

LA REGULACIÓN DE LAS REPRESALIAS EN LOS CONFLICTOS BÉLICOS INTERNACIONALES

Juan Manuel PORTILLA GÓMEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho consuetudinario relativo a las represalias beligerantes*. III. *Derecho convencional de las represalias beligerantes*. IV. *Alternativas a las represalias*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores deficiencias del derecho de los conflictos bélicos es la falta de un medio adecuado para hacer cumplir sus normas. Las represalias beligerantes han sido empleadas por siglos y son unas de las pocas sanciones disponibles en el derecho de guerra. Se definen como “violaciones internacionales de una determinada norma del derecho de los conflictos armados, cometidos por una Parte en el conflicto con el propósito de inducir a las autoridades de la parte rival a discontinuar una política de violación de la misma u otra norma de ese cuerpo legal”.¹ Las represalias beligerantes permiten una derogación de las normas del derecho de los conflictos armados con objeto de asegurar el cumplimiento de éstas. Por ello no deja de ser contradictorio que el moderno derecho internacional humanitario restrinja el grado en que dichas normas pueden ser violadas a través de las represalias beligerantes. Este estudio examinará la evolución del derecho de las represalias beligerantes y se enfocará en precisar la pertinencia del régimen jurídico aplicable.

¹ Kalshoven, Frits, *Constraints on the Waging of War*, Ginebra, International Committee of the Red Cross, 1987, p. 65.

La sección II comenzará con el establecimiento de ciertos requerimientos consuetudinarios que deben reunirse antes de emprender cualquier acción de represalias. Asimismo, se analizarán los principios establecidos que deben observarse en el ejercicio de las represalias beligerantes. Una vez establecidas estas reglas básicas, la sección III examinará las numerosas restricciones que los tratados de derecho humanitario han impuesto al derecho de un beligerante para llevar a cabo represalias. Por último, la sección IV discernirá sobre diversos mecanismos alternativos al uso de represalias y subrayará el menor impacto de los mismos.

Antes de todo ello, como punto de arranque conviene ubicar el concepto de represalias en el marco del derecho internacional general y diferenciar las represalias beligerantes de otras figuras con las que guardan similitud.

1. Las represalias bajo el derecho internacional

Las represalias de conformidad con las normas de los conflictos armados están estrechamente relacionadas con las represalias dentro del derecho internacional general; como lo indica Kalshoven: “Las represalias beligerantes son una especie del género represalias”.² Las represalias beligerantes, por ello, poseen muchas de las características de las represalias y están vinculadas por principios similares que rigen el uso de estas últimas. Las represalias dentro del derecho internacional son medidas ilícitas emprendidas por un Estado en contra de otro en respuesta a una violación previa por éste y con el propósito de coaccionar a dicho Estado para observar las normas en vigor. Es esta función encaminada al cumplimiento normativo la que ubica a las represalias en la categoría de sanciones dentro del derecho internacional y que las dota de legitimidad, no obstante su carácter eminentemente ilícito. Para mantener esta legitimidad el acto de represalia debe respetar “las condiciones y límites establecidos en el derecho internacional para justificar el recurso a las represalias; eso es, primero que nada, objetividad, subsidiariedad y proporcionalidad”.³ Adicionalmente a su carácter de cumplimiento legal, podría considerarse a las represalias co-

² Kalshoven, Frits, *Belligerent Reprisals*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1971, p. 1.

³ *Ibidem*, p. 33 (traducción del autor).

mo un medio enérgico de arreglo de controversias entre los Estados y para obtener reparación de un Estado por sus faltas.

2. *Otros conceptos relacionados*

Es necesario distinguir a las represalias de los conceptos estrechamente relacionados de retaliación y retorsión. El derecho de retaliación, la ley del talión, indica que un infractor sea infligido con la misma lesión que él ha causado a otro. El término retaliación no tiene cabida en la moderna terminología legal y tiende a significar cualquier acción emprendida en respuesta a una conducta previa de otro Estado. En este sentido, las represalias pueden verse como medidas tomadas en retaliación por un acto ilícito previo. De manera similar, los actos de retorsión son de retaliación aunque difieren de las represalias en que son una respuesta lícita a actos previos inamistosos, si bien lícitos, de otros Estados. El objetivo de la retorsión consiste en inducir al otro Estado a cesar en su conducta lesiva; como ejemplos de actos de retorsión podemos citar los casos de ruptura de relaciones diplomáticas o el retiro de concesiones fiscales o comerciales.

3. *Las represalias beligerantes son distintas a las represalias armadas*

Una categoría de represalias que debe distinguirse de las represalias beligerantes son las represalias armadas o en tiempos de paz. Estas represalias son medidas de fuerza, sin llegar a la guerra, llevadas a cabo por un Estado contra otro en respuesta a una violación previa del derecho internacional por el primero.⁴ La legalidad para recurrir a represalias armadas se encuadra dentro del ámbito del *ius ad bellum* aunque la verdadera acción militar emprendida debe guiarse por las normas básicas del *ius in bello*.⁵

⁴ Véase Dinstein, Yoram, *War, Aggression and Self-Defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 215 y 216; Bowet, Derek, "Reprisals involving Recourse to Armed Force", 66 *American Journal of International Law*, 1972, p. 1; Seymour, Philip, "The Legitimacy of Peacetime Reprisal as a Tool Against State-Sponsored Terrorism", 39 *Naval Law Review*, 1990, p. 221.

⁵ Dinstein, Yoram, *op. cit.*, nota anterior, p. 217 (traducción del autor).

II. DERECHO CONSUETUDINARIO RELATIVO A LAS REPRESALIAS BELIGERANTES

Al definir a las represalias beligerantes deben considerarse determinados elementos para que puedan calificarse como un acto legítimo. Así, tenemos que McDougal y Feliciano señalan que represalias de guerra legítimas son “actos dirigidos en contra del enemigo y que generalmente son consideradas ilícitas, pero que constituyen una reacción autorizada a actos del enemigo con el propósito de impedir la repetición de actos previos”.⁶ Dos requisitos primarios emergen de esta formulación: primero, las medidas de represalia deben ser en respuesta a una violación anterior de derecho humanitario, y segundo, deben efectuarse con el propósito de hacer cumplir las normas de ese ordenamiento. El derecho internacional consuetudinario demanda también que cualquier recurso a las represalias beligerantes debe ser con estricta observancia de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Las primeras codificaciones de las normas de guerra especifican que las acciones retaliatorias deben ser de conformidad con estos principios básicos. El Código Lieber de 1863 (Instrucciones para la Conducción de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña), aún sin ser un tratado, se considera como el primer intento de codificar el derecho de guerra y al respecto señala lo siguiente:

Artículo 27. El derecho de la guerra no puede prescindir de la retaliación más que el propio derecho internacional del cual es una rama. Pero las naciones civilizadas reconocen que la retaliación es la característica más drástica de la guerra. Un enemigo brutal no deja frecuentemente a su oponente ningún otro medio de asegurarse contra la repetición de la agresión bárbara.

Artículo 28. La retaliación no será entonces empleada como una forma de simple venganza, sino como un medio de retribución protectora, que debe usarse con cautela y cuando es inevitable. Sólo podrá apelarse a ella después de cuidadosa investigación sobre la ocurrencia y el carácter de los daños que pueden exigir retribución.

⁶ McDougal, Myres S. y Feliciano, Florentino P., *Law and Minimum World Public Order, The Legal Regulation of International Coercion*, New Heaven-Londres, Yale University Press, 1961, p. 679 (traducción del autor).

La retaliación injusta o desconsiderada aleja más y más a los beligerantes de las reglas moderadoras de la guerra regular y los conduce a pasos agigantados a las guerras de devastación de los salvajes.⁷

Aunque el término represalia no esté incluido expresamente, de la lectura de estas disposiciones, es claro que la retaliación debe darse en respuesta a violaciones o daños previos y que esas medidas no sean con el propósito de venganza sino como un medio de respuesta protectora para impedir y prevenir la repetición de tales actos.

De manera similar, el Manual de Oxford, adoptado en 1880 por el Instituto de Derecho Internacional, consideró expresamente la cuestión de las represalias beligerantes como un medio de sanción. El artículo 84 establece:

...si la parte agraviada estima que el daño es de tal seriedad que es necesario obligar al enemigo a respetar el derecho, no queda otro remedio que recurrir a las represalias.

Las represalias son una excepción a la regla general de la equidad, de que una persona inocente no debe sufrir por el culpable. Están también reñidas con la regla de que cada beligerante debe conformarse a las normas de guerra, sin reciprocidad de parte del enemigo.⁸

Una vez enunciado el derecho de retaliación, el Manual establece límites al ejercicio del mismo al estipular que está prohibido recurrir a las represalias cuando “el daño reclamado ha sido reparado” (artículo 85). En apego al principio de proporcionalidad, el artículo 86 establece que la “naturaleza y alcance” de la represalia “nunca debe exceder el grado de la infracción cometida a las normas de guerra por el enemigo”. Aún más, agrega que el ejercicio de este derecho debe estar en consonancia con las “normas de humanidad” y que la autorización de tales medidas puede darse sólo por el comandante en jefe.

⁷ Méndez Silva, Ricardo y López Ortiz, Liliana (comps.), *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*, México, Comité Internacional de la Cruz Roja-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, t. I, p. 9.

⁸ Schindler, Dietrich y Toman, Jiri, *The Laws of Armed Conflict: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, p. 35 (traducción del autor).

El modelo para el derecho consuetudinario de las represalias beligerantes puede encontrarse en estos dos documentos históricamente importantes. Los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y humanidad fueron claramente respaldados por los redactores del Código Lieber y el Manual de Oxford. En ellos también se estableció que el recurso a las represalias beligerantes debe ser con el propósito de hacer cumplir el derecho y que tales medidas deben ser en respuesta a una previa violación de las normas de guerra.

1. *Violación previa*

El motivo para una medida de represalia es la violación inicial a las normas del derecho de los conflictos armados por el adversario. Así, debe establecerse que las acciones de esa parte hayan sido claramente ilícitas antes de que pueda recurrir legítimamente a una represalia. Greenwood inquiriere si los actos ilícitos originales deben violar el mismo cuerpo legal que los actos emprendidos mediante la represalia beligerante.⁹ Específicamente, pregunta si un Estado víctima de agresión (en violación al *ius ad bellum*) puede responder empleando métodos ilícitos de guerra (contrarios al *ius in bello*). Greenwood responde negativamente, basándose en el principio de que el derecho de los conflictos armados aplica igualmente a todas las partes sin importar la legalidad del recurso a la fuerza.¹⁰ Por ello las represalias beligerantes sólo pueden emprenderse lícitamente en respuesta a una violación del derecho internacional humanitario y no del *ius ad bellum*.

Establecer que ha habido una violación en ese sentido puede ser difícil de probar en condiciones de guerra debido a que la comunicación entre los beligerantes es deficiente. La situación tiene más posibilidades de resolverse si la disputa se presenta sobre la condición de la norma que ha sido presuntamente violada. No obstante ello, indica Kalshoven que “no puede ser razonablemente negada la validez de ciertas normas de guerra... otras normas son de una validez indudable y, si bien son aceptadas entusiastamente por unos, son enfáticamente rechazadas por otros”.¹¹ Se

⁹ Greenwood, Christopher, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, *20 Netherlands Yearbook of International Law*, 1989, pp. 40 y 41.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Kalshoven, Frits, *op. cit.*, nota 2, p. 41 (traducción del autor).

propone que en ausencia de un órgano independiente de investigación y adjudicación, cuando exista incertidumbre “cualquiera de las partes pueda actuar sobre la base de su propio concepto razonable acerca del derecho que regule las acciones de ambas partes”.¹² Cuando exista desacuerdo sobre los hechos o el derecho aplicable, la justificación para recurrir a las represalias beligerantes puede no ser clara y la parte que sufre la represalia puede recurrir a una contra-represalia en respuesta a lo que visualiza como una acción ilícita. Esta situación es ilustrativa de un aspecto negativo de las represalias beligerantes, que producen más represalias, conduciendo a una escalada de violencia y a la ruptura del orden legal.

Un punto final sobre la cuestión de la violación previa es que la acción ilícita original debe ser imputable a la parte en contra de la cual las acciones de represalia son subsecuentemente emprendidas. Greenwood establece que los aliados de un Estado infractor pueden también ser sujetos de represalias lícitas “cuando estén ellos mismos implicados en la violación y probablemente aun cuando no tengan una participación directa si la violación toma la forma de una política de conducir las hostilidades de una manera particular”.¹³ También vale la pena notar que un Estado está impedido de tomar represalias en contra de otro por acciones de actores no estatales que operen en el territorio de ese Estado. En el juicio *Re Kapler*, el tribunal militar italiano sostuvo que “el derecho a tomar represalias se presenta sólo como consecuencia de un acto ilegal que puede atribuirse, directa o indirectamente, a un Estado”.¹⁴ Este caso se refiere a las acciones de represalia tomadas por las tropas alemanas en respuesta a un atentado llevado a cabo en 1944, en Roma, por una “organización militar secreta” con un saldo de 32 policías alemanes muertos. El tribunal determinó que había una violación previa imputable al Estado. El bombazo en cuestión fue realizado por un cuerpo de voluntarios “como consecuencia de las órdenes de carácter general dadas por una sección del Directorio militar”¹⁵ y aunque este grupo no podía ser tratado como una fuerza beligerante legítima, se estimó que el ataque constituía un acto ilícito de guerra.

¹² *Idem*.

¹³ Greenwood, Christopher, *op. cit.*, nota 9, p. 43.

¹⁴ “Re Kapler, Militar Tribunal of Rome, 20 July 1948”, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, H. Lauterpacht, 1948, p. 472.

¹⁵ *Idem*.

2. *Observancia del derecho de los conflictos armados*

El segundo requisito de cualquier represalia beligerante es que ésta debe cumplir el propósito de asegurar la observancia de las normas del derecho de los conflictos armados. No podemos descartar el hecho de que la toma de represalias pudiera también darse por revanchismo o cediendo a presiones populares; sin embargo, tales motivaciones no pueden sobrepasar al objetivo primario de hacer cumplir el derecho. En caso contrario, dichas acciones constituyen represalias beligerantes ilícitas.

Para cubrir este requisito, un beligerante debe pronunciarse en el sentido de que el curso de acción emprendido es de represalia, es decir, dirigido a poner término a la conducta ilícita de la otra parte. De ignorarse esta circunstancia, un beligerante podría ver esta acción como ilegítima por sí misma y emprender una acción de represalia. Por ello existe una clara necesidad de notificación pública ya que las represalias que son realizadas en secreto carecen de efectos disuasivos y deben por tanto considerarse ilegítimas.¹⁶ Se sugiere también llevar a cabo una advertencia de medidas de represalias antes de emprender cualquier acción.¹⁷ La amenaza de represalias puede bastar para detener el curso de acción ilícito, en cuyo caso se descarta la opción de tomar represalias. De conformidad con el requisito de hacer cumplir la norma, cualquier curso de acción de represalia debe terminar una vez que la parte infractora se haya conducido de acuerdo con las normas del derecho de los conflictos armados. Una vez que ésta haya desistido de su inobservancia al derecho, la parte previamente dañada deberá a su vez volver al acatamiento del mismo.

3. *Contra-represalias*

En consonancia con el derecho internacional consuetudinario, un Estado objeto de represalias beligerantes lícitas no puede responder tomando contra-represalias. Tales acciones serían ilícitas en tanto que son en respuesta a un acto que es ilícito *prima facie* pero que son consideradas legítimas debido a su propósito de hacer cumplir el derecho. Por ello, no

¹⁶ McDougal, Myres S. y Feliciano, Florentino P., *op. cit.*, nota 6, p. 689 (traducción del autor).

¹⁷ Draper, G, "The Enforcement and Implementation of the Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977", 163 *Hague Recueil*, II, 1978, p. 34.

existe violación previa que pueda justificar la toma de medidas posteriores de represalia. En el caso *Einsatzgruppen*, ante el Tribunal de Nuremberg, se examinó directamente esta cuestión: “En el derecho internacional, como en el derecho interno, no puede haber represalia contra la represalia. El asesino que es repelido por su víctima no puede matarlo y luego, a su vez, alegar legítima defensa”.¹⁸

La prohibición de contra-represalias, como tales, no es un precepto legal, sino una mera consecuencia de la estricta observancia del derecho de las represalias beligerantes. Bristol señala que el verdadero problema es el hecho de la declaratoria de licitud de ambos actos, el inicial y la consiguiente represalia, se hace casi siempre unilateralmente.¹⁹

4. Autorización

La autoridad para seguir un curso acción de represalias no corresponde a cualquier participante de un conflicto armado. Tal poder, se ha argumentado, puede ser ejercido sólo por el “comandante en jefe”,²⁰ “por tomador de decisiones competente”,²¹ “por la autoridad de un gobierno”,²² o al “más alto nivel político”.²³

Albrecht señala que un “comandante subordinado” o la “más alta autoridad militar accesible” pueden ser “de casi cualquier rango militar dependiendo de las circunstancias”.²⁴ No obstante ello, ha sido recomendado que el nivel de autoridad debe basarse en el “carácter y magnitud de la ilegalidad original y de la medida de represalia contemplada en respuesta”.²⁵ No parece haber una norma consuetudinaria clara sobre esta cuestión y *grosso modo* podemos concluir que la autoridad para ordenar represalias debe recaer en una persona que se encuentre en una posición

¹⁸ *United States v. Ohlendorf*, IV Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals I, 1950, pp. 493 y 494.

¹⁹ Bristol III, Matt C., “The Laws of War and Belligerent Reprisals against Enemy Civilian Populations”, 21 *Air Force JAG Law Review*, 1979, p. 418.

²⁰ The Oxford Manual, artículo 86, *op. cit.*, nota 7.

²¹ McDougal, Myres S. y Feliciano, Florentino P., *op. cit.*, nota 6, p. 686.

²² Draper, *op. cit.*, nota p. 17, p. 34.

²³ Fleck, Dieter (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford, 1995, p. 205.

²⁴ Albrecht, A. R., “War Reprisals in the War Crimes Trials and the Geneva Conventions of 1949”, *American Journal of International Law*, 4, 1953, p. 600.

²⁵ McDougal, Myres S. y Feliciano, Florentino P., *op. cit.*, nota 6, pp. 686 y 687.

de valorar la legalidad del acto original, para asegurar que el objetivo de la represalia sea hacer cumplir el derecho y para verificar que las medidas emprendidas sean acordes con los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y humanidad.

5. *Subsidiariedad*

El principio de subsidiariedad exige a un beligerante agraviado emplear formas menos severas de reparación antes que recurrir a las represalias beligerantes. En este sentido existen otras alternativas disponibles; por ejemplo, la parte afectada puede presentar una queja formal a su adversario requiriéndole que desista de sus actividades ilícitas y de que inicie procedimientos en contra de los perpetradores de las mismas. Asimismo, recurrir a organismos internacionales o amenazar con incoar procesos penales, son acciones que pueden persuadir al enemigo a cesar su ilícita conducta. A falta de auténticas represalias, probablemente uno de los más efectivos métodos de asegurar la observancia de las normas del derecho de los conflictos armados sea la amenaza de su puesta en práctica. La eficacia de esta amenaza, radica, por supuesto, en la capacidad de la parte agraviada para emprender realmente acciones de represalia.

Al abordar el principio de la subsidiariedad Kalshoven reconoce que

...no puede excluirse la posibilidad de situaciones en las que la inutilidad de cualquier remedio que no sean las represalias sea aparente desde el principio. En tales condiciones excepcionales... el recurso a las represalias puede verse como un último remedio y, en consecuencia, cumpliendo con el requisito de subsidiariedad.²⁶

Hampson sostiene que si la intención es evitar la repetición de una ofensa, un beligerante estaría reacio a permitir al enemigo a “golpear otra vez” en cualquier momento.²⁷ Cuando hay un riesgo inmediato de actos ilícitos posteriores y particularmente cuando cualquier demora asociada con el previo agotamiento de procedimientos alternativos que impliquen grave peligro, el requisito de subsidiariedad puede ser legítimamente dejado de lado. Aparte de las instancias donde la inutilidad de cursos alter-

²⁶ Kalshoven, Frits, *op. cit.*, nota 2, p. 340 (traducción del autor).

²⁷ Hampson, Françoise J., “Belligerent reprisals and the 1977 protocols to the Geneva conventions of 1949, 37 *International & Comparative Law Quarterly*, 1988, p. 823.

nativos de acción es bastante aparente, vale la pena considerar la siguiente opinión: "...el uso de represalias en un conflicto armado es un paso tan serio y puede tener consecuencias tan desastrosas que el requerimiento de que se tomen todos los pasos razonables para obtener reparación por otros medios antes de las represalias es probablemente uno que debería insistirse estrictamente".²⁸

6. *Proporcionalidad*

El derecho internacional consuetudinario prescribe que la ejecución de toda acción de represalia debe hacerse con apego al principio de proporcionalidad, sin indicar en relación a que debe ser proporcional. Una valoración de inicio podría concluir que la represalia debe ser proporcional al ilícito original que desencadenó la represalia. Kalshoven adopta esta posición y subraya que es el único enfoque legal aceptable sobre la cuestión de la proporcionalidad.²⁹ Otros analistas han planteado una tesis diferente al respecto; han argumentado que la acción de represalia debe medirse, no contra la ilegalidad pasada, sino más bien a la luz del propósito de esa acción, es decir, asegurar la observancia de las normas en vigor. McDougal y Feliciano indican que el tipo y grado de violencia represiva permisible es la que es razonablemente diseñada para afectar las expectativas del enemigo acerca de los costos y ganancias de la reiteración o continuación de su acto ilícito para inducir la terminación y futura abstención de tal acto.³⁰ Parecen adecuados ambos enfoques aunque el segundo, al ser más difícil de cuantificar, puede prestarse a abuso por un beligerante inescrupuloso. Aunque se admite que hay un cierto grado de discreción de las partes sobre esta cuestión, esta libertad de apreciación es restringida por el requisito de racionalidad.³¹ Un enfoque un tanto cauteloso es dado por Greenwood, quien amalgama los dos distintos enfoques sobre el principio de proporcionalidad y recomienda que las represalias "no deben exceder lo que es proporcional antes de la violación ni por lo que es necesario si pretenden conseguir su objetivo de restaurar el respeto al derecho".³² No obs-

²⁸ Greenwood, Christopher, *op. cit.*, nota 9, p. 47 (traducción del autor).

²⁹ Kalshoven, Frits, *op. cit.*, nota 2 p. 341.

³⁰ McDougal, Myres S. y Feliciano, Florentino P., *op. cit.*, nota 6, p. 682.

³¹ Kalshoven, Frits, *op. cit.*, nota 2, p. 342.

³² Greenwood, Christopher, *op. cit.*, nota 9, p. 44 (traducción del autor).

tante que no se hayan formulado normas específicas para evaluar la proporcionalidad de cualquier acto en concreto, la aplicación del principio dista de ser tarea insuperable. En particular, se debe tomar en cuenta el enfoque que sobre proporcionalidad propone Kalshoven, quien argumenta que en esta área, proporcionalidad “significa la ausencia de obvia desproporcionalidad, como opuesta a estricta proporcionalidad”.³³

En situaciones en donde todas las otras normas consuetudinarias relativas a las represalias beligerantes han sido observadas, a menudo se sobredimensiona el principio de proporcionalidad convirtiendo a las medidas de represalia en ilícitas. Durante la Segunda Guerra Mundial, por ejemplo, la retaliación como respuesta a un bombardeo fue la ejecución de diez prisioneros italianos por cada policía alemán que había sido muerto. El teniente coronel Kappler era el jefe del servicio de seguridad que llevó la matanza de 325 prisioneros en la *Cueva Ardeatine*; 320 asesinados por 32 policías muertos en el bombardeo, 10 por otros alemanes muertos posteriormente y cinco otros que fueron ejecutados “debido a un error culpable”.³⁴ La Corte concluyó que las ejecuciones fueron desproporcionadas, “no sólo numéricamente, sino también por la razón de que los muertos en la cueva que incluían 5 generales, once oficiales de alto rango, 21 subalternos y 6 oficiales no comisionados”.³⁵ El juicio adoptó un enfoque tanto cuantitativo como cualitativo en torno al requisito de proporcionalidad y la Corte concluyó que el reclamo de una represalia legítima no podía sostenerse en este caso. En el caso *Einsatzgruppen* la *ratio* fue aún más desproporcionada, 2,100 personas fueron ejecutadas supuestamente como represalia por la muerte de 21 soldados alemanes. El tribunal encontró que esta obvia desproporcionalidad “sólo magnifica aún más la criminalidad de esta salvaje e inhumana mal llamada represalia”.³⁶

7. Humanidad y moralidad

El Manual de Oxford refiere en el artículo 86 que las medidas de represalia “deben conformarse en todos los casos con las normas de huma-

³³ Kalshoven, Frits, *op. cit.*, nota 2, pp. 341 y 342.

³⁴ Véase *op. cit.*, nota 14, p. 471.

³⁵ *Idem.*

³⁶ Véase *op. cit.*, nota 18, pp. 493 y 494.

nidad y moralidad”.³⁷ Mientras parece dudoso que las “normas de moralidad” sancionen de algún modo las guerras, la noción de “normas de humanidad” tiene alguna implicación en la cuestión de represalias.³⁸ Aunque la frase “normas de humanidad” es utilizada en la cláusula Martens y en el articulado de los cuatro convenios de Ginebra, resulta en cierto modo arcaica y ha sido reemplazada por la frase moderna “principios de humanidad”. Kalshoven ve el principio de humanidad como uno de los “principios fundamentales que rigen el recurso justificable a las represalias”, no obstante reconoce que “la inhumanidad... es más o menos por definición una característica de las represalias beligerantes”. El principio de humanidad demandaría que las personas que no estén directamente comprometidas en combate no deben ser objeto de ataques de represalia; la siguiente sección mostrará cómo el derecho convencional de las represalias beligerantes ha tomado en consideración este principio en su codificación progresiva de las numerosas prohibiciones de represalias en contra de determinadas clases de personas y objetos.

III. DERECHO CONVENCIONAL DE LAS REPRESALIAS BELIGERANTES

Esta sección establecerá las restricciones establecidas por los tratados en relación con el uso de las medidas de represalia por los beligerantes durante un conflicto armado. Para el propósito de este estudio no es necesario examinar el tratamiento de la cuestión por cada instrumento relevante en detalle, ya que esto ha sido hecho por varios comentaristas expertos en la materia.³⁹ Bastará con rastrear el desarrollo del derecho convencional de las represalias beligerantes, resaltando las distintas prohibiciones sobre el uso de éstas y recurriendo a las reseñas legislativas de las disposiciones más relevantes.

No obstante que el Código Lieber y el Manual de Oxford sean instrumentos legales vinculantes, ambos conforman un referente valioso de las actitudes asumidas en torno a las represalias beligerantes en un tiempo en

³⁷ Véase *op. cit.*, nota 20, artículo 86.

³⁸ Kalshoven, “Human Rights, the Law of Armed Conflict, and Reprisal’s”, *International Review of the Red Cross*, 191, p. 189.

³⁹ Véase Kalshoven, Frits, *op. cit.*, nota 2, pp. 45-114, y Kwakwa, Edward, “Belligerent reprisals in the Law of Armed Conflict”, *27 Stanford Journal of International Law*, 1990, pp. 52-71.

que la codificación de las normas de guerra era incipiente. Uno y otro consideran a las represalias como sanciones indispensables por las violaciones del derecho, aunque, debido a la severidad de las medidas, cada instrumento insiste en fijar determinados límites al recurrir a ellas.

Las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 evitaron el uso de las sanciones por temor a que la regulación expresa pudiera interpretarse como una legitimación de su uso; sin embargo, se ha argumentado que el artículo 50 del Reglamento de La Haya de 1907 es el primer esfuerzo para codificar el derecho de las represalias beligerantes, al disponer: “No podrá dictarse ninguna pena colectiva pecuniaria o de otra clase contra los pueblos por razón de hechos individuales de los cuales no puedan aquéllos ser considerados como responsables solidarios”.⁴⁰

Kwakwa visualiza esto como un “claro intento, aunque débil, para lidiar con el problema de las represalias beligerantes”.⁴¹ Si bien esta disposición no proscribía las represalias como tales, además de no aplicar en un acto legítimo de represalia, la relevancia del artículo 50 no puede ignorarse del todo. Lo esencial de esta cuestión es que al buscar reducir los actos de crueldad indeseada inflingidos a personas inocentes, representa un intento por proscribir los actos de castigo colectivo. Es este propósito de proteger a los inocentes lo que constituye uno de los principales factores que ha influenciado la restricción legal sobre el uso de las represalias beligerantes.

1. *Convención sobre Prisioneros de Guerra de 1929*

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se estipuló la primera prohibición absoluta en el derecho internacional de toma de rehenes en contra de cierta clase de personas. La Convención de 1929 relativa al Trato de Prisioneros de Guerra dispone en el artículo 2o., párrafo 3, que “las medidas de represalia contra los prisioneros de guerra están prohibidas”.⁴² Muy innovadora para su tiempo, esta categórica prohibición de represalias en contra de los prisioneros de guerra dio lugar a una situa-

⁴⁰ Convenio (IV) relativo a las Leyes de la Guerra Terrestre, firmado en La Haya el 18 de octubre de 1907, reproducido en Méndez Silva y López Ortiz, *op. cit.*, nota 7, p. 59.

⁴¹ Kwakwa, Edward, *op. cit.*, nota 39, p. 54.

⁴² Convención relativa al Trato de los Prisioneros de Guerra, firmada en Ginebra el 27 de julio de 1929 (reemplazada por el Tercer Convenio de Ginebra de 1948), www.cicr.org/web.

ción en la que “la ilegalidad de tales acciones sería indisputable, y más importante, la frecuencia de tales represalias ciertamente disminuiría considerablemente a través de la nítida fuerza de la norma”.⁴³ Durante la Segunda Guerra Mundial, a pesar de la existencia de esta norma, hubo un número de incidentes de medidas de represalia en contra de los prisioneros de guerra. Uno de ellos implicó la ejecución sumaria de quince prisioneros de guerra norteamericanos por tropas alemanas en marzo de 1994, cerca de la Spezia, Italia. El General Anton Dostler fue juzgado por la Comisión Militar de Estados Unidos en Roma por haber ordenado dicha ejecución.⁴⁴ Se rechazó por la Comisión el argumento de la defensa basado en la obediencia a órdenes superiores y durante el juicio se sostuvo que: “Bajo el derecho codificado por la Convención de 1929 no puede haber represalias legítimas en contra de los prisioneros de guerra. Ningún soldado, y menos aún un comandante general, puede decir que considera como legítima la ejecución de prisioneros de guerra ni siquiera como una represalia”.⁴⁵

En el caso del alto comando numerosas disposiciones de la Convención de Ginebra fueron vistas “claramente como una expresión de las posiciones aceptadas por las naciones civilizadas y vinculantes en la conducción de la guerra”.⁴⁶ Inexplicablemente, la prohibición de las represalias contenidas en ese tratado no estaba incluida en la lista de las diecinueve disposiciones así designadas.⁴⁷ Está claro que el artículo 2o., párrafo 3, no era una “codificación de la costumbre existente” en el tiempo en que se redactó la Convención,⁴⁸ dejando este juicio una sombra de duda sobre su status después de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, Greenwood ha asegurado que la prohibición fue aceptada como una norma consuetudinaria de derecho internacional como consecuencia inmediata de la guerra;⁴⁹ sin em-

⁴³ Kalshoven, *op. cit.*, nota 2, pp. 80 y 81.

⁴⁴ “Trial of General Anton Dostler, Commander of the 75th German army Corps, United States Military Commission, Roma, octubre 8-12, 1945”, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Londres, United Nations War Crimes Commission, vol. I, 1947, p. 22.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 31

⁴⁶ *United States of America vs. Wilhem von Leeb et al.*; XI Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, 1950, p. 535.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 536-538.

⁴⁸ Kwakwa, Edward, *op. cit.*, nota 39, p.55.

⁴⁹ Greenwood, Christopher, *op. cit.*, nota 9, p. 50, véase también Meron, Theodor, “The Geneva Conventions as Customary International Law”, *81 American Journal of International Law*, 1987, p. 360.

bargo, esta incertidumbre no reducía de ningún modo la obligación impuesta a las partes que habían ratificado la Convención de observar la inequívoca prohibición del artículo 2o., párrafo 3, sobre la toma de represalias en contra de los prisioneros de guerra. Esta primera codificación fue seguida por una serie de disposiciones sobre represalias en cada uno de los Convenios de Ginebra de 1949.

2. *Los Convenios de Ginebra de 1949*

Las Convenios de Ginebra de 1949 expandieron considerablemente las clases de personas en contra de las cuales está prohibido tomar represalias. El Tercer Convenio de Ginebra reafirmó la prohibición de 1929 de toma de represalias en contra de los prisioneros de guerra,⁵⁰ mientras que los otros convenios introdujeron nuevas disposiciones para proteger de represalias a los heridos y enfermos bajo el Primer Convenio de Ginebra, para los heridos, enfermos o náufragos protegidos por el Segundo Convenio de Ginebra y para aquellos civiles que están bajo la protección del Cuarto Convenio de Ginebra.⁵¹ Estos tratados han sido también innovadores por cuanto prohíben expresamente la toma de medidas de represalia en contra de embarcaciones, equipo o propiedades protegidas por los convenios. Es interesante observar que la decisión de incluir estas disposiciones expansivas fue alcanzada casi unánimemente, de lo cual Kalshoven admite su sorpresa de como se requirió de tan poca discusión para lograr estos resultados.⁵²

El artículo 46 del Primer Convenio de Ginebra establece que: “Están prohibidas las represalias contra los heridos, los enfermos, el personal, los edificios o el material protegidos por el Convenio”.

El comentario oficial sobre este Convenio afirma que esta prohibición es de carácter absoluto y es por ello que prohíbe cualesquiera medidas de

⁵⁰ Artículo 13 (3) del Tercer Convenio Relativo al Trato a los Prisioneros de Guerra, adoptado el 12 de agosto de 1949. Véase Méndez Silva y López Ortiz, *op. cit.*, nota 7, p. 582.

⁵¹ Artículo 46 del I Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; artículo 47 del Segundo Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; y el artículo 33(3) del Cuarto Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra. Véase *idem*.

⁵² Kalshoven, Frits, *Belligerent Reprisals*, *cit.*, nota 2, p. 263.

represalia, incluyendo retaliaciones en especie “respecto de las cuales la opinión pública, basándose en la *lex talionis*, estaría más dispuesta a aceptar”.⁵³ El artículo 47 del Segundo Convenio de Ginebra es casi idéntico en su proscripción específica de las represalias: “Están prohibidas las represalias contra los heridos, los enfermos, los náufragos, el personal, los barcos o el material protegido por el convenio”.

El Tercer Convenio de Ginebra confirma en su artículo 13, párrafo 3, que están prohibidas las medidas de represalia contra los prisioneros de guerra. El comentario oficial concede gran importancia a esta disposición e interpreta la prohibición de represalias como una “parte de la obligación general de tratar humanamente a los prisioneros”.⁵⁴

Se considera a las restricciones estipuladas por el Cuarto Convenio de Ginebra como el desarrollo más significativo hasta entonces en el derecho de las represalias beligerantes.⁵⁵ El artículo 33, párrafo 3, del Cuarto Convenio tiene un claro enfoque humanitario y establece que “están prohibidas las medidas de represalia contra las personas protegidas y sus bienes”.⁵⁶ Pictet ha elogiado tanto el alcance como la fuerza de esta disposición:

La prohibición de represalias es una salvaguarda para todas las personas protegidas, ya sea que se encuentren en el territorio de una Parte en el conflicto o en un territorio ocupado. Es de carácter absoluto y mandatario y no puede interpretarse en el sentido de contener reservas tácitas respecto de la necesidad militar.

Debe enfatizarse el carácter solemne e incondicional del compromiso de los Estados parte en esta Convención. Infringir esta disposición con la idea de restaurar el orden y la ley sólo agregaría una violación más a las que se le han reprochado al enemigo.⁵⁷

⁵³ Pictet, Jean (ed.), *Commentary: I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra, 1952, p. 345.

⁵⁴ Pictet, Jean (ed.), *Commentary, Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Convention III*, Ginebra, 1960, p. 142.

⁵⁵ Greenwood, Christopher, *op. cit.*, nota 9, p. 51.

⁵⁶ Cuarto Convenio de Ginebra, *op. cit.*, nota 7. El artículo 4o. de este tratado establece que: ...protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas.

⁵⁷ Pictet, Jean, *Commentary on Geneva Convention IV of 1949, Relative to Protection of Civilian Persons in Times of war*, Ginebra, 1958, p. 228 (traducción del autor).

El artículo 33, párrafo 1, señala también una clara prohibición de la comisión de actos de castigo colectivo contra las personas protegidas.⁵⁸ Esta prohibición está enumerada separadamente de la prohibición de represalias, aunque su proximidad es reconocida en el comentario oficial donde se observa que las represalias involucran la imposición de una “pena colectiva dirigida a los que menos la merecen”.⁵⁹

Debe observarse que esta disposición no ofrece ninguna protección frente a las represalias beligerantes contra la población o los bienes civiles de una parte en un conflicto armado internacional. Como el ámbito del artículo 33, párrafo 3, está limitado, primariamente, a los civiles en territorio ocupado y civiles detenidos, la toma de represalias proporcionales contra la población civil podría parecer lícita *prima facie* a la luz del Cuarto Convenio de Ginebra. Como veremos más adelante, sin embargo, ésta fue una de las distintas lagunas legales en las que se enfocó la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en Conflictos Armados (1974-1977).

3. *Convenio de La Haya sobre Propiedad Cultural de 1954*

Un lustro después del hito representado por la suscripción de los Convenios de Ginebra de 1949, surgió otro importante desarrollo de relevancia para el incipiente derecho de las represalias beligerantes. El Convenio de La Haya sobre la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 1954,⁶⁰ introdujo una serie de protecciones de largo alcance para los bienes culturales durante los tiempos de guerra. Entre estas disposiciones se incluye el artículo 4o., párrafo 4, el cual establece que las partes contratantes “aceptan el compromiso de no tomar medidas de represalia contra los bienes culturales”.⁶¹ En contraste con los Convenios

⁵⁸ El artículo 33(I) dispone:

No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o terrorismo.

⁵⁹ Pictet, Jean, *op. cit.*, nota 57, p. 228.

⁶⁰ Méndez Silva y López Ortiz, *op. cit.*, nota 7, p. 971.

⁶¹ Los bienes culturales son definidos en el artículo 1o.:

a) Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones,

de Ginebra de 1949, este tratado deja muy claro que sus disposiciones son obligatorias tanto en los conflictos armados internacionales como los no internacionales.⁶² Esta amplia y absoluta prohibición de represalias contra los bienes culturales hubiera sido muy oportuna cuarenta años antes en relación con una muy probable acción de represalia llevada a cabo durante la Primera Guerra Mundial. En 1915, la famosa librería de la Universidad de Lovaina en Bélgica fue arrasada por el alto comando alemán en represalia por un presunto tiroteo de civiles belgas a las tropas alemanas.⁶³ Si el artículo 4o., párrafo 4, hubiera estado en vigor entonces, habría podido persuadir a los responsables de ese acto a buscar un blanco alternativo de represalia. Al subrayar la importancia de dicho instrumento, Kalshoven afirma que éste representa una innovación comparable a la del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949.⁶⁴

4. *Protocolo Adicional I de 1977*

La creciente tendencia de prohibir las represalias beligerantes contra ciertas personas y bienes continuó con un conjunto de nuevas prohibiciones incluidas en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), del 8 de junio de 1977.⁶⁵ La cuestión de las represalias beligerantes fue una fuente considerable de debate y desacuerdo durante la Conferencia Diplomática so-

que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos.

b) Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a), tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en su apartado a).

c) Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a) y b), que se denominarán “centros monumentales”.

⁶² Artículos 18 y 19. Kalshoven sostiene que el artículo 19, relativo a la aplicación de las disposiciones que se refieren al respeto de los bienes culturales durante un conflicto armado interno, puede no exigir categóricamente la observancia de la prohibición de las represalias. Admite, sin embargo, que ésta es una “interpretación formalista y conscientemente restrictiva, frente a un texto aparentemente claro” (traducción del autor).

⁶³ Kwakwa, Edward, *op. cit.*, nota 39, pp. 54 y 55.

⁶⁴ Kalshoven, Frits, *op. cit.*, nota 2, p. 273.

⁶⁵ Méndez Silva y López Ortiz, *op. cit.*, nota 7, p. 722.

bre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en Conflictos Armados, Ginebra, 1974-1977,⁶⁶ y en los numerosos escritos académicos que le siguieron.⁶⁷ Muchas de las discrepancias fueron en relación con la reducción progresiva del alcance de la toma de represalias, más que con las propias prohibiciones individuales.

La parte II del Protocolo I, la cual ofrece protección a los heridos, enfermos y náufragos, dispone en el artículo 20 que “se prohíben las represalias contra las personas y los bienes por el presente título”. Este artículo es tanto la reafirmación y expansión de las normas en el Primer y Segundo Convenios de Ginebra. La esfera de las personas protegidas fue ampliada en el artículo 8o. por definiciones más amplias de heridos, enfermos o náufragos⁶⁸ y por la inclusión de varios nuevos bienes y personas para protección: personal sanitario, personal religioso, unidades sanitarias, transporte sanitario, medio de transporte sanitario, vehículo sanitario, buque y embarcación sanitario y aeronave sanitaria. Estas nuevas prohibiciones fueron aceptadas por los delegados a la conferencia casi sin ninguna discu-

⁶⁶ Para un análisis profundo de la discusión sobre el proyecto de las disposiciones sobre las represalias en el Protocolo I, véase Nahlik, S. E., “Belligerent Reprisals as Seen in the Light of the Diplomatic Conference on Humanitarian Law, Ginebra, 1974-1977”, 42 *Law and Contemporary Practice* 2, 1978, pp. 43-66.

⁶⁷ Véanse Greenwood, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, pp. 51-67; Hampson, “Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols”; Kwakwa, “Belligerent reprisals in the Law of Armed Conflict”, pp. 53-71; Kalshoven, Frits, “Belligerent Reprisals Revisited”, 21 *Netherlands Yearbook of International Law*, 1990, pp. 47-73; Remigiusz Bierzanekm “Reprisals as a Means of enforcing the Laws of Warfare: The Old and the New Law”, en Cassese, Antonio (ed.), *The New International Law of armed Conflict*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1979, pp. 247-257.

⁶⁸ El artículo 8o. establece que:

a) Se entiende por “heridos” y “enfermos” las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Estos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos como los inválidos y las mujeres encintas, y que se abstengan de todo acto de hostilidad.

b) Se entiende por “náufrago” las personas, sean militares o civiles, que se encuentren en situación de peligro en el mar o en otras aguas a consecuencia de un infortunio que les afecte o que afecte a la nave o aeronave que las transportaba, y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Estas personas, siempre que sigan absteniéndose de todo acto de hostilidad, actuarán considerándose náufragos durante su salvamento hasta que adquieran otro estatuto de conformidad con los Convenios o con el presente Protocolo.

sión,⁶⁹ ello en virtud de que se consideran una extensión lógica de las anteriores prohibiciones de represalias contra las personas y los bienes bajo el derecho de Ginebra.⁷⁰

El Protocolo I hace su mayor contribución al derecho de las represalias beligerantes en la parte IV del instrumento al referirse a las protecciones para la población civil. Las normas relativas a las represalias beligerantes en un conflicto armado internacional se establecen de la manera siguiente:

Artículo 51. *Protección de la población civil.*

...6. Se prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles.

Artículo 52. *Protección general de los bienes de carácter civil.*

1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias.

Artículo 53. *Protección de los bienes culturales y de los lugares de culto.*

...c) Hacer objeto de represalias a tales bienes.

Artículo 54. *Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil.*

4. Estos bienes no serán objeto de represalias.

Artículo 55. *Protección del medio ambiente natural*

...2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

Artículo 56. *Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.*

...4. Se prohíbe hacer objeto de represalias a cualquiera de las obras e instalaciones o de los objetivos militares mencionados en el párrafo 1.

Con excepción del artículo 53, párrafo *c*, que poco agrega a las disposiciones ya establecidas bajo el Convenio de Bienes Culturales de La Haya, cada una de estas disposiciones constituye un desarrollo significativo en el derecho de las represalias beligerantes.

Indudablemente, la disposición más significativa y controversial es el artículo 51, párrafo 6, mismo que hace ilícita la toma de represalias contra “la población civil o las personas civiles”. Mientras que el artículo 33, párrafo 3, del Cuarto Convenio, sólo protege a los civiles que se encuentren “en poder de una Parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual

⁶⁹ Nahlik, S. E., *op. cit.*, nota 66, p. 46.

⁷⁰ Greenwood, Christopher, *op. cit.*, nota 9, p. 53.

no sean súbditos”,⁷¹ esta nueva disposición garantiza la protección a todos los civiles. Así, por el Protocolo I se prohíbe a los beligerantes el tomar medidas de represalia contra la población civil del enemigo. De igual importancia es la aplicabilidad de esta disposición a las propias hostilidades militares de un conflicto armado internacional, en contraste con el Cuarto Convenio de Ginebra que sólo se refiere a los casos de ocupación. El Comentario Oficial señala que esta prohibición es de carácter absoluto y perentorio y rechaza cualquier pretensión de que tales acciones podrían ser permisibles con base en la necesidad militar.⁷²

Esta disposición fue seguida por la prohibición, en el artículo 52, párrafo 1, de considerar a los objetos civiles como blanco de represalias; éstas son lacónicamente definidas como: “Todos los bienes que no sean objetivos militares”.⁷³ Este artículo es visto como “un corolario lógico de la prohibición concerniente a las personas civiles”.⁷⁴ De manera similar, el artículo 54, párrafo 4, prohíbe la toma de represalias contra aquellos bienes que sean “indispensables para la supervivencia de la población”. Como ejemplos de tales bienes refieren artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.⁷⁵ Este artículo está estrechamente relacionado con la prohibición de represalias contra los civiles; un ataque de represalia a esos bienes esenciales es equivalente a una violación de esta disposición.

El artículo 55, párrafo 2, prohíbe los ataques en contra del medio ambiente natural como represalias. El párrafo 1 de ese artículo tiene como propósito la prevención de “daños extensos, duraderos y graves”, los cuales afectan “la salud o supervivencia de la población”. Las represalias

⁷¹ Cuarto Convenio de Ginebra, Méndez Silva y López Ortiz, *op. cit.*, nota 7, artículo 4o.

⁷² Sandoz, Ives; Swinarski, Christophe y Zimmerman, Bruno (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, 1978, p. 626.

⁷³ El artículo 52, párrafo 2, define los objetivos militares:

Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a 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.

⁷⁴ Nahlik, S. E., *op. cit.*, nota 66, p. 48.

⁷⁵ Artículo 54, párrafo 2.

contra las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas están prohibidas por el artículo 56, párrafo 4, del Protocolo I. Los bienes protegidos en cuestión son presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica y también objetivos militares “ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades” sobre los cuales los ataques “puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil”.⁷⁶ Una vez más, la preocupación expresada consiste en evitar sufrimiento innecesario por parte de la población civil.

5. *El Protocolo sobre Minas de 1980*

La serie de disposiciones contra las represalias beligerantes contenidas en el Protocolo I ha sido seguida por otra prohibición convencional. Se trata del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones en el Uso de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos⁷⁷ cuyo artículo 3o., párrafo 2, indica que: “Queda prohibido en todas las circunstancias emplear las armas a la que se aplica el presente artículo, sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil como tal o contra personas civiles”.

Este artículo afirma la prohibición previamente señalada en el artículo 51, párrafo 6, del Protocolo I, y al mismo tiempo ilustra sobre un tipo específico de represalia que, si se dirige contra civiles, es evidentemente ilícita. El Protocolo de Minas enmendado en 1996 dispone que las prohibiciones y restricciones del instrumento se aplican tanto en conflictos internacionales como no internacionales.⁷⁸

Esta sección ha delineado la codificación del derecho de las represalias beligerantes, la cual ha reducido progresivamente a las personas y bienes en contra de los cuales un beligerante puede *prima facie* empre-

⁷⁶ Artículo 56, párrafo 1.

⁷⁷ El Protocolo II, anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, adoptada en Ginebra, el 10 de octubre de 1980, entró en vigor el 2 de diciembre de 1983, reproducido en Méndez Silva y López Ortiz, *op. cit.*, nota 7.

⁷⁸ Artículo 1o., párrafo 3 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos Según fue Enmendado el 3 de mayo de 1996. Véase *idem*.

der una acción ilícita, en respuesta a una acción ilícita anterior, y con el propósito de hacer cumplir el derecho de los conflictos armados. Las disposiciones arriba citadas establecen que bajo el derecho internacional es ilícito para las partes obligadas por esos tratados tomar represalias contra: prisioneros de guerra, heridos, enfermos y náufragos, personal médico y religioso, bienes culturales, el medio ambiente natural, obras e instalaciones con fuerzas peligrosas, la población civil, personas civiles, bienes civiles y cualquiera de esos objetos que sean indispensables para la supervivencia de la población civil. Por impresionante que pueda parecer esta lista, aún hay cabida, bajo el derecho internacional, a la posibilidad de que una parte agraviada en un conflicto internacional recurra a las represalias beligerantes contra ciertas personas y bienes. Así, aunque el derecho internacional humanitario limita ampliamente la libertad para recurrir a las represalias en respuesta a una actividad ilícita, el empleo de tales medidas no ha sido proscrito del todo. En un reducido número de situaciones, el derecho convencional no es lo suficientemente explícito, pudiendo inferirse que su uso en tales circunstancias podría ser lícito. Dentro de este orden de ideas, los únicos blancos posibles de represalias beligerantes son los objetivos militares o las fuerzas armadas del enemigo.

IV. ALTERNATIVAS A LAS REPRESALIAS

Como ya lo hemos señalado anteriormente, el régimen del derecho internacional humanitario adolece notoriamente de métodos adecuados para obtener el acatamiento de sus normas. Se dispone, sin embargo, de ciertos mecanismos que pueden seguirse en lugar de las represalias beligerantes. Antes que ninguna otra sanción disponible del derecho humanitario, la relativa a la investigación y el procesamiento de las personas que han cometido violaciones al mismo es la más pertinente. La mayoría de las legislaciones nacionales proveen el enjuiciamiento de los individuos de los Estados que hayan violado el derecho humanitario. Se requiere a los Estados parte del Convenio de Ginebra a “investigar, procesar o extraditar a las personas sospechosas de la comisión de graves violaciones, independientemente de su nacionalidad o del lugar donde se cometió el crimen”.⁷⁹ Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional de-

⁷⁹ Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2001, p. 45 (traducción del autor).

sempeñará un papel de primera importancia en una nueva era de procesamientos por violaciones al derecho de los conflictos armados. A pesar de que los juicios penales sean menos expeditos que las medidas de represalia, al probar su efectividad propiciarán que, a través del principio de la complementariedad, las partes agraviadas adopten este medio pacífico. Otra vía potencial para obtener el cumplimiento del derecho consiste en ejercer presión diplomática sobre los Estados o recurrir a las organizaciones internacionales.

V. CONCLUSIONES

El objetivo de este estudio ha sido explorar la evolución del régimen jurídico de las represalias beligerantes. Se ha demostrado que el derecho de los beligerantes a emplear una típica práctica de tiempos de guerra ha sido firmemente restringida por el derecho internacional, mediante tratados, en las últimas ocho décadas. Para las partes en esos tratados, durante un conflicto armado internacional el único ámbito residual para represalias beligerantes permisibles radica en la elección de las armas o medios de guerra empleados en contra de las fuerzas armadas del enemigo y los objetivos militares.

No obstante que el derecho convencional de las represalias beligerantes ha prohibido el uso de las represalias beligerantes en los conflictos internacionales, el derecho consuetudinario que regula el recurso a las represalias no coincide exactamente con el primero. Hoy en día existe una tendencia a que el derecho consuetudinario internacional de las represalias beligerantes se aproxime hacia un nivel similar de prohibición al establecido por el derecho convencional, aunque enfrentando aún cierta oposición. La ratificación universal de las Convenciones de Ginebra y la fuerte aceptación del Protocolo I, si bien no significa su total aceptación, indica una firme aceptación por los Estados de esas restricciones en su derecho de represalia. La severa oposición de un pequeño, aunque poderoso, número de Estados a las prohibiciones de las represalias del Protocolo I es uno de los factores más fuertes que obstruyen la concreción de estas disposiciones en normas de derecho consuetudinario internacional.

Aún queda mucho camino antes de que el derecho internacional pueda imponer una completa prohibición del uso de las represalias beligerantes durante los conflictos armados. El actual derecho indisputable a emplear

ciertos métodos prohibidos de guerra en contra de los objetivos militares y de fuerzas armadas enemigas por medio de represalias es improbable que se elimine en el futuro próximo. Aunque el derecho internacional ha avanzado significativamente en la abolición del derecho de represalias desde las dos guerras mundiales, actualmente queda un campo de acción notoriamente amplio e indeseable para el empleo de esta sanción arcaica e ineficaz del derecho de los conflictos armados.