

## *Capítulo V*

### *Los derechos humanos y las leyes de la guerra*

Introducción . . . . .	178
Guerra internacional y guerra civil . . . . .	181
Territorios ocupados . . . . .	200
La hipótesis de la guerra civil . . . . .	210

## CAPÍTULO V

### LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LEYES DE LA GUERRA

#### INTRODUCCIÓN

Para empezar a tratar un problema como el aquí enunciado tenemos que afirmar palmaríamente que la práctica normal de la guerra se presenta como la negación sistemática de los derechos humanos. La guerra afecta por definición los derechos esenciales del hombre. Por ello, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 expresó en su preámbulo que:

*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;*

*Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...*

Y la comunidad internacional unánimemente proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos:

*... como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse... y asegurar, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos...*

Abundando, el artículo 3 de la misma declaración: "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", no creó un derecho nuevo y no hizo otra cosa sino expresar un principio fundamental de los pueblos civilizados, al menos de aquellos que no han repudiado en teoría o de hecho el respeto de los derechos del hombre.

Durante la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, reunida en Tcherán del 21 de abril al 13 de mayo de 1968, se adoptó, por voto unánime de 67 Estados, con dos abstencio-

ciones, una resolución de importancia fundamental. Tal resolución bajo el título de “Los derechos humanos en los conflictos armados”, postula tres propuestas específicas que, una vez en efecto, darán un significado real a las leyes de la guerra, que se encuentran hoy totalmente rebasadas por la evolución científica y tecnológica de los medios de destrucción del hombre.

La Conferencia Internacional de Derechos Humanos:

1. *Pide* a la Asamblea General que invite al Secretario General a estudiar... las medidas que podrían tomarse para asegurar una más plena aplicación en todos los conflictos armados de las reglas y convenciones internacionales humanitarias existentes y la necesidad de concertar convenciones internacionales humanitarias adicionales o la conveniencia de revisar las ya existentes, con objeto de asegurar una protección más completa de las personas civiles, de los prisioneros y de los combatientes en todos los conflictos armados y la prohibición y limitación del empleo de ciertos medios de guerra.

2. *Pide* el Secretario General que, tras celebrar consultas con el Comité Internacional de la Cruz Roja, señale a la atención de todos los Estados Miembros del sistema de las Naciones Unidas las normas actuales de derecho internacional a este respecto, y los exhorta a que, en espera de que se aprueben nuevas normas de derecho internacional sobre los conflictos armados, aseguren que en todos los conflictos armados los habitantes y los beligerantes estén protegidos de conformidad con “los principios del derecho de gentes que se derivan de los usos establecidos entre pueblos civilizados, de las leyes humanitarias y de los dictados de la conciencia pública”.<sup>1</sup>

3. *Pide* a todos los Estados que todavía no lo hayan hecho que se adhieran a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, al Protocolo de Ginebra de 1925 y a las Convenciones de Ginebra de 1949.

Esa resolución de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos que convocó la Organización de las Naciones Unidas, con motivo del Año Internacional de los Derechos Humanos, no es sino el resultado del creciente temor que se apodera de quienes aprecian de cerca el fenómeno de la violencia y la brutalidad crecientes y de los conflictos armados en vertiginosa escalada desde el fin de la Segunda Guerra Mundial que sacudió a toda la humanidad. Las guerras en su

<sup>1</sup> Esta cita es parte del texto del preámbulo de la Convención de La Haya, núm. IV, de octubre de 1907, conocida como “Cláusula Martens” en razón del nombre de su autor, el profesor F. F. de Martens. Esta misma cita aparece en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (Primer Convenio, artículo 63; segundo Convenio, artículo 62; tercer Convenio, artículo 142; cuarto Convenio, artículo 158).

acepción clásica, han dejado hoy de presentarse, cediendo en su lugar el paso a lo que se conoce como “conflictos armados”, y que en esencia es exactamente lo mismo. Tanto unos como otros, repetimos, son la negación sistemática de los derechos humanos. Por ello entran dentro de nuestra preocupación y son objeto de consideración en este trabajo.

La guerra autoriza a matar a los combatientes enemigos sin que éstos sean para nada considerados como culpables. Si esos combatientes tuvieron la suerte de haber sido puestos fuera del combate sin haber perdido la vida, son tratados como prisioneros hasta el fin de las hostilidades, es decir, privados de su libertad.

La propiedad no es en tiempos de guerra mejor tratada que la persona. Para vencer la resistencia del adversario se destruyen por medio de explosivos o cualquier otra manera no solamente los bienes, muebles e inmuebles, que se encuentran en lo que se ha convenido en llamar campo de batalla sino también las estaciones, los aeródromos, las fábricas y hasta ciudades o zonas enteras situadas lejos de la línea de combate.

Si las libertades públicas (libertad de expresión, de prensa, de reunión, etcétera) no son suspendidas completamente, sufren restricciones muy importantes. Los territorios ocupados por el enemigo son colocados bajo un severo régimen de policía que llega de hecho a prohibir casi toda manifestación pública de opinión política que no sea la inspirada por el ocupante. Pero el territorio nacional está sometido a un régimen de excepción calificado de estado de sitio, de estado de crisis o de cualquier otro nombre que restringe considerablemente el ejercicio de los derechos fundamentales del hombre.

En lo que se refiere a los derechos económicos y sociales que tienen como finalidad asegurar un cierto bienestar a los asalariados, éstos sufren restricciones notables (prolongación de la duración del trabajo, salarios de crisis, etcétera) pero la guerra, además de las destrucciones que trae consigo que pueden tomar el carácter de catástrofes, impone sacrificios al conjunto de la nación por el hecho de la rarificación de los bienes de consumo. Bajando considerablemente el nivel general de vida que los derechos económicos y sociales establecidos por la legislación tenían como finalidad elevar.

Podemos considerar todas esas hipótesis para demostrar cómo la guerra internacional o la guerra civil niegan por definición la vigencia de los derechos del hombre, ya se trate de la salvaguardia de la vida, de la integridad física, de la dignidad de la persona o de la libertad individual.

### GUERRA INTERNACIONAL Y GUERRA CIVIL

La guerra es el empleo generalizado de la violencia entre grupos organizados. En tanto que la guerra internacional opone a dos Estados o más entre sí, la guerra civil opone a partes adversas en el interior de un Estado. A pesar de esta diferencia, guerra internacional y guerra civil presentan similitudes y si en principio el derecho internacional no regula sino la guerra internacional, la guerra civil siendo un asunto interior que por su naturaleza le escapa, existe una tendencia marcada a aplicar las reglas establecidas por la guerra internacional a la guerra civil. Además históricamente no ha sido raro que las guerras civiles y las guerras internacionales hayan estado asociadas. En nuestros días las guerras tienden cada vez más a tomar el doble carácter de guerra civil y de guerra internacional y por consiguiente es un mismo derecho adaptado a su doble carácter que estará llamado a regirlas tanto más cuanto que desde el punto de vista de la salvaguardia de los derechos del hombre y de las necesidades de la guerra son los mismos intereses que están en juego.

En el caso de la guerra civil, puede suceder que un partido o una facción quiera tomar el gobierno del Estado simplemente para ejercer el poder en el lugar del gobierno que combate, o para establecer un nuevo régimen político y social (guerra civil rusa de los años 1920 y siguientes, guerra civil española de 1936, guerra civil china de 1945). Puede suceder también que un elemento de la población de un Estado lucha por separarse del Estado de que formaba parte. Es el caso de las guerras de emancipación colonial, es de las guerras de emancipación nacional en los Estados plurinacionales (Irlanda, 1916-1923). Puede ser el caso en que una parte de la población habitando una cierta región para salvaguardar sus intereses propios decide hacerse independiente (guerra de secesión de los Estados Unidos de la América del Norte, 1861-1865, guerra de secesión de Biafra). En todos estos casos la guerra civil tiende a producir un efecto internacional.

Todo disturbio, todo desorden acompañado del empleo de la fuerza no constituye guerra civil y desde el punto de vista del régimen del derecho a aplicar es muy importante saber cuando las condiciones de existencia de la guerra civil se encuentran realizadas.

Cuando se trata de motines, de golpes de Estado, de asesinatos políticos, de actos de terrorismo, solamente el derecho penal se aplica. Se trata de delitos en general acompañados de graves penas puesto que

amenazan el orden y la paz pública. De hecho la represión es generalmente ejercida con severidad sin que los móviles desinteresados de los culpables sean considerados como una circunstancia atenuante. Sin embargo los culpables condenados a penas privativas de libertad gozan a menudo de rebaja de pena que se aplica cuando su liberación no crea ya ningún peligro o problema para el gobierno. Pero si la represión es severa ésta se ejerce conforme a las prescripciones del código penal mediante un proceso regular.

Se reconoce que existe guerra civil cuando los insurgentes han logrado establecer un gobierno que ejerce efectivamente su autoridad sobre una parte del territorio nacional. En este momento el derecho internacional permite a los gobiernos extranjeros reconocer al partido insurgente como un beligerante y aplicar el derecho de la guerra y de la neutralidad.<sup>2</sup> Pero es más, cuando se ha constituido un gobierno de facto sobre el territorio nacional las relaciones entre las dos partes comprometidas en la guerra civil tienden a ser regidas por el derecho de la guerra a pesar del odio que generalmente las anima. Por la fuerza de las cosas y por cierto interés común, el gobierno legítimo es llevado a ver como combatientes a aquellos que anteriormente no consideraba sino como culpables y el gobierno insurreccional a comportarse como beligerante en lugar de ejercer una violencia sin límites.

De cada bando fuerzas armadas en número considerable y con organización se enfrentan. Los combatientes son demasiado numerosos para que se les considere a todos como criminales. Su reclutamiento ha sido hecho a menudo bajo el efecto de las presiones materiales o morales ejercidas por la opinión o las autoridades del lugar donde residían los individuos. Debido a las circunstancias más que por una voluntad personal fueron colocados en un campo o en el otro. Existe también entre algunos además de la pasión el deseo sobre todo de preparar el futuro y permitir la reconciliación de los enemigos de hoy después de la terminación de las hostilidades. Pero es sobre todo un interés común y actual de las dos partes en pugna, lo que los conduce a aplicar las leyes de la guerra. Si estas leyes son aplicadas por los dos beligerantes, no pueden ser aplicadas por unos sin que sean aplicadas por los otros, para ahorrarse mutuamente sufrimientos inútiles. De esta manera los prisioneros de los campos no serían ni ejecutados ni maltratados. Los ci-

<sup>2</sup> Cfr. Suzanne Bastid, *Cours de Droit International Public*, en "Les cours de droit", série polycopiée, Paris, 1965-1966, pp. 620 y ss.

viles "comprometidos" se les pondrá fuera de toda posibilidad de actuar, pero no serán ni asesinados ni torturados.<sup>3</sup>

La condición de existencia de la guerra civil, conducente normalmente a la aplicación del derecho de la guerra, es el establecimiento enfrente del gobierno legítimo de un gobierno *de facto* controlando una parte del territorio nacional. Pero puede suceder que aunque esta condición no se lleve a cabo, la autoridad estatal aplique el derecho de la guerra a bandas organizadas que operan en un territorio en donde cunde una rebelión. Fue así como durante algún tiempo el gobierno francés procedió en el caso de Argelia. Tratando como prisioneros a los *fellagabs* que operaban en bandas y llevaban un uniforme o un signo distintivo que atestiguaba su carácter de combatientes. Podría no haber sido así ya que ninguna regla o principio general de derecho lo obligaba a ello. El artículo 3 de las Convenciones de Ginebra, de 1949, no imponen de ninguna manera tal obligación; y ninguna práctica generalmente acatada recomienda tal actitud. Pero por moderación y esperando facilitar la reconciliación futura, pensó como táctica, alentar las rendiciones de los combatientes. Habiendo tratado a los *fellagabs* como combatientes podía esperar que éstos a su vez trataran con humanidad a los prisioneros franceses o sus partidarios que pudiesen capturar.

Sin embargo, la forma de la guerra civil evoluciona y podrá suceder que sobre el territorio de un Estado se constituya un gobierno revolucionario que no controle oficialmente ninguna parte del territorio pero que ejerza de hecho una autoridad considerable por medio de agentes nombrados por él y bandas armadas a su servicio. Si se trata exclusivamente de luchas internas el gobierno regular fijará su actitud como deseé. Si la guerra civil está asociada a la guerra internacional, habrán de plantearse problemas más complicados.<sup>4</sup>

La conjunción de la guerra internacional con la guerra civil no es un hecho nuevo en la historia. Pero sin embargo fue un fenómeno raro para el siglo XIX que propiamente terminó en 1918. Ese siglo fue para Europa, dominadora de la época, el siglo del nacionalismo y la guerra internacional tendió a tomar un carácter nacional.

Pero desde 1918, se ha operado un cambio considerable. Empezaron a desarrollarse por encima de las fronteras, ideologías de carácter internacional que tendieron en el interior de cada Estado a levantar a una

<sup>3</sup> Cfr. Georg Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, London, 1950, pp. 427 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. Suzanne Bastid, *Cours de Droit International Public*, cit., p. 593.

parte de la población contra la otra asociándola a los partidarios de esa misma ideología de los demás países. Las nuevas ideologías internacionales encontraron su centro de radiación en algunos países que se hicieron sus campeones: por un lado, Italia y el fascismo y Alemania y el nacional socialismo; por el otro, la Unión Soviética y el comunismo. En cierta medida o en gran medida, según el caso, esos países utilizan su ideología de carácter internacional al servicio de su causa nacional. De tal manera la guerra civil y la guerra internacional en lugar de constituir fenómenos distintos se encuentran asociados.

Ciertos Estados buscan a veces provocar la caída de gobiernos neutros o mal dispuestos y reemplazarlos por otros gobiernos que podrían ser sus aliados. En 1920, los países de Europa Occidental apoyaban a los rusos blancos en lucha contra el gobierno soviético que buscaba propagar la revolución en Europa. En 1936 la Italia fascista y la Alemania nazi prestaron su apoyo al general Franco insurrecto en contra del gobierno español republicano que les era desfavorable.

En ciertas épocas han existido conflictos religiosos o ideológicos que trastornan una parte del mundo o su casi mayoría, y ciertos gobiernos o Estados dan su ayuda a los partidos que en país extranjeros profesan la creencia o la ideología que es la suya. Así sucedió en la época de las guerras de religión en Europa entre católicos y protestantes y en la época de la Revolución Francesa. Igualmente en nuestra época. La guerra civil griega que estalló en 1945 y fue sostenida por la Unión Soviética y por las democracias populares limítrofes con Grecia. En la guerra civil china que ocupó los años de 1945 a 1950 los comunistas fueron alentados por la Unión Soviética y los nacionalistas sostenidos por los Estados Unidos. La guerra de Corea que opuso dos partes del territorio coreano dividido en dos contra la voluntad de la población fue, de hecho, una guerra civil (aunque las dos Coreas constituyesen dos Estados distintos). Cada parte ayudada por diferentes países, el sur por los Estados Unidos y sus aliados, el norte por la URSS y la China Popular. La guerra de Vietnam que opone dos partes del territorio vietnamita dividido en dos igualmente contra la voluntad de la población es, de hecho, una guerra civil (aunque los dos Vietnam constituyan igualmente dos Estados distintos). El sur apoyado por EEUU y sus aliados, el norte por la Unión Soviética y la China Popular.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> W. R. Kenny et W. E. Standard, *La question de la légalité des activités des États-Unis au Vietnam*, en "Revue de Droit Contemporain", 13e. année, n.º 2/1966, Bruxelles, pp. 8-9; G. Schwarzenberger, *La Política del Poder*, México, 1969, pp. 365-366.

Las guerras internacionales localizadas o generales que estallen en el futuro irán acompañadas casi sin falta de guerras civiles. Las guerras civiles que no se transformen en guerras internacionales seguramente estarán acompañadas de intervenciones indirectas de Estados extranjeros (el envío de armas, de subsidios, de técnicos y de combatientes "voluntarios"). Pensar tan sólo en la guerra árabe o israelí de 1967 y en la guerra civil de Nigeria.

La conjunción de la guerra internacional y de la guerra civil es un hecho muy importante que está llamado a plantear problemas nuevos y a tener una influencia profunda en el derecho de la guerra.

El derecho de los países fundado sobre el respeto de los derechos del hombre, universalmente reconocido, admite que los individuos sean privados de la vida o de la libertad, pero solamente como castigo por haber infringido una ley penal y después que un tribunal, según un procedimiento que ha dado al acusado todas las garantías deseables, los ha reconocido culpables.

La noción de culpabilidad es, de una manera general, extraña a las leyes de la guerra. El soldado que mata al soldado enemigo no es un asesino y el soldado que es muerto no es un culpable que es castigado. En la guerra, los inocentes son muertos, heridos, privados de su libertad individual, maltratados, eso no representa un abuso o un accidente. Es la naturaleza misma de la guerra que así quiere que sean las cosas. Es la razón por la cual la guerra aparece como una institución bárbara y por la cual el derecho internacional reciente ha considerado como criminales a los gobernantes que desatan una guerra de agresión. Pero en tanto que la guerra, prohibida o no por el derecho, prevalece, obedece a su propia lógica y no puede hacérsela de otra manera que siguiendo sus principios mismos.<sup>6</sup>

Hasta la Primera Guerra Mundial, desde el punto de vista del derecho, la guerra era lícita. Los gobiernos que recurrián a la guerra podían ser censurados desde el punto de vista moral y ser criticados desde el punto de vista político pero no habían violado el derecho. El Pacto de la Sociedad de Naciones no prohíbe el recurso a la guerra, pero lo restringe subordinándolo al cumplimiento y agotamiento de ciertos procedimientos y plazos. El Pacto de París (Pacto Briand-Kellogg) de 28 de agosto de 1928, es el primero en establecer una prohibición general de recurrir a la guerra. La Carta de las Naciones Unidas vino a reforzar esta prohibición. Ya no es simplemente el recurso a la guerra que es considerado en ella, sino el recurso a la fuerza.

<sup>6</sup> Jean S. Pictet, *El derecho de la guerra* (folleto), Ginebra, 1961, p. 4.

*Artículo 2.* Para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1 (el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales), la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: ...

4. Los Miembros de la Organización en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Si la regla *nulla poena sine lege* debiera aplicarse, la simple prohibición del recurso a la guerra no bastaría para hacer de la guerra un crimen internacional exponiendo a su autor a una pena. Pero el estatuto y la jurisprudencia de los tribunales militares de Nüremberg y de Tokio no consideraron como un obstáculo ese principio y los gobernantes de los países vencidos fueron condenados como culpables de crímenes contra la paz. Sin embargo, aunque la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por varias resoluciones los principios de Nüremberg, tendientes a darles así valor de derecho consuetudinario, no se ha logrado hasta el presente introducirlos o insertarlos en un código penal internacional que sería adoptado bajo la forma de un convenio.<sup>7</sup> En la opinión de ciertos gobiernos, los procesos de Nüremberg y de Tokio representan medidas circunstanciales y no la expresión de un nuevo derecho universal.

Aunque se considere que la guerra de agresión —ya que la guerra defensiva está permitida por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas como la expresión de la legítima defensa—<sup>8</sup> constituye un delito, no se puede deducir que todos aquellos que toman parte en la guerra del lado del Estado culpable deban ser considerados como criminales. Solamente los gobernantes que tomaron la iniciativa del recurso a la guerra de agresión o que son responsables de su prolongación pueden ser considerados culpables. Se ha considerado igualmente que los combatientes que no han tomado parte en las decisiones políticas no son culpables del delito contra la paz, pero que pueden cargar eventualmente con la responsabilidad de los crímenes de guerra, es decir

<sup>7</sup> Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nüremberg*, en "Yearbook of the International Law Commission", vol. II, New York, 1950.

<sup>8</sup> "Ninguna disposición de esta Carta menoscabaría el derecho inmanente de *legítima defensa*, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, ... Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de *legítima defensa* serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, ...", artículo 51 de la Carta de la ONU.

por las violaciones a las leyes de la guerra, sin que la orden del superior sea una excluyente.<sup>9</sup>

Podría pretenderse que cuando los órganos de la organización internacional han designado a un Estado como agresor, el deber de los nacionales de ese Estado es conformarse a las resoluciones de dicha institución y desobedecer a su gobierno; no haciéndolo así incurrirían en responsabilidad penal. Teóricamente esta solución parece recomendable, pero en la situación presente del mundo caracterizada por la débil autoridad política y moral de las Naciones Unidas cuyas decisiones están inspiradas en buena medida por consideraciones políticas estrechamente nacionales o partidarias, es de dudar que sea posible. De cualquier manera para que existiera una obligación de los nacionales de un Estado de rehusarse a participar en una guerra de agresión reconocida como tal por los órganos competentes de las Naciones Unidas y que para que esta obligación sea sancionada penalmente, sería menester evidentemente que un convenio internacional lo hubiere previsto así, lo que no es el caso.<sup>10</sup>

Es claro que por diversas consideraciones el hecho de la prohibición de la guerra no podría traer consigo la abolición del derecho de la guerra, porque la lógica, si fuese ese el caso, nos haría pensar que siendo la guerra una institución fuera de la ley, dejaría de ser institución del derecho internacional y por consiguiente no se podría hablar ya del derecho de la guerra. ¿Qué podría significar la abolición del derecho que reglamenta la práctica de la guerra, si la guerra aunque prohibida, tiene lugar? En primer lugar implicaría que no se aplicasen al Estado agresor las reglas del derecho de la guerra establecidas para disminuir el número de las víctimas y atenuar los sufrimientos causados por la guerra. No se podría aplicar a los combatientes capturados el régimen de los prisioneros de guerra. No se estaría obligado a aplicar a los no combatientes las reglas que en una pequeña medida los protegen hoy día; etcétera. Es decir, que todos aquellos aspectos que a pesar de todo implican una cierta consideración derivada de la filosofía de los derechos humanos, con esa lógica sería imposible incluirlos.

Sólo a medida que la comunidad internacional progrese hacia la unidad y que la solidaridad moral de los pueblos se afirme más, el dere-

<sup>9</sup> Véase, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg*, cit., pp. 205 y ss.

<sup>10</sup> Delbert D. Smith, *The Geneva Prisoner of War Convention: An Appraisal*, en "New York University Law Review", vol. 42, núm. 5, November, 1967, pp. 904 y ss.

cho penal internacional, jugará un papel mayor para asegurar la representación del empleo ilegal de la fuerza, en tanto que el papel del derecho de la guerra irá disminuyendo. Pero no hay que olvidar que en ese proceso, la evolución jurídica no podrá adelantarse a la evolución política y moral de la sociedad internacional.

Puesto que en principio, la guerra representa el uso ilimitado de la fuerza por los beligerantes, la idea misma de un derecho de la guerra que restringe la libertad de los mismos es ya razón suficiente, desde el punto de vista moral de la sociedad internacional, para ocuparse de él en cualquier obra sobre derechos humanos. Los principios o fundamentos sobre los cuales pudiese asentarse el derecho de la guerra sería el evitar los sufrimientos inútiles y el evitar los sufrimientos excesivos. Considerando sufriendo inútil aquél que no procura ventajas reales al que lo infinge a su adversario. El ejemplo típico de un sufrimiento inútil es dar muerte a los prisioneros o infligirles malos tratos. Los prisioneros por su misma calidad de tales están fuera de combate y no pueden ya perjudicar a la parte adversa. No existe interés alguno para el beligerante que los ha capturado en darles muerte o maltratarlos; sino por el contrario.

En cuanto a evitar los sufrimientos excesivos, este segundo principio no ha sido todavía reconocido, pero ¿no sería deseable dentro de un nuevo derecho de la guerra? Se trataría no solamente de evitar sufrimientos inútiles, sino de evitar sufrimientos demasiado grandes causados por armas con un terrible poder de destrucción. El problema del desarme y el control de las armas nucleares van dentro de las materias que contempla el derecho internacional contemporáneo apuntando, aunque lentamente, en esa dirección y el Tratado de desnuclearización de América Latina, conocido como Tratado de Tlatelolco sería un modesto pero claro ejemplo.<sup>11</sup>

Todo el derecho cambia por el dinamismo del fenómeno social que regula, pero particularmente el derecho internacional que se aplica a esa nebulosa que es la sociedad internacional es más móvil que cualquier otro derecho. Los cambios del derecho de la guerra provienen de los cambios que ha sufrido la guerra misma cuyas condiciones técnicas, por una parte, y las condiciones políticas y morales de la sociedad internacional han evolucionado rápida y profundamente. Pero el cambio del derecho es susceptible de tener significados muy diferentes. Puede haber un desarrollo de lo existente o su reemplazo por algo diferente del mismo o de mayor valor. El cambio puede representar simplemente una

<sup>11</sup> Cfr. Alfonso García Robles, *El Tratado de Tlatelolco*, México, 1966.

regresión en otras ocasiones, en el caso en que lo que ha sido destruido no haya sido reemplazado. Es lo que en buena medida ha sucedido en el caso del derecho de la guerra. El derecho se había desarrollado en el curso de medio siglo que precedió a la Primera Guerra Mundial. Las reglas del derecho internacional se habían ido haciendo cada vez más numerosas, detalladas y precisas y parecían gozar de gran autoridad. De ese derecho anterior, vigente en 1914, una parte es obsoleta, otra incierta y lo que queda no está seguro de perdurar. A medida que los progresos de las ciencias aplicadas a la guerra la hacían más destructiva y mortal, la libertad de los beligerantes era limitada cada día menos por el derecho internacional. Y así afloró la grave crisis que atraviesa el derecho de la guerra. Magnificada la técnica, la crisis del derecho de la guerra se magnificó hasta afrontar hoy día la durísima crisis que pone en duda su existencia, como la guerra misma está poniendo en duda el porvenir y la existencia de la sociedad internacional.

Trataremos ahora de estudiar las exigencias de la guerra tal como es practicada y será practicada en el futuro y su relativa conciliación con el respeto de los derechos del hombre y con los principios humanitarios. De las diversas hipótesis derivadas de las situaciones en las que pueden encontrarse los individuos implicados en la guerra internacional y en la guerra civil, por el hecho de encontrarse en el territorio de los beligerantes, iniciaremos el estudio del problema relativo a las poblaciones sometidas a bombardeos masivos. La suerte misma de la humanidad por las nuevas técnicas de la guerra que hace pesar una amenaza de exterminio hace de esta hipótesis algo de especial interés. Se trata de los bombardeos por aviones o por cohetes con explosivos ordinarios dirigidos especialmente contra aglomeraciones urbanas tales como fueron practicados a lo largo de la Segunda Guerra Mundial. Igualmente de bombardeos por armas termonucleares que pueden destruir toda la población de una ciudad, de una región y hasta de un país entero.

Según el derecho de la guerra en vigor, esos bombardeos deben ser considerados como lícitos. El tema de los bombardeos está contemplado por el artículo 25 del Reglamento de La Haya anexo al Convenio Número IV, de 18 de octubre de 1907, que prohíbe bombardear las ciudades no defendidas, y por el Protocolo de Ginebra, de 17 de junio de 1925, que prohíbe el empleo de los gases y de "todos los líquidos, materias o procedimientos análogos". Pero la opinión general de los gobiernos es que esos bombardeos son lícitos y ese hecho es decisivo. Además diversos artículos de los convenios de Ginebra prevén que los establecimientos situados en territorio enemigo deberán ser respetados

(artículo 19 del Convenio Número I de 12 de agosto de 1949, concerniente a los establecimientos y las formaciones sanitarias).

*Artículo 19.* Los establecimientos fijos y las formaciones sanitarias móviles del servicio de sanidad no podrán en ningún caso ser objeto de ataques, sino que serán en todo momento respetados y protegidos por las Partes contendientes. Si cayeran en poder de la Parte adversaria, podrán continuar funcionando en tanto que la Potencia que los capture no haya asegurado por sí misma los cuidados necesarios a los heridos y enfermos acogidos en esos establecimientos y formaciones. Las autoridades competentes cuidarán de que los establecimientos y las formaciones sanitarias de referencia estén situados, en la medida de lo posible, de modo que los eventuales ataques contra objetivos militares no puedan poner en peligro dichos establecimientos y formaciones sanitarias.

Pero ese respeto está de hecho subordinado a la condición que los bombardeos se enfoquen a objetivos limitados y sean efectuados con una cierta precisión. Si es lícito bombardear una ciudad o una zona, los establecimientos sanitarios han de sufrir la suerte común de la ciudad o de la zona. Si los Convenios de Ginebra establecieran una inmunidad incondicional para esos establecimientos, los bombardeos de ciudades y de zonas indirectamente se convertirían en prohibidos. Este procedimiento de interpretación en materia de derecho de la guerra es prácticamente imposible.

Las nuevas armas son en su eficacia de tal simplicidad que afectan a todos aquellos que se encuentran en su radio de acción, combatientes o no sin distinción alguna. El arma que se emplea es ciega, y no permite a nadie salvarse. El problema que aquí se plantea, en el estado actual de desarrollo de la guerra, más que una regulación jurídica del empleo de las armas es un problema de desarme. Prohibición del uso de esas armas acompañada de la prohibición de fabricación de las mismas y destrucción de los arsenales existentes. Problema de control efectivo sobre los establecimientos con sus consiguientes dificultades políticas y técnicas. La Conferencia General del Desarme, patrocinada por las Naciones Unidas, es un intento en esta dirección. El complemento a este problema es la creación de zonas desnuclearizadas, zonas de seguridad que no ofrezcan objetivos ni de interés general directo ni de interés militar indirecto y por consiguiente más fácilmente sustraídas a los bombardeos. Es el caso especialmente de América Latina que por medio de su Tratado de Tlatelolco, proscripto de la zona las armas nucleares, pretende llegar a constituirse en la primera región desnuclearizada

del mundo. Y esto quiérase o no es obra del derecho internacional público moderno.

Esos adelantos logrados por vía convencional, están contemplados por el artículo 14 del Convenio de Ginebra Número IV relativo a la protección de las poblaciones civiles en tiempo de guerra que prevé la posibilidad en tiempos de paz de la creación de zonas y localidades sanitarias y de seguridad, y el artículo 15 del mismo Convenio contempla la posibilidad de crear zonas neutralizadas en las regiones en donde tienen lugar los combates.

*Artículo 14.* En tiempo de paz, las Altas Partes contratantes y, después de la ruptura de hostilidades, las Partes contendientes, podrán crear en su propio territorio y, si necesario fuese, en los territorios ocupados, zonas y localidades sanitarias y de seguridad organizadas de modo que queden al abrigo de los efectos de la guerra, los heridos y enfermos, los inválidos, las personas de edad, los niños menores de quince años, las mujeres encinta y las madres de criaturas de menos de siete años.

Desde el comienzo de un conflicto y en el curso de éste, las Partes interesadas tendrán facultad para concertar entre ellas acuerdos respecto al reconocimiento de las zonas y localidades que hayan establecido. Podrán a tal efecto poner en vigor las disposiciones previstas en el proyecto de acuerdo que figura en anexo al presente Convenio, aportándole eventualmente las modificaciones que estimen necesarias.

Las Potencias protectoras y el Comité Internacional de la Cruz Roja quedan requeridos a prestar sus buenos oficios para facilitar el establecimiento y el reconocimiento de las dichas zonas y localidades sanitarias y de seguridad.

*Artículo 15.* Toda Parte contendiente podrá, ya sea directamente o por intermedio de un Estado neutral o de un organismo humanitario, proponer a la Parte adversaria la creación, en las regiones donde tengan lugar los combates, de zonas neutralizadas destinadas a poner al abrigo de los peligros de los combates, sin distinción alguna, a las personas siguientes:

*a)* heridos y enfermos, combatientes o no combatientes;  
*b)* personas civiles que no participen en las hostilidades y que no ejecuten ningún trabajo de carácter militar durante su estancia en dichas zonas. En cuanto las partes contendientes se hayan puesto de acuerdo sobre la situación geográfica, la administración, el aprovisionamiento y el control de la zona neutralizada prevista, se redactará un acuerdo que habrá de ser firmado por los representantes de las Partes contendientes. Este acuerdo fijará el comienzo y la duración de la neutralización de la zona.

Desde luego que esos artículos son de un alcance modesto ya que la protección en las zonas y localidades previstas en el artículo 14 está

reservado a los heridos, a los enfermos, a los menores de 15 años, a las mujeres encinta y a las madres de criaturas menores de 7 años.

En cuanto a la *condición de los combatientes caídos en poder del enemigo* respecta, esta hipótesis también es de primera importancia para la salvaguardia de los derechos humanos. Pero la parte del derecho de la guerra con referencia a este tema es la menos gravemente afectada por la crisis del mismo. La condición de los prisioneros era regulada, hasta que estalló la Segunda Guerra Mundial, por el Convenio de Ginebra de 27 de julio de 1929. Si todas las potencias beligerantes no lo aplicaron correctamente frente a todos los prisioneros capturados, fue de todos modos respetado en una gran medida. Pero la realidad de la Segunda Guerra Mundial puso en evidencia que esa parte del derecho de la guerra no solamente fue violada sino no acatada.

El Convenio de Ginebra Número III de 12 de agosto de 1949 que revisó el Convenio de 1929, ambos relativos al trato de los prisioneros de guerra, constituye todo un pequeño código de 143 artículos.

Sus disposiciones aparte de aquellas que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, se aplican en caso de *guerra declarada* o de cualquier *otro conflicto armado* que surja entre dos o varias de las naciones partes en él, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por una de ellas. Sus preceptos tienen aplicación igualmente en todos los casos de ocupación de la totalidad o parte del territorio de una Parte contratante, aunque esta ocupación no encuentre resistencia alguna militar. Y si una de las potencias contendientes no es parte en dicho Convenio, las potencias que son partes en él continúan estando obligadas por el mismo en sus relaciones recíprocas, quedando además obligadas respecto a dicha potencia, con tal que ésta acepte y aplique sus disposiciones.

El primer problema del que se ocupa y que reglamenta el Convenio Número III es el de saber quién debe ser reconocido como prisionero de guerra para gozar del régimen de los prisioneros de guerra. Son éstos evidentemente los individuos que forman parte de las fuerzas regulares de un Estado, pero no son los únicos.

Son prisioneros de guerra, las personas que habiendo caído en poder del enemigo, pertenecen a alguna de las siguientes categorías;

- los miembros de las fuerzas armadas de un Estado contendiente, así como los miembros de milicias y cuerpos voluntarios que formen parte de esas fuerzas armadas;
- los miembros de otras milicias y los miembros de otros cuerpos de voluntarios, incluso los de movimientos de resistencia organizados, pertene-

- cientes a un Estado contendiente y que actúen fuera o dentro de su propio territorio, aunque este territorio se halle ocupado, siempre que esas milicias o cuerpos organizados, incluso los movimientos de resistencia organizados, llenen ciertas condiciones, como la de figurar a su cabeza una persona responsable por sus subordinados, la de llevar un signo distintivo fijo y fácil de reconocer a distancia, como la de portar francamente las armas, como la de conformarse, en sus operaciones, a las leyes y costumbres de la guerra;
- los miembros de las fuerzas armadas regulares pertenecientes a un gobierno o a una autoridad no reconocidos por la potencia en cuyo poder hayan caído;
  - las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas, tales como miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, individuos de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de las fuerzas armadas, a condición de que para ello hayan recibido permiso de las fuerzas armadas que acompañan, teniendo éstas la obligación de entregarles a tal efecto una tarjeta de identidad;
  - los miembros de las tripulaciones, incluso capitanes, pilotos y grumetes, de la marina mercante, y tripulaciones de la aviación civil de los Estados contendientes, que no gocen de trato más favorable en virtud de otras disposiciones del Derecho Internacional;
  - la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, siempre que lleve francamente las armas y respete las leyes y costumbres de la guerra.<sup>12</sup>

Pero igualmente gozan, según este Convenio, del trato reservado a los prisioneros de guerra:

- las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado si, por razón de esta pertenencia, la Potencia ocupante, aunque las haya inicialmente liberado mientras las hostilidades se efectuaban fuera del territorio que ocupe, considera necesario proceder a su internamiento, especialmente después de una tentativa fracasada de dichas personas, para incorporarse a las fuerzas armadas a que pertenezcan, y que se hallen comprometidas en el combate, o cuando hagan caso omiso de la orden que se les dé para su internamiento;
- las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas ante-

<sup>12</sup> Artículo 4-A, *Convenio de Ginebra*, III, en “Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, CICR, Ginebra, 1950, pp. 82-83.

riormente, que hayan sido recibidas en sus territorios por potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes éstas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional, bajo reserva de cualquier trato más favorable que dichas potencias juzgasen oportuno concederles...

En cuanto se refiere al personal médico y religioso, retenido para asistir a los prisioneros de guerra, no es objeto de consideración por el artículo 4 que transcribimos sino que es objeto de un detallado análisis en el capítulo IV del Convenio. Según éste, los miembros del personal sanitario y religioso retenidos en poder de la potencia aprehensora a fin de asistir a los prisioneros de guerra, no son considerados como tales. Gozan sin embargo, por lo menos, de todas las ventajas y de la protección de los prisioneros de guerra, así como de las facilidades necesarias para aportar sus cuidados médicos y sus auxilios religiosos a los cautivos.

Dentro del marco de los reglamentos y leyes militares de la potencia en cuyo poder se encuentran, continúan ejerciendo bajo la autoridad de sus servicios competentes y de acuerdo con su conciencia profesional, sus funciones médicas o espirituales en provecho de los prisioneros de guerra pertenecientes de preferencia a las fuerzas armadas de que dependen. Gozan, además para el ejercicio de su misión médica o espiritual, de una serie de facilidades.

Entre otras, están consideradas, la de visitar periódicamente a los prisioneros que se encuentran en destacamentos de trabajo o en hospitales situados al exterior del campo. Para este efecto, la autoridad en cuyo poder se encuentran los prisioneros debe poner a su disposición los medios necesarios de transporte. En cada campo de prisioneros, el médico militar más antiguo en el grado más elevado es el responsable, ante las autoridades militares del campo, de cuanto concierne a las actividades del personal sanitario retenido. A tal efecto los Estados contendientes deben ponerse de acuerdo desde el comienzo de las hostilidades acerca de la equivalencia de los grados de su personal sanitario. Para todas las cuestiones incumbentes a su misión, dicho médico, así como los capellanes, tienen acceso directo a las autoridades competentes del campo. Aunque están sometidos a la disciplina interior del campo donde se encuentran, no puede obligarse a los miembros del personal sanitario y religioso retenidos a desarrollar ningún trabajo ajeno a su misión facultativa o religiosa. Mas estos principios no dispensan a la potencia en cuyo poder se hallan los cautivos de las obligaciones que le incumben

con relación a los prisioneros de guerra en el ámbito de lo sanitario y espiritual.<sup>13</sup>

El segundo problema es el del régimen mismo de los prisioneros de guerra. El Convenio tiende a asegurar un trato humano a los prisioneros. Se ocupa de los lugares de internamiento, de las condiciones de alojamiento, de la alimentación, del vestido, de la atención médica, de la religión, de las actividades intelectuales y físicas, de los recursos de los prisioneros, de los trabajos a los que pueden ser obligados, de su correspondencia, de los envíos de socorros, de sus representantes, de las sanciones penales y disciplinarias, etcétera.

Destaquemos especialmente algunos aspectos. El artículo 17 del Convenio de Ginebra Número III establece que no se podrá ejercer sobre los prisioneros coacción alguna para obtener de ellos información.

*Artículo 17.* El prisionero de guerra no tendrá obligación de declarar, cuando se le interroguen a este propósito, más que sus nombres y apellidos, su grado, la fecha del nacimiento y su número de matrícula o, a falta de éste, una indicación equivalente.

En caso de que infringiera voluntariamente esta regla, correría el peligro de exponerse a una restricción de las ventajas concedidas a los prisioneros de su grado o estatuto.

Cada una de las Partes contendientes estará obligada a suministrar a toda persona colocada bajo su jurisdicción, que sea susceptible de convertirse en prisionero de guerra, una tarjeta de identidad en que consten sus nombres, apellidos y grado, el número de matrícula o indicación equivalente, y la fecha de su nacimiento. Esta tarjeta de identidad podrá llevar además la firma o las huellas digitales o ambas, así como cualquier otra indicación que las Partes contendientes puedan desear añadir respecto a las personas pertenecientes a sus fuerzas armadas... El prisionero de guerra deberá presentar esta tarjeta de identidad siempre que se le pida, pero en ningún caso podrá privársele de ella.

No podrá ejercerse sobre los prisioneros, tortura física o moral ni ninguna presión para obtener de ellos informes de cualquier clase que sean. Los cautivos que se nieguen a responder no podrán ser amenazados, ni insultados, ni expuestos a molestias o desventajas de cualquier naturaleza.

Los prisioneros de guerra que se encontrasen en la incapacidad, por razón de su estado físico o mental, de dar su identidad, serán confiados al servicio de sanidad. La identidad de estos prisioneros se obtendrá por todos los medios posibles, bajo reserva de las disposiciones del párrafo anterior.

El interrogatorio de los prisioneros de guerra tendrá lugar en lengua que ellos comprendan.

<sup>13</sup> Artículo 33 del *Convenio de Ginebra, III*, cit., p. 97.

Igualmente los prisioneros no podrán ser obligados a realizar trabajos de carácter o de destino militar según lo establece el artículo 50 del mismo Convenio. Aparte de los trabajos relacionados con la administración, el acondicionamiento o el entretenimiento de su campo, los prisioneros de guerra no pueden ser obligados a otros trabajos distintos de los pertenecientes a las categorías que se enumeran enseguida:

- agricultura;
- industrias productoras, extractoras o fabriles, con excepción de las industrias metalúrgicas, mecánicas y químicas, de obras públicas y de edificación de carácter militar o con destino militar;
- transportes y entretenimiento, sin carácter o destino militar;
- actividades comerciales y artísticas;
- servicios domésticos;
- servicios públicos sin carácter o destino militar.

Pero en caso de violación a esas prescripciones, los prisioneros de guerra están autorizados a ejercer el derecho de queja a las autoridades militares en cuyo poder se encuentran a causa del régimen de cautiverio a que se hallan sometidos.<sup>14</sup>

El principio que se aplica en los casos contemplados por los artículos 17 y 50 del Convenio Número III, es el que el prisionero no puede ser utilizado conforme al derecho humanitario que establecen los Convenios de Ginebra en contra de su país.

Los prisioneros de guerra deben ser tratados en todas las circunstancias humanamente. Está prohibido y es considerado como una grave infracción al Convenio que reseñamos, cualquier acto u omisión ilícita por parte de la potencia en cuyo poder se encuentren los prisioneros que pueda acarrear la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder. Especialmente, no puede someterse a ningún prisionero de guerra a mutilaciones físicas o a experiencias médicas o científicas, de cualquier naturaleza, que no estén justificadas por el tratamiento médico del cautivo interesado y que no se ejecuten en bien suyo. Deben igualmente ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra cualquier acto de violencia o intimidación, contra insultos y contra la curiosidad pública. Las medidas de represalias a este respecto están prohibidas.

El fundamental objetivo del Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra es el de garantizar el derecho de éstos en

<sup>14</sup> Artículo 78 del *Convenio de Ginebra, III*, cit., p. 116.

cualquier circunstancia al respecto de su persona y de su dignidad. Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo, gozando en cualquier caso de un trato tan favorable como el concedido a los hombres.

Habida cuenta de las prescripciones del Convenio Número III y de los principios y disposiciones generales comunes al derecho de Ginebra relativa al grado así como al sexo, y bajo reserva de cualquier trato privilegiado que pueda concederse a los prisioneros a causa del estado de su salud, de su edad o de sus aptitudes profesionales, todos los cautivos deben ser tratados de la misma manera por la potencia en cuyo poder se encuentran, sin distingo alguno de carácter desfavorable, de raza, de nacionalidad, de religión, de opiniones políticas, o de cualquier otro criterio análogo.<sup>15</sup>

Los derechos que otorga a los prisioneros de guerra el Convenio Número III no pueden en ningún caso renunciarse parcial o totalmente, es decir, son inalienables. El artículo 7 así lo establece muy claramente.

El Convenio de Ginebra que comentamos es mudo sobre el tema que en la guerra ideológica tiene importancia, es decir, el endoctrinamiento político. ¿Tiene un Estado el derecho de tratar de convertir a los prisioneros a su ideología? Es admisible que el Estado proponga su doctrina poniendo a disposición de los prisioneros libros y folletos, invitándolos a conferencias o discusiones, pero sería una flagrante violación a la libertad de opinión obligar a los prisioneros a someterse a interrogatorios, exigir pruebas de asentimiento y sería una grave violación y abuso privarlos de algunas ventajas a las que tienen derecho en el caso en que no se dejasen convencer.

El Convenio de Ginebra Número IV de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra, contempla el problema de las poblaciones civiles colocadas bajo la autoridad del gobierno de un país enemigo.

Este problema puede subdividirse en dos hipótesis, la de los ciudadanos enemigos que se encuentran en el territorio de un país en guerra ya sea porque tienen en él su residencia o ya sea porque se encuentren de paso y la segunda hipótesis que se refiere a la población civil de un territorio ocupado por el enemigo. Obviamente esta segunda hipótesis es la más difícil de resolver. En cuanto a la primera hipótesis no solamente se trata de ciudadanos enemigos en el territorio de un país en guerra, sino también el de los ciudadanos de países neutrales que deben gozar lógicamente de, al menos, la misma protección que los primeros.

<sup>15</sup> Artículo 16 del *Convenio de Ginebra, III*, cit., p. 88.

El Convenio de Ginebra Número IV de 1949 establece primeramente las reglas comunes para las dos hipótesis mencionadas arriba y después separadamente establece reglas especiales para cada una de ellas.

Independientemente de que el reglamento anexo al Convenio de la Haya Número IV de 18 de octubre de 1907, en su sección IV intitulada “Sobre la autoridad militar en el territorio del Estado enemigo” había ya tratado una parte de los problemas tratados por el Convenio de Ginebra Número IV, este último Convenio es mucho más explícito y tiene mayor alcance.

El artículo 27 del Convenio IV del Convenio de Ginebra es un artículo fundamental. Empieza formulando los derechos de las personas protegidas y termina afirmando el derecho de las Partes en el conflicto de tomar respecto a ellas las medidas de control o seguridad necesarias en virtud de la guerra. Trata de conciliar el respeto de los derechos del hombre y las exigencias de la guerra.

*Artículo 27.* Las personas protegidas tienen derecho, en cualquier circunstancia, al respeto a su persona, a su honor, a sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y a sus costumbres. Deberán ser tratadas, en todo momento, con humanidad y especialmente protegidas contra cualquier acto de violencia o intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública.

Las mujeres serán especialmente amparadas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor.

Junto a este artículo 27 que establece la obligación de respetar a los civiles, encontramos el artículo 32, relacionado con los artículos 33 y 34 que establecen la misma obligación.

Están prohibidos: el homicidio, la tortura, las penas corporales, las mutilaciones y los experimentos médicos o científicos no exigidos por el tratamiento facultativo de una persona protegida, sino también cualquier otra crueldad practicada por agentes civiles o militares. Ninguna persona... puede ser castigada por una infracción que no haya cometido ella misma. Las penas colectivas, así como toda medida de intimidación o terrorismo, quedan prohibidas.<sup>16</sup>

Tanto las represalias como la toma de rehenes están prohibidas por este Convenio en su artículo 33, párrafos 3 y 34.

En el párrafo 4 del artículo 27 una vez establecidos los principios protectores de los derechos del hombre, el Convenio trata de con-

<sup>16</sup> Artículos 32 y 33 del *Convenio de Ginebra*, IV, cit., p. 174.

ciliarlos "con las medidas de control o de seguridad que resulten necesarias a causa de la guerra".

#### EXTRANJEROS EN EL TERRITORIO DE UNA PARTE CONTENDIENTE

Toda persona protegida que deseare salir del territorio al comienzo o en el curso de un conflicto, tendrá derecho a hacerlo, a menos que su marcha no redunde en daño de los intereses nacionales del Estado. La decisión sobre su salida se tomará según procedimiento regular, debiendo resolverse con la máxima premura. Una vez autorizada a salir del territorio, podrá disponer del dinero necesario para el viaje y llevar consigo un volumen razonable de efectos y objetos de uso personal.

Las personas a quienes se niegue el permiso para dejar el territorio tendrán derecho a obtener que un tribunal o un consejo administrativo competente, a tal efecto creado por la Potencia en cuyo poder se encuentren, considere de nuevo la negativa en el plazo más breve posible.<sup>17</sup>

Las razones válidas que negarían al extranjero el derecho de abandonar el territorio de una Parte en Conflicto pueden ser que el demandante se encuentre en edad militar, que en razón de su competencia represente un valor para la parte adversa, que detente informaciones concernientes a la defensa nacional o que su partida represente un perjuicio para la economía nacional. Ese enunciado de que "su partida no sea contraria a los intereses nacionales del Estado", es un principio que debe entenderse de manera restrictiva, de otra manera el Estado podría oponerse a la partida de la mayoría de los ciudadanos enemigos que ejercen una profesión útil.

El internamiento o la residencia forzosa de personas protegidas no podrán ordenarse más que si la seguridad de la Potencia en cuyo poder se encuentran las dichas personas lo hace absolutamente indispensable.

Si una persona pidiere, por intermedio de los representantes de la Potencia protectora, su internamiento voluntario y si su propia situación lo hiciere necesario, lo hará la Potencia en cuyo poder se encuentre.<sup>18</sup>

Como en el caso de la negativa de repatriación que acabamos de ver, el interesado tendrá también el derecho de dirigirse a un tribunal o a un consejo administrativo para que considere de nuevo la decisión tomada a ese respecto. Si la decisión se mantiene, tal órgano deberá proceder periódicamente a un nuevo examen del asunto.

<sup>17</sup> Artículo 35, párrafos 1 y 2 del *Convenio de Ginebra*, IV, cit., pp. 174-175.

<sup>18</sup> Artículo 42 del *Convenio de Ginebra*, IV, cit., p. 177.

### TERRITORIOS OCUPADOS

En la sección tercera del IV Convenio de Ginebra que nos ocupa se establecen la serie de obligaciones especiales del ocupante. En virtud de los preceptos de este Convenio la Potencia ocupante no podrá obligar a las personas a servir en sus fuerzas armadas. No puede obligarlas a desarrollar ciertos trabajos y las requisiciones de mano de obra no podrán nunca llegar a una movilización de trabajadores colocados bajo un régimen militar o semimilitar. Debe mantener los servicios médicos y hospitalarios y mantener igualmente la legislación penal de los territorios ocupados. Debe garantizar el aprovisionamiento de la población en víveres y en productos médicos, el funcionamiento de los establecimientos de educación y permitir a los ministros del culto ejercer su ministerio, etcetera.<sup>19</sup>

*Artículo 51.* La Potencia ocupante no podrá forzar a las personas protegidas a servir en sus contingentes armados o auxiliares. Queda prohibida toda presión o propaganda encaminada a conseguir alistamientos voluntarios.

Tampoco podrá obligar a trabajar a las personas protegidas a menos que cuenten más de dieciocho años de edad; sólo podrá tratarse, en todo caso, de trabajos necesarios para las necesidades del ejército de ocupación o de servicios de interés público, de la alimentación, del alojamiento, del vestuario, de los transportes o de la sanidad de la población del país ocupado. No podrá obligarse a las personas protegidas a ningún trabajo que las lleve a tomar parte en las operaciones militares. La Potencia ocupante no podrá obligar a las personas protegidas a garantizar por la fuerza la seguridad de las instalaciones donde se hallen desempeñando un trabajo impuesto.

El trabajo sólo se hará en el interior del territorio ocupado donde se encuentren las personas de que se trata. Cada persona requisita seguirá residiendo, en la medida de lo posible, en el lugar de su habitual trabajo. Éste habrá de ser equitativamente remunerado y proporcionado a las capacidades físicas e intelectuales de los trabajadores.

La Potencia ocupante debe perturbar lo menos posible el orden jurídico y administrativo y los hábitos de la población, no debe explotarla y debe garantizar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Todo esto en cuanto a las obligaciones del país ocupante frente a las poblaciones de los territorios ocupados.

<sup>19</sup> De la sección tercera del *Convenio de Ginebra*, IV, cfr. los artículos 50, 51, 55, 56, 58, 64, cit., pp. 180-185.

Ahora bien, ¿de qué manera puede la potencia ocupante precaverse contra las actividades hostiles de las poblaciones de los territorios ocupados? Esto nos lleva a la consideración del problema planteado por la guerra de los partidarios.

Dentro de la concepción tradicional, la guerra era una lucha entre las fuerzas armadas regulares de los Estados, en las que las poblaciones civiles no tenían ninguna participación y por lo tanto eran inmunes.

En las guerras del siglo XIX, cuando excepcionalmente los civiles participaron en la lucha, tal como sucedió en España y en Rusia en la época de las guerras napoleónicas, la reacción de los ejércitos fue brutal y la guerra tomó un carácter feroz.

En los países ocupados por el enemigo, en el curso de la Segunda Guerra Mundial, ciertos elementos de la población, los *partidarios* y los *resistentes* tomaron parte en cierta medida en la guerra. Su modo de operación fue variado. O bien formaron bandas que acampaban en los bosques y en los lugares de acceso difícil o bien se organizaron en asociaciones clandestinas compuestas de personas que no portaban ni uniforme, ni signo distintivo y continuaron dedicándose a sus ocupaciones habituales. La actividad de los unos como de los otros consistía en transmitir informes, en atacar a las fuerzas del ocupante, militares aislados en los lugares públicos, destacamentos en misión, en deteriorar las vías de comunicación, en destruir el material de guerra y los aprovisionamientos del ocupante o en prepararse a cometer esas acciones el día en que las fuerzas regulares nacionales o aliadas se lanzaran a la batalla en la zona ocupada.

La guerra puede continuar operando entre los Estados a los cuales se ligan o en los que se encuentran ocupantes y ocupados como sucedía en el caso de los partidarios rusos cuando atacaban en el corazón del propio territorio ruso las líneas de comunicación de los alemanes.

Por el contrario las hostilidades pueden haber terminado de una manera general como consecuencia de un armisticio, como en Francia en el curso de la Segunda Guerra Mundial, o en una cierta área geográfica, como el caso de Bélgica después de la capitulación militar.

La guerra de partidarios entra en la lógica de la guerra moderna que es una lucha no solamente entre Estados representados por sus ejércitos, sino entre naciones y que además puede ser una lucha entre dos partidos. En los territorios no ocupados la población civil participa de manera activa en la guerra alimentándola por su trabajo y de manera pasiva siendo sometida a los bombardeos masivos.

La guerra de partidarios restablece por otra parte un cierto equilibrio entre los países ricos y desarrollados y los países pobres y subdesarrollados

que no poseen los medios de producir o adquirir armamento moderno de gran potencia. La guerra de partidarios tiene otra característica, favorecer a los pueblos invadidos y desfavorecer a los invasores.

El ejército de ocupación es a la vez débil y fuerte frente a una población que sin llegar a revelarse abiertamente, se dedica en contra de la primera a actividades hostiles. Es débil porque se enfrenta a un individuo invisible y más o menos inalcanzable que obra a hurtadillas gozando de la complicidad general de la población. Si el ocupante debe limitarse a castigar a los ocupantes que ha sorprendido en flagrante delito o cuya culpabilidad, que en esta materia no puede unirse a la idea de indignidad, ha sido probada ante un tribunal por medio de testimonios o de indicios concluyentes, estará destinado a recibir golpes sin poder devolverlos en la mayoría de los casos. Pero la posición del ejército de ocupación puede convertirse en fuerte si este ejército no duda en castigar a toda la población civil sin hacer distingos entre culpables e inocentes es decir aquellos que participan en la lucha y aquellos que no participan en ella. En vista del poderío de los medios materiales de que dispone, su acción se convierte en irresistible. La inmunidad de que gozaba tradicionalmente la población civil de un territorio ocupado provenía del hecho de su abstención en la participación en la guerra. Como el ocupante no tenía nada que temer, la población no esperaba ser tratada como enemiga. Si actualmente, en función de la normalidad de la guerra de partidarios y de resistentes en los conflictos modernos, la población se abstuviese de participar en la lucha, ya no podría pretender gozar de la misma inmunidad.

Es necesario hacer todo lo posible para salvaguardar los derechos de las poblaciones de los territorios ocupados, pero es necesario igualmente permitir a la potencia ocupante precaverse eficazmente de las actividades dirigidas en contra de ella, otro criterio en la reglamentación internacional del derecho humanitario no tendría practicidad alguna.

¿Cuál ha sido el criterio adoptado por los Convenios de Ginebra de 1949 respecto a este problema? Según estos Convenios ciertos partidarios deben ser tratados como combatientes. En cuanto a los demás pueden ser condenados a una pena por un tribunal. Pero la Potencia ocupante debe tomar medidas que no sean penales para garantizar su seguridad.

Nos referimos a aquellos partidarios que según este derecho humanitario, en caso de captura deben ser tratados como prisioneros de guerra. Éstos serán los que llenan las condiciones previstas por el artículo 4, párrafo 2 del Convenio de Ginebra número III de 1949, artículo que

es un desarrollo del artículo 1º del Reglamento anexo a la Convención Número IV de La Haya, de 18 de octubre de 1907.

*Artículo 4.* a. Son prisioneros de guerra de acuerdo con el presente Convenio, las personas que perteneciendo a una de las categorías siguientes, han caído en poder del enemigo:

...

2. Los miembros de otras milicias y los miembros de otros cuerpos de voluntarios, incluso los de los movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una Parte contendiente y que actúen fuera o dentro de su propio territorio, aunque este territorio se halle ocupado, siempre que esas milicias o cuerpos de voluntarios, incluso los movimientos de resistencia organizados, llenen las condiciones siguientes:

- tener a la cabeza una persona responsable por sus subordinados;
- tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia;
- portar abiertamente las armas;
- conformarse, en sus operaciones, a las leyes y costumbres de la guerra.

Esas cuatro condiciones son bastante difíciles de llenar. Sólo sucede así en el caso de grupos con una organización completa, constituyendo verdaderas formaciones militares que se desplazan en la campaña. Se puede encontrar este tipo de formaciones en regiones boscosas o accidentadas. Y operan sobre grandes espacios ocupándose principalmente de cortar las líneas de comunicación del enemigo.

Las organizaciones de resistencia pueden tomar también un carácter bastante diferente. Constituir esencialmente organizaciones clandestinas en el sentido que sus miembros mezclados al resto de la población, continúan dedicándose a sus ocupaciones pacíficas, sin llevar ninguna insignia que los delataría inmediatamente, se dedican a actividades diversas como la obtención de informes de carácter militar, ayuda a los prisioneros evadidos, asilo prestado a los aviadores obligados a un aterrizaje forzoso, sabotajes de las fabricaciones de guerra, constitución de reservas de armas para practicar en su momento operaciones de guerrillas, etcétera.

¿Cuál es la suerte de los partidarios que no llenan las condiciones previstas por el artículo antes mencionado? Dichas personas se consideran como culpables de haber contravenido las leyes de la guerra y son por tanto objeto de sanción. Pero ¿qué condiciones deben reunir, según el convenio de Ginebra Número IV, para que la represión ejercida por el ocupante sea regular?

El artículo 66 del Convenio de Ginebra Número IV exige la intervención de tribunales militares, no políticos y regularmente constituidos.

Además, según reza el artículo 71, se establece que la condena pronunciada para estos casos debe haber sido precedida de un proceso regular.

Las exigencias que se deben satisfacer también las regula el Convenio en ese mismo artículo al expresar que todo acusado perseguido judicialmente por la Potencia ocupante será informado sin retraso, por escrito y en una lengua que comprenda, de los detalles de la acusación en su contra debiendo ser instruida su causa lo más rápidamente posible.

Igualmente el acusado tendrá el derecho de hacer valer los medios de prueba necesarios a su defensa y podrá hacer citar testigos.

Tendrá el derecho de ser asistido por un defensor calificado escogido por él quien podrá visitarlo libremente y recibir las facilidades necesarias para preparar su defensa. Tiene igualmente derecho a la asistencia de un intérprete.

Todo sentenciado tendrá el derecho de utilizar las vías de recurso prescritas en la legislación aplicada por el tribunal en contra de la sentencia condenatoria.

La potencia protectora debe ser informada de cada proceso intentado iniciado por la Potencia ocupante en contra de las personas protegidas, y los representantes de la Potencia protectora tienen el derecho de asistir a las audiencias. Todos estos detalles del proceso regular están determinados por los artículos 71 al 74 del Convenio Número IV.

Es harto conocido que en el curso de la investigación policiaca y antes de que el juez intervenga es cuando las personas detenidas están expuestas en mayor medida a malos tratos, sevicias y torturas. Los artículos 27 31 y 32 ya comentados del Convenio Número IV condenan esas prácticas.

*Artículo 71.* Los tribunales competentes de la Potencia ocupante no podrán dictar condena alguna a la que no haya precedido proceso regular.

A todo acusado enjuiciado por la Potencia ocupante, se le informará sin retraso por la dicha Potencia, de cuantos temas de acusación se hayan formulado contra él, en lengua que pueda comprender, y la causa será instruida con la mayor rapidez posible. A la Potencia protectora, se le informará de cada motivo de enjuiciamiento formulado por la Potencia ocupante contra personas protegidas cuando dichos motivos puedan acarrear sentencia de muerte o pena de encarcelamiento por dos años a lo más; podrá dicha Potencia, en cualquier instante, informarse del estado del procedimiento. Además, la Potencia protectora tendrá derecho a conseguir, a petición suya, toda clase de información respecto al procedimiento de que se trata y a cualquier otra causa incoada por la Potencia ocupante contra personas protegidas.

La notificación a la Potencia protectora, tal y como está prevista en el inciso segundo del presente artículo, deberá efectuarse inmediatamente, y llegar en todo caso a la Potencia protectora tres semanas antes de la fecha de la primera audiencia. Si a la inauguración de los debates no se aportase la prueba de haber sido integralmente respetadas las prescripciones del presente artículo, la audiencia no podrá tener lugar. La notificación deberá comprender en particular los elementos siguientes:

- a)* identificación del acusado;
- b)* lugar de su residencia y de la detención;
- c)* especificación de los temas de la acusación (con mención expresa de las disposiciones penales en que esté basada);
- d)* indicación del tribunal a quien corresponda juzgar el asunto;
- e)* lugar y fecha de la primera audiencia.

La retroactividad de la ley penal está prohibida en este Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra y especialmente en el caso que nos ocupa contra aquéllas que contravinieron las leyes de la guerra. Según este principio no se podrán pronunciar condenas sino para aquellas infracciones a las disposiciones legales anteriormente promulgadas. Los efectos de las mismas no pueden tener efecto retroactivo.

El principio de la no retroactividad lo establecen los artículos 65 y 66 del Convenio Número IV de Ginebra y está acompañado del "principio de la proporcionalidad de las penas" debiendo tomar en cuenta los tribunales el hecho de que el acusado no es un ciudadano de la potencia ocupante.

*Artículo 67.* Los tribunales no podrán aplicar sino aquellas disposiciones legales anteriores a la infracción y de acuerdo con los principios generales del derecho, especialmente en lo que se refiere al principio de la proporcionalidad de las penas. Deberán tomar en consideración el hecho de que el acusado no es un ciudadano de la Potencia ocupante.

En virtud de ese principio citado de la proporcionalidad de las penas, este Convenio distingue en su artículo 68 dos categorías de infracciones con dos categorías diferentes de penas.

En primer término, "aquella infracción que no afecta o atenta a la vida o a la integridad corporal de los miembros de las fuerzas o de la administración de ocupación, que no crea un peligro colectivo serio y que no afecta de manera grave a los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación o a las instalaciones utilizadas por ellas". El culpable

de esta infracción puede ser objeto de internamiento o de simple prisión, con una duración proporcionada a la infracción cometida.

En segundo lugar, "los actos de espionaje, actos graves de sabotaje de las instalaciones militares de la Potencia ocupante o las infracciones intencionales que hayan causado la muerte de una o varias personas" son el tipo de infracciones mayores que contempla el artículo 68 y a las que se le da la pena de muerte como castigo.

La condición para la imposición de la pena de muerte que acompaña la redacción de este artículo es la de que esta penalidad haya estado prevista y en vigor por la legislación del país ocupado y que para tales casos estuviese considerada. En ningún caso la pena de muerte puede ser pronunciada en contra de una persona menor de 18 años en el momento de la infracción.

*Artículo 75.* En ningún caso, las personas sentenciadas a muerte podrán ser privadas del derecho del recurso de gracia.

Ninguna condena de muerte será llevada a cabo antes de la expiración de un plazo de seis meses cuando menos... salvo que sea necesario por circunstancias graves y críticas que la seguridad de la Potencia ocupante o de sus fuerzas armadas exponga a una amenaza organizada.

Todos estos delicados problemas de las exigencias del procedimiento penal hay que tomarlos en cuenta en función de la situación excepcional en que se aplican, es decir, en tiempo de guerra hasta qué punto se pueden conciliar el respeto a los derechos humanos y las condiciones mismas que impone la guerra.

El Convenio de Ginebra Número IV garantiza según hemos visto una protección bastante estricta de las personas sospechosas o acusadas y las exigencias de procedimiento penal en ella se pueden considerar equivalentes a las garantías de los países occidentales en esta materia. Pero no se puede pedir demasiado porque más que un Código modelo de procedimientos, el Convenio de Ginebra pretende, por una parte, permitir al beligerante que ocupa un territorio garantizar su protección y, por la otra, impedirle que exasperado por las violaciones del derecho de la guerra cometidas en su contra por la población civil recurra a esos procedimientos bárbaros pero eficaces que son las ejecuciones sumarias, las torturas, la toma de rehenes, los castigos colectivos, etcétera.

Conforme a estas observaciones, creemos que un precepto un tanto criticable y poco realista es el contenido al final del párrafo segundo del artículo 68 que establece que la condición para aplicar la pena de muerte a las infracciones mayores que fija es la de que dicha pena

de muerte haya sido prevista para tales casos por la legislación del territorio ocupado antes de la ocupación. En primer lugar, la pena de muerte en sí no es contraria al respeto de los derechos humanos según lo establece la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En segundo lugar, es la potencia ocupante la que en un territorio ocupado dicta las leyes necesarias para garantizar su seguridad. ¿Será por ello que los Estados Unidos y la Gran Bretaña hicieron una reserva, entre otros Estados, respecto al segundo párrafo del artículo 68?

*Artículo 68.* . . . Las disposiciones de carácter penal promulgadas por la Potencia ocupante en armonía con los artículos 64 y 65 no pueden prever la pena de muerte en cuanto a las personas protegidas, salvo en los casos en que éstas resultaren culpables de espionaje, actos graves de atentados contra las instalaciones militares de la Potencia ocupante, o infracciones con malicia que causaren la muerte de una o varias personas, y a condición de que la legislación del territorio ocupado, vigente antes de la ocupación, aplique la pena capital en casos tales.

En el caso de infracciones cometidas contra una potencia ocupante la represión penal tiene siempre necesariamente poca eficacia. Fuera del caso poco frecuente en que el autor del acto hostil haya sido sorprendido en flagrante delito y detenido inmediatamente, es muy difícil descubrir y detener al presunto culpable y, sobre todo, probar su culpabilidad. Las informaciones y los testimonios de cargo faltarán. Los compatriotas del culpable, salvo un pequeño grupo actuando por móviles inconfesables, no lo denunciarán ni testimoniarán en su contra. Las pruebas del delito, documentos, depósitos de armas y material permanecerán desconocidos. Solamente las pesquisas con conocimiento de causa permitirían descubrirlas, pero un ocupante en país extranjero no sabe donde llevarlas a cabo. Ante una red de simpatizantes patriotas que protege y esconde al culpable, el ocupante está aislado en un mundo de enemigos.

Frente a la prohibición de las penas colectivas, de la toma de rehenes, de las represalias y la poca eficacia de la represión penal que comentamos en el párrafo anterior existen "las medidas de control o de seguridad que resulten necesarias a causa de la guerra"<sup>20</sup> y que son la respuesta lógica al derecho del país ocupante a no renunciar a su seguridad. El país ocupante va a tomar medidas de policía de carácter preventivo tendientes no a castigar a los culpables sino a impedir la comisión de actos

<sup>20</sup> Artículo 27, párrafo 4 del *Convenio de Ginebra*, IV, cit., p. 173.

hostiles. Se pueden catalogar en tres categorías las medidas de precaución y de seguridad que puede tomar la Potencia ocupante.

En primer lugar, la reglamentación referente a la circulación. Prohibición de circular a ciertas horas. Reglamentación del toque de queda. Autorizaciones especiales para ciertos desplazamientos y para el uso de los medios de locomoción. Prohibición de estacionarse, individuos y vehículos, en ciertos sitios. Prohibición de las aglomeraciones.

En segundo lugar, los trasladados de la población. Esta medida está contemplada por el artículo 49 del Convenio de Ginebra Número IV que puede desglosarse en dos partes. La primera parte expresando tajantemente la prohibición de los trasladados forzados, en masa o individualmente, de la población.

*Artículo 49.* Los trasladados forzados, en masa o individuales, así como las deportaciones... fuera del territorio ocupado, dentro del territorio de la Potencia ocupante o dentro de cualquier otro Estado, ocupado o no, están prohibidos, cualesquiera que sean los motivos.

Pero inmediatamente después en el párrafo 2 del mismo artículo se establecen las excepciones a la prohibición general anterior, expresándose:

Sin embargo, la Potencia ocupante podrá proceder a la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si la seguridad de la población o imperiosas razones militares así lo exigen. Las evacuaciones no podrán implicar el desplazamiento... más que al interior del territorio ocupado, salvo en caso de imposibilidad material. La población así evacuada será devuelta a sus hogares tan pronto como las hostilidades en ese sector hayan terminado.

El tercer tipo de medidas precautorias y de seguridad lo componen el internamiento o la residencia forzosa. La residencia forzosa en una localidad o en una cierta circunscripción territorial es una medida relativamente leve; por el contrario, el internamiento es una medida muy estricta.

Enfrentada a una población hostil cuyos elementos participan directa o indirectamente en actividades partidarias, la Potencia ocupante no tiene en ciertos casos, otro medio más eficaz que el de colocar en campamentos a aquellos de los que tiene buenas razones para temer.

En general, las personas objeto de medidas de internamiento son aquellas acusadas de haber cometido infracciones pero que por falta de pruebas fueron objeto de sobreseimiento o absolución, o bien aquellas personas que sin ser sospechosas de haber cometido una infracción determinada,

por el hecho de sus opiniones, su situación o su disposición combativa, aparecen como más susceptibles que otros de haber participado en o investigado actividades hostiles.

Es de sobra conocida la oposición que los juristas han presentado a esta medida administrativa del internamiento, en razón de la discrecionalidad dejada a la autoridad para la fijación de los criterios para su empleo. A la luz de los requisitos formales y de las garantías que ofrece el procedimiento judicial, el control de la legalidad en este medio concreto de la jurisdicción administrativa deja mucho que desear.

El motivo del internamiento, también es cierto, no es un hecho preciso susceptible de ser probado que se reprocha al internado. La razón del internamiento es que la Potencia ocupante juzga que el internado hace correr un riesgo a su seguridad y esta razón en tiempos de guerra y de acciones hostiles por parte de la población civil es bastante.

El internamiento no es una pena infligida a un culpable, es una medida tomada para poner al margen de la posibilidad de perjudicar al adversario eventual. El campamento de internamiento es para los civiles lo que el campamento de prisioneros es para los combatientes.

El Convenio de Ginebra Número IV no prohíbe el internamiento de civiles, sino que lo permite en virtud del artículo 78, fijando las condiciones o más bien las formas a las que se deben sujetar las medidas de internamiento y más adelante en la sección IV del mismo Convenio se fijan “las reglas relativas al tratamiento de los internados”.

*Artículo 78.* Si la Potencia ocupante estima necesario, *por imperiosas razones de seguridad*, tomar medidas de seguridad respecto a las personas protegidas, podrá cuando mucho imponerles una residencia forzosa o proceder a su internamiento.

Las decisiones relativas a la residencia forzosa o al internamiento serán tomadas según un procedimiento regular que deberá ser fijado por la Potencia ocupante, conforme a las disposiciones del presente Convenio ...

Las reglas que se refieren a la alimentación, vestuario, higiene y cuidados médicos, a la práctica de la religión, a las actividades intelectuales y físicas, a las relaciones de los internados con el exterior, a las sanciones penales y disciplinarias, son objeto de regulación por los artículos 79 al 135 y presentan muchas analogías con las reglas concernientes al trato de los prisioneros de guerra fijados por el Convenio de Ginebra Número III.

Los interesados pueden ejercer en contra de la decisión de internamiento un derecho de apelación. La decisión sobre la apelación inter-

puesta deberá tomarse en el más breve plazo posible. Y si las decisiones de internamiento no son modificadas, deben ser objeto de una revisión periódica por un organismo competente constituido por la Potencia ocupante.

El reproche más importante que se puede hacer a los internamientos es de privar de su libertad a individuos que no han sido reconocidos culpables de cometer una infracción. Pero ya habíamos mencionado que lo propio de una guerra es castigar a los inocentes. Y tenemos que recordar aquí que un derecho de la guerra no puede ir por definición en contra de las exigencias de la misma.

#### LA HIPÓTESIS DE LA GUERRA CIVIL

Tradicionalmente la guerra civil no estaba sometida al derecho internacional, pero a partir de la entrada en vigor de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, cuyo artículo 3º común a los cuatro Convenios prevé específicamente el "caso del conflicto armado sin carácter internacional", lo que es propiamente el caso de la guerra civil.

La guerra específicamente civil escapaba hasta entonces al derecho internacional en vista de que el derecho internacional tradicional regulaba exclusivamente las relaciones entre Estados. Las relaciones del Estado con sus ciudadanos entraban dentro del dominio reservado a la soberanía del Estado. La tendencia del derecho internacional contemporáneo marcó un punto de partida nuevo, quiso salir de sus límites tradicionales. Ni la carta de las Naciones Unidas, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni mucho menos los Pactos Internacionales de Derechos Humanos recientes podrían haberse asomado al régimen de los derechos del hombre sin haber rescatado esta materia como objeto de interés de la comunidad internacional, independientemente de criterios nacionales.

La guerra civil reglamentada por los Convenios de Ginebra de 1949, que son derecho internacional, no hacen sino tratar de garantizar la protección de los derechos del hombre en un caso en que están particularmente amenazados y a pesar de tratarse de un asunto que concierne directamente a un solo Estado. La dificultad que se presentó en las discusiones de la Conferencia de Ginebra convocada para este efecto era el enfrentamiento entre dos criterios antagónicos: el de aquellos gobiernos que pensaban que se debía considerar a los insurgentes como simples criminales y la de los que pensaban otorgar reconocimiento

de la calidad de beligerante a esos mismos insurgentes. ¿Un Convenio regulando el derecho de la guerra civil podría obligar a los insurgentes que no habían sido parte en él? <sup>21</sup>

El hecho de que no estuviese regulado por el derecho internacional el caso de la guerra civil no quiere decir que los gobiernos, aunque sin estar obligados, no hayan aplicado para el mismo algunas reglas del derecho de la guerra entre Estados. Cuando la guerra civil se encuentra asociada a una guerra internacional se dificulta la aplicación del derecho de la guerra en la lucha que opone al gobierno regular y a los insurgentes.

En una guerra civil el conflicto es una disputa de clanes, disputa de familia, los insurgentes no poseen intereses particularmente diferentes a los que defienden o pretende defender el gobierno regular. Independientemente del resultado de la guerra civil, la situación del Estado no cambia desde el punto de vista internacional, el territorio nacional no ha de ser mutilado, ni el pueblo sometido a una dominación extranjera. Otra cosa es el que, como en el caso de la guerra civil española, los diferentes bandos en pugna tengan el apoyo de potencias extranjeras que intervienen para apoyar por solidaridad o por interés, una de las opciones que se sostienen en la pugna. La enajenación de la soberanía de un Estado como fruto de una guerra civil es, podemos afirmarlo, un caso límite.

En el caso de una guerra civil asociada a una guerra internacional hay un elemento extraño que puede jugar un papel preponderante para decidir la suerte de la guerra, dicho elemento extraño puede seguir teniendo influencia después de la guerra y llegar hasta determinar la política nacional del país. En una verdadera guerra civil internacional es donde se hace sentir mayor la necesidad de regular sus incidentes por medio de las leyes de la guerra. Un bando estará de parte del gobierno, el otro estará en rebeldía en contra del gobierno. Pero ¿cómo hacer observar el derecho de la guerra respecto a aquellos que el gobierno y la opinión consideran como traidores en el verdadero sentido de la palabra?

La caracterización dentro del derecho de los Convenios de Ginebra de la guerra civil está expresada por el artículo 3, que es similar en los cuatro Convenios de 12 de agosto de 1949. Se ha llegado a decir de ese artículo 3 de los Convenios de Ginebra que constituye por sí

<sup>21</sup> Cfr. Luis Orcasitas Llorente, *La Conferencia de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de las víctimas de la guerra*, en "Revista Española de Derecho Internacional", vol. II, núm. 2, Madrid, 1949, pp. 613 y ss.

solo un convenio en miniatura. Este convenio en miniatura sobre la guerra civil está constituido por un solo artículo, en tanto que los cuatro convenios contienen centenares de preceptos. Claro que este artículo 3 es un artículo bastante amplio.

¿Cuál es el carácter, el alcance de ese precepto y los principios que lo informan? Procedamos primeramente a su transcripción.

*Artículo 3.* En caso de conflicto armado que no presente un carácter internacional y que haya surgido en el territorio de una de las Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes estará obligada a aplicar por lo menos las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluyendo a los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, detención, o cualquier otra causa, serán tratadas, en todas las circunstancias, con humanidad, sin ninguna distinción de carácter desfavorable fundada en la raza, en el color, en la religión o en las creencias, en el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

Para este efecto están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y en cualquier lugar, respecto a las personas antes mencionadas:

a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratamientos crueles, torturas y suplicios;

b) La toma de rehenes;

c) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) Las condenas pronunciadas y las ejecuciones efectuadas sin un juicio previo por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y enfermos serán recogidos y atendidos.

Cualquier organismo humanitario imparcial, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, por poner en vigor mediante acuerdos especiales, algunas o todas las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones que preceden no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes.

Sólo en cierta medida este artículo 3 de los Convenios de Ginebra o convenio en miniatura, representa la esencia de los Convenios en los que está insertado, consagrando sus principios y dejando de lado las modalidades de aplicación.

Entre los principios comunes a los cuatro Convenios de Ginebra y al “convenio en miniatura” sobre la guerra civil, del artículo 3 podemos extraer lo siguiente. El artículo 3 prohíbe las masacres, las torturas, los malos tratos, los atentados a la dignidad del hombre cometidos respecto a las personas que no han participado en las hostilidades o que habiendo participado en ellas depusieron las armas o están fuera de combate por medio de la captura, las heridas o la enfermedad. Prohíbe igualmente que un individuo sea castigado en función de un hecho cometido por alguien distinto a él, es decir, la toma de rehenes.

Aunque se puede infligir un castigo que puede ser hasta la pena capital a las personas pertenecientes a la categoría de combatientes y de no combatientes, sólo puede ser después de un *juicio previo* llevado por un tribunal regularmente constituido, con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Todo esto es de un gran valor puesto que es conocido que las guerras civiles son particularmente crueles. Afrontan adversarios apasionados que a menudo se conocen porque habitan la misma ciudad o el mismo pueblo y para los cuales las diferencias de opinión han engendrado odios personales. Es frecuente, en tales casos, que sean asesinados o maltratados los adversarios acusándolos de hechos que no han cometido o simplemente sin acusación por sus opiniones políticas.

Sin embargo, no es posible que este “convenio en miniatura” sea de alcances muy amplios puesto que hay ciertos principios adoptados por los cuatro Convenios y que no están considerados por la hipótesis del artículo 3º.

El Convenio III relativo al trato de los prisioneros de guerra garantiza la vida y la dignidad de los combatientes capturados que no son, de ninguna manera, considerados como culpables y a quienes los beligerantes tienen la obligación de tratar bien aun privándoles de su libertad, hasta el fin de la guerra.

El Convenio Número IV relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, otorga a los civiles habiendo cometido una infracción numerosas garantías como la proporcionalidad de la pena, la ejecución de las sentencias de muerte seis meses después del juicio, etcétera. Principios todos estos que no están previstos en el artículo 3º.

El artículo 3º permite con tal que haya un juicio previo, tratar a los combatientes hechos prisioneros, como criminales con una inexorable severidad y muestra el mismo rigor frente a civiles que hubiesen ayudado a los combatientes.

La Conferencia diplomática de Ginebra no pudo hacer más puesto que, como lo dijimos en un principio, ciertos gobiernos no estaban dispuestos a comprometerse por un convenio a tratar como combatientes a rebeldes que consideran como criminales. Otros gobiernos decididamente no lo admitirían en ningún caso y otros, por el contrario, se encontraban embarazados de pensar en la hipótesis que podría realizarse en las guerras futuras en donde una parte de la población que tomase partido por un país enemigo hacia aparecer a los rebeldes como traidores. Es por ello que existe actualmente todo un movimiento, dicho sea de paso, emprendido por organizaciones no gubernamentales muy activas en el problema de los derechos humanos, como la Comisión Internacional de Juristas, que no solamente quieren esperar que en las guerras civiles futuras las partes otorguen a los combatientes organizados, un trato menos riguroso que el que el artículo 3º de los Convenios de Ginebra deja la facultad de infligir, sino desean y promueven la elaboración de todo un nuevo Convenio que regule detalladamente, dentro de la misma línea que lo hicieron para los demás casos los Convenios de Ginebra de 1949, el caso de la guerra civil,<sup>22</sup> completando y perfeccionando lo que es en sí una aportación extraordinaria del derecho internacional a la protección de los derechos humanos, el derecho de los Convenios de Ginebra conocido universalmente como el derecho humanitario.

Lo más curioso de esta situación es que en las guerras civiles del pasado en donde no estaba tan elaborado el derecho humanitario, los gobiernos no trataban en general a los combatientes adversos como criminales. A menudo solamente los jefes políticos y los militares supremos eran considerados como criminales y el conjunto de combatientes era tratado como combatientes no como culpables. Es decir, que las partes en lucha aplicaban en sus relaciones el derecho de la guerra internacional.

Es en el caso de la guerra civil, sin embargo, en donde la distinción entre los combatientes y los no combatientes es menos clara y en la cual la mayoría de la población toma una parte más generalizada en la guerra, participación llena de pasión y a veces de ferocidad.

Entre otras muchas hipótesis que plantea el derecho que emana de los Convenios de Ginebra de 1949, nos hemos dedicado con mayor atención a considerar el caso de los civiles colocados bajo la dominación

<sup>22</sup> Cfr. Comisión Internacional de Juristas, *Los derechos humanos, las leyes de la guerra y los conflictos armados*, en "Boletín de la CIJ", núm. 35, Ginebra, septiembre, 1968, pp. 10 y ss.

de un gobierno enemigo y el caso de las poblaciones mezcladas a la guerra civil. Es aquí donde aún pueden plantearse problemas, por el conflicto entre las exigencias de la guerra y el respeto de los derechos humanos. Porque, ¿qué decir del problema del empleo de las armas ciegas de destrucción masiva que alcanzan indiscriminadamente a combatientes y a no combatientes? Siendo la guerra el empleo generalizado de la violencia entre grupos organizados, la práctica normal de la guerra, se presenta como lo dijimos en un principio, como la negación sistemática o casi de los derechos del hombre.

Más que perfeccionar los instrumentos jurídicos internacionales que obligan relativamente a los Estados a mantener unas ciertas normas en la conducción de la guerra, los defensores de la dignidad y de los derechos del hombre tendrían que imaginar un medio, desgraciadamente casi utópico, para poner fin no a las guerras en sí, sino a sus numerosas causas.