensayos nucleares en la atmósfera, espacio ultraterrestre y bajo el agua de 1963; el Tratado Tlatelolco de 1967 que proscribe las armas nucleares en América Latina; el Tratado sobre la actividad de los Estados en la investigación del espacio de 1967; la Declaración de la XXV Asamblea General de las Naciones Unidas del 24 de octubre de 1972 que sancionó la guerra como un delito; el Tratado de los Fondos Marinos de 1971, que garantiza el no emplazamiento de armas nucleares ni similares en esa área para garantizar la paz; la Resolución 3314 (XXXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1974 que definió la agresión; el Convenio sobre la prohibición del uso de técnicas de modificación ambiental con fines militares y hostiles de 1977; el Tratado sobre actividades de los Estados en la luna y otros cuerpos celestes de 1979, que prohibe la amenaza y el uso de la fuerza en tales áreas; la Convención sobre la prohibición o restricción del empleo de ciertas armas convenicionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1981; la Declaración de México del 7 de agosto de 1986 (9).

Pese a la prohibición de recurrir a la guerra y su calificación de crimen internacional, la posibilidad de que ocurra no está excluída. Es más, frente a los conflíctos armados resulta fundado el temor de una nueva confrontación mundial y el que empuja a los miembros de la comunidad internacional a redoblar esfuerzos por la paz. En el caso de que se produzca una guerra, están aún vigentes los tratados, costumbres y principios que constituyen el llamado "Derecho de Guerra" que reafirma la incongruencia, ya señalada por un sector de la doctrina, de pretender regular un crimen (10), un crímen que lamentablemente se sigue realizando frente al estupor de la comunidad internacional y del Derecho Internacional contemporáneo.

NOTAS:

1. GROTIUS, Hugo. Del derecho de la guerra y la paz. Madrid: Reus, 1925. Tomo 3, p. 322 – 323.
   Grotius señala que por el derecho natural la guerra justa es la que rechaza el atropellIo, es la sanción a quién causó un daño, es repeler al enemigo.

2. Es la posición de Luis de Molina quien señalaba la necesidad de contar con un medio que garantice la administración de justicia. Véase: Fraga Iribarne, Manuel. Luis de Molina y el Derecho de la guerra. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Cientificas – Instituto Francisco de Vittoria, 1947. p. 81.

3. MAINE, Henri. La guerra según en Derecho Internacional.
   Madrid: La España Moderna, 192... p. 153
   GROTIUS, Hugo, op.cit., tomo 3, p. 351.
   Es interesante analizar el caso de los barcos "Paquete Habana" y "Lola". Véase: LLANOS, Hugo. Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1983. AKEHURTS, Michael. Introducción al Derecho Internacional 2º ed. Madrid: Alianza Editorial, 1982. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. Casos y textos de derecho Internacional Público. 4º ed. Madrid: Tecnos, 1984.

4. Respecto a los principios hay cierto concenso. Véase:
   DEVOTO ACHA, Fernando. Tratamiento a los extranjeros en tiempo de guerra. Tesis de Bachiller en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1982. p. 43
   KOROVIN, Y. A. Derecho Internacional Público. México: Grijalbo, 1963. p. 422. MAINE, Henri, op. cit., p. 126.
   NIPPOLD, Otfried. The development of International Law after the World War. Londres: Clarendon Press, 1923. p. 112
   PICTET, Jean. The principles of International Humanitarian Law Ginebra: Comité Intenacional de la Cruz Roja, 1966. p. 30.
   PRADIER FODERE, Adrián. De - los Derechos y deberes de las naciones en tiempo de paz, en tiempo de guerra y en estado de neutralidad. Lma: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1877. p. 145.

5. Incluso Alfred Verdross, citando a Strosower, Kelsen y Guggenheim señala que tras la Primera Guerra Mundial sólo se puede hablar de Guerra Justa respecto a aquella que es "... reacción contra una transformación del Derecho Internacional positivo." Véase: VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. Madrid: Aguilar, 1974. p. 355.

6. KOROVIN, Y.A. , op. cit., p. 400.

7. Ibid. p. 399. DEVOTO ACHA, Fernando, op. cit., p. 46. PELLA, Vespaciano. La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho Penal del Porvenir. Madrid: Aguilar, 1931. p. 68

8. Dió origen al Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en 1949 y al Tratado de Amistad. Cooperación y Asistencia Mutua (Pacto de Varsovia) en 1955.

9. Se recomienda la lectura de: FALK, Richard. International Law: a contemporary perspective.
   Boulder: Westview Press. 1985. I-RISARRI. ALfredo de. Aproximación al Derecho Internacional de la Guerra. Tesis de abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 1986. NACIONES UNIDAS. La Comisión de Derecho Internacional y su obra. 3ª ed. Nueva York: O.N.U., 1981 NACIONES UNIDAS. Multilateral treaties deposited with the secretary general. Status as at 31 December, 1985. Nueva York: O.N.U., 1986.
   MENDEZ CHANG, Elvira. Los crímenes de guerra en el Derecho Penal Internacional. Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1987.

10. DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos, 1980. p. 562
    REUTER, Paul. Derecho Internacional Público. Barcelona: Bosch, 1982. p. 366