

# LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN CASO DE GUERRA

por el Dr. Sigeki MIYAZAKI

Profesor titular de Derecho Internacional  
de la Universidad Meiji, de Tokio

y el Dr. Hans WIEBRINGHAUS

Miembro del Secretariado General  
del Consejo de Europa

## I

### INTRODUCCION

#### ASPECTOS GENERALES

Si se examina el conjunto de las normas jurídicas del derecho de la guerra y se incluye en este examen su desenvolvimiento, es decir, la evolución del "Derecho Internacional en tiempo de Guerra", hasta la terminación de la segunda guerra mundial, se puede constatar que este *jus in bello* contenía ya las más importantes reglas destinadas a la protección de los derechos fundamentales del hombre dentro de este campo. Sin embargo, esta situación no es exactamente la del llamado derecho internacional público clásico. Bajo este derecho, y en especial al iniciarse la evolución histórica en la materia, todo Estado tenía, sin restricción alguna, el derecho absoluto de abandonar, en sus relaciones con los otros Estados, el estado de paz y situarse en estado de guerra. Pudiera parecer posible formular algunas objeciones frente a estas afirmaciones, y sobre este punto se fija la atención especialmente en la noción del *bellum justum*. Pero en especial en lo referente a la distinción entre el *bellum justum* y el *bellum injustum*, parece que

nos encontramos ante una materia perteneciente más bien al ámbito de la moral que al del derecho estricto. Desde sus orígenes, la noción misma de la guerra queda fundada esencialmente sobre el hecho de que las dos partes, al poseer el derecho a desencadenar un conflicto armado, se hallan colocadas en pie de perfecta igualdad de derecho. No existía, por tanto, derecho de la guerra que no estuviese basado sobre el principio fundamental de la igualdad en derecho de los Estados adversarios. Por lo tanto, causaría asombro, con justa razón, ver aparecer en las relaciones jurídicas entre Estados beligerantes *derechos* propios de los individuos. Como la noción de la guerra justa, esta aparición de los Derechos del Hombre, a primera vista incluso absurda, revistió, en principio, un carácter más moral que jurídico. Con el desarrollo progresivo del conjunto del derecho internacional público, del derecho de la paz y de la guerra, el concepto de la guerra justa no pudo, al parecer, desembarazarse nunca de esta etiqueta moral (1). Sin embargo, hoy día se tiene la impresión de que sucederá algo absolutamente distinto en lo que a la protección de los derechos del hombre en tiempo de guerra se refiere.

Algunas de las reglas destinadas a la protección de los derechos del hombre en tiempo de guerra parecen corresponder esencialmente, y sobre todo en su nacimiento, en las primeras guerras entre Estados civilizados, a una preocupación de humanidad. Al principio no son ciertamente reglas de derecho, pero se convierten con bastante rapidez en normas jurídicas. La protección de los Derechos fundamentales del individuo tiene su primera concreción en el ámbito del *justum bello*, en las reglas que garantizan un trato humano para los heridos, enfermos y prisioneros. Más tarde, reglas análogas prohibirán sucesivamente la utilización de proyectiles Dum-Dum, gases tóxicos y armas químicas y bacteriológicas. Todas estas reglas pueden definirse como normas limitativas de los medios de combate. Dentro de cierta medida, guardan semejanza con las reglas que deben observarse en los duelos o en ciertas competiciones de esgrima.

Por otra parte, y examinada desde este punto de vista, toda con

---

(1) Cf., A. PASTOR RIDRUEJO: *Contribución al estudio del derecho humanitario bélico: Concepto, contenido y naturaleza*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 7, 1959, pág. 55.

sideración relativa al "derecho de la guerra" de nuestros días, podría conducirnos rápidamente hacia la cuestión de preguntarse: si todavía, en la hora actual, tiene sentido hablar u ocuparse de este derecho, puesto que al examinar la evolución reciente del derecho internacional parece perfectamente justificado estimar que la noción de la guerra se encuentra ya en el camino que en el derecho interno condujo a la prohibición del duelo. Responder a esta cuestión por la negativa, significaría recurrir a la regla *ex injuria jus non oritur*. Semejantes conclusiones en la ciencia del Derecho internacional son unánimemente rechazadas. Desgraciadamente, las guerras siguen siendo posibles. El derecho internacional público actualmente en vigor prevé incluso medidas que llevan consigo para aquel que legitimamente las adopta, un estado, por lo menos, de *quasi beligerancia*. Por lo tanto, no es absurdo dedicarse hoy a un estudio de ciertas reglas jurídicas que podrían ser aplicables en tiempo de guerra, y menos absurdo aún el emprender este estudio cuando tiene como objeto principal y central el determinar el problema de la protección de los Derechos del Hombre (2).

JEAN JACQUES ROUSSEAU ya había afirmado que la guerra es únicamente una relación de Estado a Estado y no de individuo a individuo. También declaró que el hombre no se convierte en enemigo más que cuando, en caso de guerra, es soldado y que, por consiguiente está prohibido el darle muerte cuando ha arrojado las armas y se ha convertido de nuevo únicamente en "hombre" (*Contrato Social*, T. I, cap. IV). La concepción fundamental que se encuentra en la base de este razonamiento fué particularmente reforzada por una corriente ideológica que se ha manifestado destacadamente después de la segunda guerra mundial. Esta corrien-

---

(2) Numerosas y recientes publicaciones se han enfocado hacia este tema y pueden citarse, entre ellas: A. PASTOR RIDRUEJO: Op. cit.; M. HUBER: *Principes d'action et fondements de l'oeuvre du Comité International de la Croix Rouge*. Ginebra, 1946; H. COURSIER: "Les éléments essentiels au respect de la personne humaine dans la Convention de 1949 relative à la protection des personnes civiles", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, 1950; J. PICTET: *La Croix Rouge et les Conventions de Genève*, curso dado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1950; *Recueil des Cours*, 1950, vol. núm. 1, págs. 1 a 119; J. L. KUNZ: *La problemática actual de las leyes de la guerra*, Valladolid, 1955; W. SCHATZEL: *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Bonn, 1957.

te ideológica tomaba como eje el principio de la libertad y de la dignidad del ser humano, manifestando una fe creciente en los Derechos del Hombre y en las libertades fundamentales del individuo, con la preeminencia del interés ligado a su protección. Esta idea así concebida encuentra ya una afirmación destacada en la Carta de las Naciones Unidas y especialmente en su artículo 55 c), que nos habla del "respeto universal y efectivo de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales respecto a todos sin distinciones de raza, sexo, lengua o religión." Disposiciones análogas se insertaron igualmente en los Estatutos de la U. N. E. S. C. O., de la Organización Internacional del Trabajo y de otros Organismos internacionales. El documento más importante en este ámbito es, sin duda, la Declaración universal de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Hay que resaltar, por otra parte, que las nuevas Constituciones de numerosos Estados civilizados contienen, a partir de la terminación de las hostilidades de la segunda guerra mundial, disposiciones especiales concediendo una garantía expresa de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales (por ejemplo, los arts. 1 y 19 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana y los artículos 11 a 40 de la Constitución del Japón).

En lo que se refiere a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ciertamente se ha de constatar que este instrumento no posee la fuerza jurídica de un Tratado de derecho internacional, pero no obstante, su valor moral es incuestionable. Y, además, debe resaltarse que actualmente dos Convenios Internacionales de ámbito universal están en preparación en el marco de la Organización de las Naciones Unidas con la finalidad de conceder una protección más eficaz a los Derechos del Hombre desde el punto de vista del derecho formal. En el plano regional, el Derecho internacional convencional ha avanzado igualmente en la materia de Derechos del Hombre con la entrada en vigor, el 3 de septiembre de 1953, del Convenio europeo de Derechos del Hombre y por la Constitución en Estrasburgo, el 21 de enero de de 1959, del Tribunal europeo de los Derechos del Hombre en virtud de dicho Convenio. En América, proyectos semejantes se encuentran en marcha progresiva durante estos últimos años.

Aunque pueda decirse que en el momento actual el respeto de

ciertos Derechos del Hombre y libertades fundamentales del individuo revisten el carácter de normas generales de Derecho Internacional público, esta obligación del respeto a los derechos fundamentales tiene su reflejo en el derecho interno. Y ello por entrar en juego las disposiciones que se encuentran en muchas de las modernas Constituciones y en virtud de las cuales las reglas generales de Derecho internacional son parte integrante del derecho interno. Este proceso puede, por otra parte, realizarse a la inversa, puesto que partiendo de la constatación de que casi todas las legislaciones de los Estados civilizados garantizan hoy de una o de otra manera los Derechos del Hombre, se puede decir que el respeto a estos derechos o, por lo menos, a aquéllos de entre ellos más generalmente reconocidos, forma parte de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y, en su consecuencia, son aplicables como de derecho internacional por el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, a tenor de lo dispuesto en el art. 38 de su Estatuto.

La situación que acabamos de describir demuestra que actualmente existe toda una red de reglas jurídicas que aseguran, tanto en derecho internacional como en derecho interno, un máximo de garantías a los Derechos del Hombre. En lo que se refiere más particularmente al derecho internacional, parece imponerse una constatación aún más importante, y es que resulta evidente que en virtud de las reglas de derecho internacional antes citadas relativas a la protección de los Derechos del Hombre, el propio individuo, es decir la persona humana, se ha convertido no solamente de forma mediata, sino también inmediata en sujeto de derechos y de deberes que forman parte del conjunto de reglas del derecho de gentes. Y de ello resulta que la "protección de los Derechos del Hombre" sin haber pasado por la "mediatización" del derecho público interno, se ha convertido, poco a poco, en un problema de derecho internacional.

En lo que se refiere de manera más concreta a la finalidad perseguida por el presente estudio, éste tiene por objeto responder a la cuestión de saber bajo qué forma la idea del respeto de los Derechos del Hombre surge en el derecho de la guerra de nuestros días.

## II

## ASPECTOS TEORICOS

## I. LA INTERDICCION DE RECURRIR A LA GUERRA

1) *La prohibición de la guerra antes de la II Guerra Mundial* (3).—Los esfuerzos realizados antes de la II Guerra Mundial para lograr una limitación o una supresión del derecho de los Estados a recurrir al empleo de la fuerza, se concretaron especialmente en las disposiciones del Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919, del Pacto de la Paz de Ginebra (1924) que, sin embargo, no tuvo vigor en razón de la resistencia británica, del Tratado de Locarno (1925), del Pacto Kellogg (1928), del Pacto Interamericano de Conciliación y no Agresión (1933) y del Tratado para la definición de la agresión (1933). Entre estos instrumentos convencionales, fué, sobre todo, el Pacto Kellogg el que intentó dar realidad a la idea de la paz internacional con toda su amplitud universal, pero hay que subrayar que aunque la puesta fuera de la ley de la guerra fuese reconocida, todavía resultaba legítimo el recurrir a ella bajo la forma de autodefensa. Pero el derecho internacional de la guerra subsistía, no sólo en esta guerra de autodefensa, sino también en cualquier otro género de guerra. Por lo tanto, el colocar la guerra fuera de la ley no había hecho desaparecer el *jus in bello*.

2) *La prohibición de la guerra después de la II Guerra Mundial* (4).—Según la Carta de las Naciones Unidas, toda guerra está, en principio, prohibida e igualmente el empleo de la fuerza o la amenaza de recurrir a ella. El art. 2.º, párrafo 4.º de la Carta de San Francisco, dispone: "Los miembros de la Organización de

---

(3) Cf., especialmente H. WEHBERG: *Le Problème de la mise de la guerre hors la loi*, curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1928; *Recueil des Cours* de 1928, vol. IV, págs. 147 a 306.

(4) Cf., especialmente H. WEHBERG: *L'interdiction du recours à la force. Le principe et les problèmes qui se posent*. Curso pronunciado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1951; *Recueil des Cours*, 1951, vol. I, págs. 1 a 121.

las Naciones Unidas, 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 forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas". Si los Estados miembros de la O. N. U. perdieron así, en principio, su derecho a desencadenar una guerra, es decir, el *jus ad bellum*, conservaron, no obstante, el derecho de recurrir a una guerra de autodefensa en caso de agresión. Pero este derecho no es absoluto, sino que se encuentra sometido a ciertas limitaciones. Estas se desprenden del texto del art. 51 de la Carta que dice así: "Ninguna disposición de esta Carta menos cabará el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

La Carta de las Naciones Unidas desconoce ya la noción de "guerra"; queda solamente la de "conflicto armado". Pero resulta indudable que el "derecho de la guerra", es decir el *jus in bello* continúa siendo aplicable en la eventualidad de una guerra "que ya no existe" como tal y que es solamente un "conflicto armado".

Por consiguiente, el "derecho de la guerra" subsiste y con él las reglas de derecho internacional relativas a la protección de heridos, enfermos, etc., reglas que pertenecen a este derecho de la guerra *stricto sensu*. Desde 1949 estas normas se encuentran elaboradas y codificadas en los cuatro Convenios de Ginebra que, por otra parte, tienen en cuenta de manera implícita el hecho de la desaparición, al menos formal, de la guerra entendida en su sentido clásico. De acuerdo con las disposiciones del artículo 2.º de todos y cada uno de los Convenios de Ginebra de 1949 éstos serán aplicables no sólo en caso de guerra formalmente declarada, sino también cuando se produzca cualquier conflicto armado surgido

entre dos o más Estados contratantes, incluso cuando uno de estos Estados no reconoce la existencia del estado de guerra. Resumiendo las posibilidades de un conflicto armado legítimo en el momento actual, hemos de señalar tres casos:

- a) Acción de policía internacional.
- b) Legítima defensa dentro del marco de la comunidad de los Estados.
- c) El acto de agresión.

## 2 LA INTERVENCIÓN Y LA GUERRA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

### (Consideraciones teóricas)

1) La acción de policía internacional se encuentra prevista en el art. 42 de la Carta de San Francisco. Este artículo es del tenor siguiente: "Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el art. 41 (5) pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres, de Miembros de las Naciones Unidas". Estas acciones de policía internacional pueden llevarse a cabo también por fuerzas armadas propias de las Naciones Unidas, por un "ejército de las Naciones Unidas". De hecho, sin embargo, la constitución y el empleo de estas fuerzas armadas no ha tenido lugar nunca con arreglo a las reglas estrictas previstas a tales efectos por la Carta de las Naciones Unidas.

*En el plano puramente teórico, el examen de la cuestión relativa a la ejecución de medidas de policía internacional podría conducir a realizar una comparación analógica. Puede, en efecto, compararse esta medida internacional con la acción de policía en derecho interno. Considerada desde el punto de vista de los derechos*

---

(5) Se trata de medidas "que no implican el empleo de la fuerza armada".

del hombre, la comparación es susceptible de hacer resaltar situaciones idénticas respecto a la "policía" internacional y respecto a la policía nacional. En derecho interno, por lo menos, los actos que pueden ser realizados por la policía tienen que respetar las leyes existentes y señaladamente ciertas prescripciones de derecho administrativo. Recordemos en este orden que en la esencia misma de la protección de los Derechos del Hombre se encuentra el detener el empleo del poder público ante ciertos límites de la esfera privada. Dentro del derecho interno, el uso de las fuerzas de policía se encuentra, incluso en ausencia de prescripciones legislativas apropiadas, limitado en consideración a los tres criterios siguientes:

- a) La responsabilidad de la policía.
- b) El carácter público de la función, y
- c) El criterio de proporcionalidad o de relatividad.

Es evidente que verificando la transposición al ámbito del derecho internacional público, estos criterios no pierden su vigencia. La acción de la policía internacional deberá, por consiguiente, estar de acuerdo con ellos. Y esto es cierto no sólo en cuanto a la constitución y al empleo de las fuerzas de policía o de un ejército de las Naciones Unidas, sino igualmente para las realizaciones análogas en el plano regional. No es preciso insistir en que en estas reglas fundamentales que está obligada a respetar toda acción coercitiva internacional o nacional, se encuentra incluido también el principio del respeto de los Derechos del Hombre.

2) Los actos de legítima defensa son lícitos en el marco del derecho de la comunidad internacional, como lo son en el ámbito del derecho interno. La misma analogía se da, por otra parte, respecto a la ilicitud de los excesos en la legítima defensa. Es decir, cuando ésta sobrepasa el marco estricto de los límites de la necesidad de autodefensa. Estos excesos son ilícitos tanto en la sociedad nacional como en la Comunidad internacional de los Estados. Los actos de autodefensa deben respetar igualmente los Derechos del Hombre, y muy especialmente los derechos fundamentales de las "víctimas de la guerra" en orden a su dignidad humana. La violación de estos derechos equivaldría a un exceso de la autodefensa, y, como acabamos de exponer, resultaría ilícita. Es particular-

mente importante en este aspecto el observar el principio de la proporcionalidad del acto que tiene su lugar no sólo en la acción de policía, sino también en la legítima defensa. Por otra parte, hace surgir la noción del exceso y habrá de ser observado *last but not least*, por el interés superior de la protección de los Derechos del Hombre. Esta observancia se requiere, no sólo en la actuación de la autodefensa de un Estado en relación a otros Estados, sino también en la acción revolucionaria licita y en el acto lícito contrarrevolucionario, puesto que éstos también deben someterse a los principios del respeto a los derechos fundamentales del hombre.

3) El acto de agresión cometido en el orden internacional por un Estado contra otro Estado puede actualmente ser considerado como ilícito aunque no existan todavía reglas de derecho penal internacional a este respecto. Se habló ya en la Sociedad de las Naciones (6) de que la guerra de agresión constituía un crimen internacional. Del mismo modo, el acto de agresión fué considerado por los Tribunales militares internacionales reunidos a la terminación de la segunda guerra mundial, como un hecho punible (7) y si ésta es la situación, parece que puede, con justa razón, preguntarse si resulta admisible el hacer beneficiario a un agresor de una garantía de los Derechos del Hombre. A esta pregunta nos dan una respuesta bastante significativa las disposiciones contenidas en el art. 3.º de todos los Convenios de Ginebra de 1949. Ciertamente en el derecho interno la sublevación, la revolución o los actos que conducen al desencadenamiento de una guerra civil tienen generalmente la consideración de crímenes, es decir, de actos punibles. Pero, incluso en presencia de estos actos, el derecho internacional moderno prevé una protección de los Derechos del Hombre en favor de los inculpaos. El art. 3.º de todos los Convenios antes citados, dispone, en efecto, que incluso en el caso de conflictos sin carácter internacional y que se produzcan sobre el territorio de uno de los Estados contratantes, por ejemplo, en caso de guerra civil, cada una de las partes en conflicto está obligada a respetar en favor de la parte adversa un *minimum* de dere-

(6) Sesiones de la Asamblea del 27 de septiembre de 1927.

(7) Cf., los procesos ante los Tribunales militares aliados de Nuremberg y Tokio.

chos (del hombre). J. S. Pictet ha dicho a este respecto que "la Cruz Roja... (se ha)... preocupado desde hace tiempo en aportar su socorro a las víctimas de los conflictos internos, conflictos cuyos horrores sobrepasan, a veces, los de las guerras internacionales a causa del odio fratricida que los caracteriza. Pero a las dificultades que en este terreno encontraba la Cruz Roja... se añadían obstáculos especiales nacidos de la política interior del Estado donde el conflicto se producía. En una guerra civil, el Gobierno legal... tiene tendencia a ver en sus adversarios, únicamente, criminales vulgares. Esta tendencia ha llevado, a veces, a las autoridades gubernamentales a considerar los socorros aportados por la Cruz Roja a las víctimas pertenecientes al bando adversario, como una ayuda indirecta a unos culpables." (*Commentaire I, La Convention de Genève*, J. S. PICTET, pág. 41). Teniendo en cuenta el actual estadio de desarrollo del derecho internacional en esta materia, parece posible afirmar que en una cierta situación general en la que existe conflicto armado internacional o interno, el hecho de que esta situación haya sido producida por un acto ilícito, agresión o levantamiento, no produce la abolición ni por parte del "culpable" ni por parte de la víctima del derecho a una garantía mínima de los más esenciales Derechos del Hombre. Esta afirmación encuentra, por otra parte, una muy importante base convencional en las disposiciones contenidas en el art. 1.º de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos al mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos, prisioneros y personas civiles en tiempo de guerra. Según estos artículos, los Estados contratantes se comprometen a respetar y a hacer cumplir las prescripciones de los Convenios *en toda circunstancia*.

### 3. EL PELIGRO DE GUERRA. LAS POSIBILIDADES DE UNA GUERRA

#### (Consideraciones positivas)

En el momento actual no puede afirmarse sin reservas que la guerra deba ser considerada como completamente prohibida en el derecho internacional general. En la realidad política de nuestros días subsiste la posibilidad de que una guerra estalle subitamente.

Incluso bajo el régimen de las disposiciones de la carta de las Naciones Unidas, una guerra puede aún tener lugar:

- a) Entre Estados no miembros de la O. N. U.
- b) Entre Estados que ya no sean miembros de esta Organización; y
- c) Por paralización del Consejo de Seguridad.

Ciertamente, en este último caso, el conflicto armado es sólo una guerra de transición entre el Estado que ejercita su derecho de legítima defensa y el Estado agresor, pero ello no impide el que en realidad nos encontremos frente a un verdadero estado de guerra. En la situación actual de la política mundial el peligro de una guerra no se ha apartado en absoluto. Este peligro potencial se encuentra incluso agravado en su alcance por el peligro real y material inherente a la guerra en sí misma. Resulta casi imposible actualmente imaginarse una guerra que, por el estado de integración de la sociedad internacional, no se convierta necesariamente en guerra total. Si añadimos a esta perspectiva el peligro de una guerra atómica, no es abrir un camino al optimismo. Cierto que el hecho de que varias grandes potencias posean *stock* de bombas nucleares suficientes para borrar de nuestro planeta toda la vida humana, evitará quizá por el temor de las represalias una guerra atómica, pero toda guerra moderna se terminaría, no obstante, en un desastre para la humanidad entera. En el plano de la política general o de la "Weltanschauung" el peligro de una guerra mundial se encuentra, por otra parte, agravado por la bipolaridad de la constelación política mundial y por la creencia de la necesidad de una "guerra justa", de un *bellum justum*.

En efecto, la bipolaridad empujará a los dos bloques en presencia a reforzar cada vez más sus armamentos en una gigantesca carrera contra reloj, y el convencimiento que en este caso uno de los bloques pudiera tener, en un determinado momento, de su momentánea superioridad y del hecho de que tal situación pudiera no volverse a presentar jamás, llevan en sí indudablemente el gran peligro de que este bloque de Estados se decida a declarar la guerra. Lo mismo sucede en relación con la creencia de un *bellum justum* que desdobra igualmente el peligro de guerra, como sucede en lo que se refiere a las guerras de religión.

Se puede pensar que en esta situación la prohibición general y sin reserva de la guerra se encontraría más que nunca justificada. Pero es permisible mantener dudas respecto a la puesta en práctica de esta prohibición por medios intergubernamentales. Esta interdicción, en efecto, sólo podrá realizarse a partir del momento en que los pueblos de todos los Estados civilizados hayan obligado a sus Gobiernos a renunciar solemnemente en el plano constitucional y en el del derecho internacional general al "derecho de recurrir a la guerra". La realización de este fin pertenece todavía al porvenir y al menos, por el momento, el peligro de guerra subsiste siempre, como lo demuestran, por otra parte, los ejemplos de la guerra de Corea, de la guerra de Indochina, de la intervención de Suez y de la guerra civil de Argelia. En su consecuencia, parece justificado el plantearse la cuestión de saber qué es lo que debe de hacerse hasta que llegue la prohibición total y efectiva de toda guerra.

A esta cuestión, el General G. H. DUFOUR y GUSTAVO MOYNIER, dieron ya una respuesta a raíz del Congreso de la Cruz Roja el 23 de octubre de 1863, y más recientemente la resolución núm. 8 de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949, se produce en el mismo sentido, puesto que se encuentra redactada en la siguiente forma: "La Conferencia tiene interés en afirmar ante todos los pueblos que habiendo sido sus trabajos inspirados únicamente por preocupaciones humanitarias, formula el ardiente voto de que jamás los gobiernos tengan necesidad en el porvenir de aplicar los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra..." (Véase *Commentaire I: La Convention de Genève*, J. S. PIETTER, op. cit.). Por tanto, son la esperanza y la acción humanitaria las que parecen imponerse en la espera...

En cuanto a la protección de los Derechos del Hombre en la persona de las víctimas de la guerra, ha de recordarse aquí que el llamado derecho internacional clásico de la guerra aseguró la garantía de estos derechos fundamentales sólo de manera muy esporádica. De cualquier modo, la protección no era jamás directa, sino que se llevaba a cabo siempre indirectamente por la mediación a través del derecho interno de los Estados beligerantes. La protección de los Derechos del Hombre cedía, incluso, con mucha frecuencia ante el interés nacional, la razón de estado y las

“necesidades de la guerra” y, por añadidura, las sanciones por violación de los Derechos del Hombre brillaban, en general, por su ausencia, al menos en lo que se refería al Estado vencedor (8).

#### 4) LA RAZÓN DE SER DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE EN EL DERECHO DE LA GUERRA

Como se ha dicho anteriormente, la obligación de respetar ciertos derechos fundamentales del individuo incluso en el caso de conflicto armado, puede ser considerada como una norma del derecho internacional de la guerra hoy en vigor. En cuanto al motivo de este respeto, incluso en las guerras anteriores al siglo xx, habría que recordar en primer término que por lo común el derecho internacional público tuvo sus orígenes en reglas convencionales y consuetudinarias. Por ello, los Estados jugaron un papel principal, y esto, por otra parte, es igualmente cierto en lo que se refiere a los orígenes y a la razón de ser del respeto de los Derechos del Hombre en tiempo de guerra. El interés nacional ha pesado también mucho.

1) *La razón de cálculo.*—Conviene a este respecto tener en cuenta desde un principio el hecho de que incluso en este terreno los Estados parecen haber tenido un cierto interés egoísta en la protección de los Derechos del Hombre. Este interés se manifiesta por el deseo de los Estados de ver protegidos tales derechos, sobre todo en las personas de sus respectivos súbditos. El Estado, por lo tanto, obtenía un cierto beneficio. Aunque este motivo no sea el único que pueda encontrarse en la base del respeto de los derechos fundamentales del individuo en caso de guerra, es ciertamente uno de los más importantes, aunque sea lamentable tener que reconocerlo así. Se encuentra una expresión de esta razón especialmente en los principios de la *General Participation Clause* y en el de la reciprocidad. Se ha hecho aplicación de estos principios en la mayor parte de los Convenios internacionales sobre derechos de la guerra anteriores a la II Guerra Mundial, como, por ejemplo, en el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre el

---

(8) Cf., sin embargo, el art. 3.º del Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

empleo de gases tóxicos. Este mismo interés egoísta de los Estados se percibe, por otra parte, en el temor de los Gobiernos de ver a los componentes de sus respectivas fuerzas armadas expuestos a las medidas de represalia que los Estados enemigos podrían considerarse con derecho a tomar para el caso de violación de ciertas normas humanitarias, y en el mismo sentido ha de hacerse alusión a las repercusiones a que pudieran dar lugar sobre la opinión pública nacional o sobre la de los países neutrales las violaciones de los Derechos del Hombre cometidas por los ejércitos de un Estado beligerante. La eventualidad de verse obligados, después del fin de las hostilidades, al pago de indemnizaciones por violaciones cometidas durante la guerra, es quizá otra razón por la cual los Estados aceptaron muy pronto el respetar ciertos derechos fundamentales del individuo en tiempo de guerra.

Estas reflexiones sobre los móviles que impulsaron a los Estados a conceder en tiempo de guerra una cierta protección de los Derechos del Hombre, nos conduce igualmente a pensar que una norma jurídica con tal base corre el riesgo de resultar extremadamente vulnerable en su aplicación concreta. A propósito del derecho contenido en los Convenios de Ginebra de 1959 sobre protección de las víctimas de la guerra, la vulnerabilidad del sistema nos es confirmada por J. S. Pieter cuando dice: "El derecho de Ginebra lleva en si una debilidad inherente a su naturaleza: forma parte del derecho de la guerra. Como la guerra pone en peligro la existencia misma de los Estados, las reglas jurídicas en una guerra convertida en total corren el riesgo de ser pisoteadas bajo el pretexto de que la necesidad sirve de ley" (op. cit., página 10).

2) *La razón religiosa*.—Resulta evidente que la norma jurídica que impone el respeto de ciertos derechos del hombre, incluso en tiempo de guerra, no puede justificarse únicamente por motivos de interés puramente egoísta. Puede haber igualmente otro interés, basado éste en motivos religiosos. La base de esta razón, al menos en parte, es esencialmente de origen cristiano. Un examen de los antecedentes históricos nos lo prueba. No hay duda de que el cristiano amor al prójimo es el motor que anima en primer lugar las actuaciones de Florencia Nightingale y de la Gran Duquesa Elena Paulovna durante la guerra de Crimea, y el que inspira los primeros pasos de la Cruz Roja. No hay duda de que

antes de la guerra de los Treinta Años, la iglesia pretendió que aquéllos que no eran cristianos no tenían ningún derecho a ver respetada su vida, dignidad o libertad, y que, por otra parte, no beneficiaban de garantía de sus Derechos del Hombre en virtud del derecho de la guerra de la época: pero esta concepción fué rápidamente abandonada.

3) *La razón humanitaria*.—Desde el punto de vista puramente histórico parece posible afirmar que los motivos humanitarios invocados y que militan en favor de los Decretos del Hombre en caso de guerra representan, en realidad, el resultado de la extensión a los hombres de todas las religiones del principio fundamental del cristianismo que exige el amor al prójimo. El motivo humanitario se basa, por tanto, en el amor al prójimo sin discriminación religiosa sobre la noción de la igualdad de todos los hombres y sobre la piedad.

El leimotiv actual de la Cruz Roja sigue siendo el lema *inter arma caritas*. Por otra parte, hay que subrayar que el más importante fundamento de la protección de los Derechos del Hombre en tiempo de guerra es en nuestros días el de la humanidad. A este respecto, conviene igualmente citar, a título de confirmación, un pasaje recogido en la obra ya citada de PICTET (pág. 41). Este autor nos dice: "Los Convenios de Ginebra... son considerados cada vez menos como contratos de reciprocidad concluidos en razón del interés nacional de cada una de las partes y, en cambio, cada vez más como afirmaciones solemnes de principios respetados por sí mismos, como una serie de compromisos incondicionales de cada uno de los contratantes en relación a los demás. Un Estado no proclama la protección debida a los militares heridos o enfermos con la esperanza de salvar un cierto número de sus súbditos, sino en razón al respeto que le merece *la persona humana como tal*... El principio del respeto de la persona humana que constituye la base de todos los Convenios de Ginebra, no ha sido creado por éstos: es anterior y exterior. Si hasta 1949 no había sido formulado en los Convenios más que en favor de los militares, no era en razón a su condición militar. Más allá de esta condición apunta a la persona por su sola cualidad de ser humano, sin consideración de uniforme, de ciudadanía, de raza o de creencia, sin consideración incluso a los compromisos que la autoridad de la que depende haya podido to-

mar en su nombre o en su favor. Herido o enfermo, tiene como persona humana el derecho de recibir los cuidados o la asistencia que ordena el respeto a la persona humana.

50 LA POSICIÓN GENERAL DEL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

(Relación del problema con los principios del derecho  
internacional general)

El problema de la protección jurídica de los Derechos del Hombre en derecho internacional nos lleva necesariamente a la cuestión de saber si el individuo puede ser considerado como sujeto de este derecho, es decir, como sometido de forma inmediata a las normas de derecho internacional. En el derecho internacional público denominado clásico, sólo los Estados eran reconocidos como sujetos del derecho internacional. El individuo era sólo un objeto y no solamente en relación con ciertas reglas de derecho internacional, pero también, a veces, en sus relaciones con el Estado o los Estados. En el derecho internacional moderno se puede comprobar que un número bastante crecido de actos internacionales y especialmente de Tratados, garantizan al individuo determinados derechos fundamentales. Teniendo en cuenta este hecho, numerosos autores afirman hoy que el individuo se ha convertido ya en sujeto del derecho internacional. Otros autores añaden a este reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo en el orden internacional la reserva de que el individuo puede ser considerado únicamente como un "sujeto negativo de derecho internacional" y no como sujeto en el pleno sentido de la palabra, dado que solamente los Estados pueden ser partes en los Tratados internacionales, fuente principal del derecho internacional. Sea de ello lo que se quiera, es posible afirmar en el momento presente que el individuo, por lo menos, se encuentra a punto de convertirse en sujeto de este derecho.

Por otra parte, cabe preguntarse si el argumento obtenido del hecho de que el individuo no sea nunca parte en los Convenios internacionales, es verdaderamente decisivo. Con frecuencia es posible encontrar en el marco del derecho interno situaciones aná-

logas. Y así sucede que incluso el derecho interno, es decir la legislación nacional, emana corrientemente de la actuación de ciertos órganos, de ciertas "personas morales", tales como las Cámaras o el Parlamento, y esta situación se torna particularmente clara cuando se trata de un Estado federal del que puede decirse que el derecho interno es siempre obra de determinadas personas morales, del Parlamento, de la Alta Cámara y de los Estados federados. El caso de una Confederación o de una Unión nos ofrece ejemplos suplementarios en el mismo sentido. El derecho así elaborado (como el derecho internacional por un tratado) no es, sin embargo, válido en el orden positivo más que en cuanto beneficia del apoyo de los ciudadanos del Estado en cuestión o, por lo menos, de su mayoría. Si una de las principales fuentes del derecho internacional son los tratados, hay que poner de manifiesto, incluso en este campo, que este derecho puede ser considerado como creado por personas morales, en esta ocasión los Estados sujetos del orden jurídico internacional. Ahondando más puede constatarse aquí también la colaboración en el interior de estos Estados de los partidos políticos, de los parlamentos y eventualmente de los Estados federados para la elaboración de la norma convencional internacional. Y entonces resulta posible afirmar en el plano internacional la presencia de las mismas orientaciones generales que en el derecho interno. La regla convencional internacional no tiene valor más que en tanto en cuanto corresponde al deseo de los pueblos y beneficia del apoyo de éstos.

Como el interés del pueblo, y a través de éste el interés del hombre, constituye la verdadera razón de ser del Estado (9), la finalidad última y más esencial del derecho interno, como la del derecho internacional, no puede ser otra que la realización en la mayor medida posible de la protección más eficaz e integral de los derechos fundamentales del hombre que constituyen el mínimo de reivindicaciones del individuo frente a la Sociedad.

Esta tendencia que describimos puede percibirse ya en los desarrollos más recientes del derecho internacional. La protección de los Derechos del Hombre constituye, en efecto, el objeto de varios actos internacionales y señaladamente del Convenio eu-

---

(9) Cf. en este sentido la recientísima obra de A. P. SERENI: *Diritto Internazionale, II Sezione Prima*, Milán, 1958, pág. 681.

ropeo para la salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales. Ya hicimos alusión anteriormente a este estado de cosas.

En lo que se refiere más particularmente a otro género de participación del individuo en la vida pública internacional, habría que mencionar ciertas disposiciones del Estatuto de la Organización Internacional del Trabajo, que conceden a los simples particulares un derecho especial en defensa de sus intereses. A este respecto han de citarse las normas del art. 37, párrafo 1.º del Estatuto (redacción de 1948), que prevé, junto a los Delegados gubernamentales, una representación patronal y obrera, así como los párrafos 1 al 5 del art. 19 del mismo Estatuto que se refieren a la posibilidad de un acuerdo internacional bajo la forma de un género particular de tratado internacional. Por otra parte y en este mismo sentido puede también mencionarse la capital importancia del papel jugado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en la elaboración de los nuevos Convenios de Ginebra de 1949.

Resulta de todo lo que precede que la protección de los intereses del individuo y señaladamente la garantía eficaz de sus derechos fundamentales, es de capital importancia tanto en el ámbito del derecho interno como en el del derecho internacional. En lo que afecta al problema de la protección de los Derechos del Hombre en tiempo de guerra, su estudio es susceptible de aportarnos aún más claramente una prueba de la existencia de esta nueva tendencia de la que venimos hablando y que parece marcar de manera muy profunda toda la evolución del derecho internacional moderno, tendencia que se dirige en el sentido de un reconocimiento progresivo de la personalidad jurídica del individuo en derecho internacional. La protección de los Derechos del Hombre tal y como se encuentra hoy asegurada por los cuatro nuevos Convenios de Ginebra puede considerarse en relación directa con estas nuevas orientaciones.

## III

PROBLEMAS ESPECIALES: LA PROTECCION CONCRETA  
DE LOS MAS ESENCIALES DERECHOS DEL HOMBRE  
EN TIEMPO DE GUERRA

La importancia de una protección eficaz de los Derechos del Hombre más esenciales es tal, que resulta necesario asegurarla incluso en tiempo de guerra. Así se afirma por DRAPER en su libro *The Red Cross Conventions* (Londres, 1958), que los Convenios de Ginebra de 1949 son "... *an emphatic avowal before the world that the humanitarian principles of justice and compassion must govern and determine the treatment of man if our civilisation is to be worthy of the name...*"

Son, en efecto, los cuatro Convenios de Ginebra una parte esencial del derecho internacional de la guerra actualmente en vigor, y su finalidad principal no es otra que la protección del individuo en caso de guerra.

Los cuatro Convenios fueron firmados el 12 de agosto de 1949 y llevan, respectivamente, los títulos siguientes:

PRIMER CONVENIO: *Convenio para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.*

SEGUNDO CONVENIO: *Convenio para el mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.*

TERCER CONVENIO: *Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra.*

CUARTO CONVENIO: *Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.*

Junto a estos nuevos Convenios otros instrumentos internacionales tienen todavía una cierta importancia no solamente en lo que se refiere al derecho de la guerra en general, sino también en cuanto a la protección de los Derechos del Hombre en caso de guerra. Los iremos mencionando en el curso de las siguientes explicaciones. De cualquier manera, para el tema principal del presente

artículo, los instrumentos convencionales de mayor importancia son los Convenios de Ginebra.

Las características más señaladas de los nuevos Convenios de Ginebra son las siguientes:

— El principio de su aplicabilidad en todos los casos en que se da conflicto armado, aunque no se produzca guerra declarada (art. 2 de todos los Convenios).

— La exclusión de la *General Participation Clause* (artículo 2 de todos los Convenios).

— La garantía de aplicación de las disposiciones más importantes de los cuatro Convenios relativas a la protección de algunos Derechos fundamentales del individuo, aun en el supuesto de un conflicto armado sin carácter internacional y, por consiguiente, y señaladamente en caso de guerra civil.

— El reconocimiento de un *mínimum* de derechos en todas las circunstancias, derechos entre los que merecen señalarse los siguientes:

— El derecho a la vida y al respeto de la persona humana, prohibiéndose la muerte, las mutilaciones y tratos crueles, los suplicios y torturas.

— La prohibición de la toma de rehenes.

— El derecho al respeto de la dignidad de la persona humana.

— El derecho a ser juzgado por tribunal regularmente constituido.

— El derecho de los heridos y enfermos a ser asistidos en forma conveniente.

— La garantía contra las penas excesivas para caso de infracciones.

— El derecho a la protección internacional por intermedio de las Potencias Protectoras y por los organismos internacionales, y muy especialmente de la Cruz Roja Internacional.

Si se quiere trazar un cuadro general de los más esenciales derechos fundamentales garantizados por el derecho de la guerra actual, debemos mencionar los siguientes:

## A) EL DERECHO A LA VIDA Y AL RESPETO DE LA PERSONA HUMANA

Resulta evidente que en caso de guerra el derecho antes enunciado tiene que sufrir muy importantes limitaciones, pero estas limitaciones no son tampoco absolutas, y esto se daba ya en el derecho de la guerra denominado clásico. En el Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra encontramos disposiciones que prohíben el matar o el mutilar a un soldado enemigo que ha depuesto las armas (art. 23 c), así como las normas que prohíben la negativa al perdón (art. 23 d). En cuanto al derecho a la vida, hay que mencionar entre las nuevas reglas de Ginebra las disposiciones del art. 3 de los Cuatro Convenios de 1949, estando también garantizado este derecho en el art. 13, párrafo primero del III Convenio, y en el art. 32 del IV Convenio, de aplicación a las personas civiles. Por otra parte, conviene recordar las normas del art. 46 del Reglamento de La Haya antes citado relativo a los territorios ocupados, y una cierta garantía de respeto a la vida puede encontrarse también en el Protocolo de Londres (aún en vigor) en lo que se refiere a las actividades de guerra de los submarinos. Una protección indirecta del derecho a la vida puede igualmente percibirse en los artículos 12 del I y II Convenios de Ginebra de 1949, relativos a heridos y enfermos, y en el mismo sentido pudieran citarse las disposiciones que en relación a la protección y amparo de establecimientos sanitarios se contienen en el art. 27 del ya citado Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra, en el art. 19 del I Convenio de 1949, en el art. 18 del IV Convenio y en los arts. 22, 24 y 52 del II Convenio de 1949, relativo a las fuerzas navales. Por último, conviene señalar que, ya con anterioridad a 1949, las reglas generales de derecho internacional y el derecho consuetudinario internacional prohibían las acciones militares exclusiva o esencialmente dirigidas contra la población civil.

En cuanto al respeto a la persona humana, el derecho consuetudinario internacional concedía importantes posibilidades de intervención en la esfera de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de guerra. Este derecho otorgado al Estado, aunque discutido por una parte de la doctrina, se ejercía tanto sobre los súbditos de los Estados beligerantes como respecto a los

neutrales y fué confirmado por una práctica generalmente admitida en la II Guerra Mundial. Una sola excepción había sido reconocida en este aspecto y se refería a las medidas de represalia (10). El derecho al respeto y a la persona humana comprende igualmente la prohibición del trato inhumano, prohibición que se encuentra ya consagrada por ciertas reglas del llamado derecho internacional clásico. Así, el IV Convenio de La Haya de 1907 prohibió ciertas armas por ser contrarias a las "normas de humanidad". El derecho al respeto a la persona humana tiene hoy una amplia regulación en las disposiciones correspondientes de los Convenios de Ginebra de 1949. Hemos de señalar a este respecto el artículo 12 del I y del II Convenios, relativos a heridos y enfermos, y el art. 27 del IV Convenio, relativo a las personas civiles, en el que se garantiza de manera expresa el "respeto a la persona". Contrarios a este respeto a la persona humana son las torturas y otras atrocidades prohibidas por las disposiciones antes citadas de los arts. 12 del I y II Convenios de 1949. En el mismo sentido se producen los arts. 3 de todos los Convenios de Ginebra de 1949, e igualmente se prescribe el otorgamiento de un trato humanitario en las disposiciones del art. 15, párrafo primero del I Convenio, art. 18 del II y art. 13, párrafos uno y dos, del III Convenio, todos ellos de Ginebra de 1949. A este respecto tenemos que hacer constar que en los arts. 4.º, párrafo segundo, y 7.º del Reglamento de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra se preveía ya un trato humano para los prisioneros de guerra, y que garantías en orden a conceder el mismo trato a los prisioneros de guerra condenados a penas privativas de libertad, se contienen hoy en el artículo 108 del III Convenio de 1949. El art. 87, párrafo tercero, protege igualmente contra la tortura y los castigos crueles. En cuanto a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra alcanza igualmente a garantizar un trato humano en virtud del art. 27 del IV Convenio en el que los arts. 32, 118 y 119 protegen también contra la crueldad y la tortura. Un trato humano se garantiza a los particulares detenidos preventivamente por el art. 37 del IV

---

(10) En cuanto a la prohibición de las represalias, de las penas colectivas y de la toma de rehenes, puede verse el apartado N) de este trabajo y, además, el art. 13 del III Convenio de 1949, los arts. 33 y 34 del IV Convenio, y art. 3 de todos los Convenios de Ginebra de 1949.

Convenio, y el art. 85 del mismo texto otorga una amplia protección de este derecho a las personas civiles internadas.

Parece, por otra parte, que resulta posible asimilar la protección concedida al individuo contra los tratos inhumanos en tiempo de guerra con las medidas que tienen por finalidad la prohibición de armas susceptibles de producir sufrimientos superfluos. Históricamente, tal prohibición recayó, en principio, sobre los proyectiles Dum-Dum y procedía de la declaración de La Haya de 29 de julio de 1899, que puede ser relacionada con la declaración de San Petersburgo de 1868 en vigor hoy entre 17 Estados y que no contiene únicamente normas prohibitivas de ciertas armas susceptibles de producir sufrimientos inútiles, sino que constituye también un compromiso de los Estados que la aceptaron de trabajar para que esta clase de armas sean objeto de una prohibición general (11).

De un modo general, se puede señalar que también resultarían inhumanas las consecuencias de la violación de las disposiciones siguientes: Artículo 27 del Reglamento de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra; art. 19 del I y II Convenios de Ginebra de 1949, y art. 18 del IV Convenio de Ginebra, así como los artículos 22, 24 y 25 del II Convenio de Ginebra que atañen a la inviolabilidad de los barcos hospitales. Semejante alcance tienen las disposiciones del art. 23 del IV Convenio de 1949 que prescriben ciertas excepciones para el bloqueo de guerra. En lo que atañe a la validez jurídica de las reglas protectoras del derecho a la vida y al respeto de la persona humana en tiempo de guerra, conviene señalar que esta validez se encuentra reforzada en cierta manera por lo dispuesto en el art. 15 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre (actualmente en vigor para 14 países europeos) en el que se estipula expresamente que incluso "en caso de guerra o de cualquier otro peligro público que amenace la vida de la nación" un Estado carece del derecho a derogar las prescripciones prohibitivas de la aplicación de penas o tratos inhumanos (artículo 3.º del Convenio), ni aquéllas que garantizan (art. 2.º) "el derecho de toda persona a la vida..., salvo caso de muerte resultante de actos lícitos de guerra". Y aquí hemos de destacar que

---

(11) Cf. también art. 23, e) del Reglamento de La Haya sobre Leyes y costumbres de la guerra.

las disposiciones de este Convenio están dotadas de un sistema de recursos eficaces ante órganos internacionales.

Por otra parte, es preciso igualmente hacer constar que el artículo 1.º del Convenio sobre genocidio de 1948 contiene normas con arreglo a las cuales los Estados contratantes reconocen que el genocidio tanto en tiempo de paz como "en caso de guerra" tiene la consideración ante el derecho internacional de un crimen que ha de evitarse y, en su caso, castigarse. Estas prescripciones constituyen en su consecuencia una garantía suplementaria del derecho del individuo a la vida. Y en el mismo sentido podríamos citar la resolución núm. 13 de la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, que se refiere a las reglas limitando los peligros de la población civil en tiempo de guerra y el "Proyecto de reglas" cuyas principales disposiciones son las siguientes:

Artículo 1.º "No teniendo un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios para dañar al adversario, las Partes en conflicto deben limitar sus operaciones a la destrucción del poder militar de aquél, quedando la población fuera del alcance de las armas (12).

Art. 2.º "Las presentes reglas son aplicables: a) En caso de guerra declarada o en cualquier otro conflicto armado, incluso si el estado de guerra no es reconocido por una de las Partes en conflicto; b) En caso de conflicto armado que no presente carácter internacional."

Art. 6.º "Se prohíben los ataques dirigidos contra la población civil, como tal, para aterrorizarla o por cualquier otra razón. Esta prohibición se aplica tanto a los ataques dirigidos contra individuos aislados como a los dirigidos contra grupos."

Art. 7.º "A fin de limitar los peligros que corre la población civil, los ataques sólo podrán ser dirigidos contra objetivos militares" (13).

Art. 14. "Sin perjuicio de las prohibiciones actuales o futuras de determinadas armas, está prohibido emplear aquellas cuya acción nociva —especialmente por diseminación de

---

(12) Cf. también cuanto expusimos en el apartado A), primer párrafo.

(13) Cf. también el proyecto de reglas relativas a la guerra aérea del año 1922.

agentes incendiarios, químicos, bacteriológicos, radioactivos u otros— pudiera extenderse de una manera imprevista o quedar en el espacio o en el tiempo fuera del control de los que las emplean, poniendo así en peligro a la población civil.”

Es evidente que estas últimas disposiciones podrían, llegado el caso, revestir una importancia particular en el marco de una reglamentación o de una prohibición para el empleo de las armas atómicas. Más tarde (14) volveremos sobre este punto.

#### B) EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA INTERVENCIÓN DEL TRABAJO FORZADO U OBLIGATORIO

En tiempo de guerra las reglas que garantizan la integridad del individuo y que prohíben el trabajo forzado sufren necesariamente serias limitaciones.

En lo que se refiere al problema de la transferencia de ciertas personas civiles a campos de internamiento o concentración, es medida que el derecho internacional consuetudinario parece admitir desde hace tiempo como legítima. Una confirmación de principio de esta afirmación la encontramos en el art. 5.<sup>o</sup> en relación con el art. 15, ambos del Convenio europeo antes citado. Un reconocimiento expreso de la posibilidad de adoptar medidas de internamiento se encuentra hoy contenido en las disposiciones de los arts. 41 y siguientes del IV Convenio de Ginebra de 1949 (15).

En cuanto al principio de la prohibición del trabajo forzado, esta regla del “derecho de la paz” se encuentra fuertemente limitada en tiempo de guerra. Ya el derecho internacional consuetudinario anterior a la II Guerra Mundial admitía la posibilidad del empleo de los súbditos de los Estados beligerantes o neutrales en trabajos realizados en las regiones donde se desarrollaban las operaciones militares. En lo que concierne a los prisioneros de guerra, tenemos normas en el art. 49 del III Convenio de Ginebra de 1949 y en el art. 6.<sup>o</sup> del Reglamento de La Haya de 1907 sobre Leyes y costumbres de la guerra, exceptuándose de los tra-

(14) Cf. en este trabajo el apartado N. c).

(15) Para los territorios ocupados: art. 78 del mismo Convenio, y en cuanto a la prohibición de la toma de rehenes, arts. 3 y 34.

oajos los oficiales prisioneros. Los arts. 40 y 41 del IV Convenio de 1949 contienen, por otra parte, una autorización bastante amplia que permite el obligar a personas civiles a realizar ciertos trabajos en tiempo de guerra. Este estado de cosas se encuentra, por otra parte, confirmado por las normas del art. 15 (en conexión con el 4.º) del Convenio europeo tantas veces citado, que reconoce de manera explícita la legitimidad de la imposición en caso de guerra de trabajos forzados u obligatorios prohibiendo solamente la "esclavitud" y la "servidumbre".

El problema relativo al derecho a la libertad y a la prohibición del trabajo obligatorio y forzado puede tener también una cierta importancia para las relaciones entre un Estado y sus propios súbditos o su pueblo en tiempo de guerra. Ciertamente que es en principio una cuestión de derecho interno, pero como sucede en lo que se refiere a la mayor parte de los Derechos del Hombre, esta cuestión se plantea igualmente en el derecho internacional. Si de un lado, los Derechos del Hombre deben ser protegidos por el derecho internacional y por otro "el Estado" y "el individuo" poseen una existencia diferenciada el uno del otro como se reconoció desde Juan Jacobo Rousseau, resulta adecuado plantearse la cuestión de si el servicio militar obligatorio puede ser reemplazado por un servicio obligatorio sin armas. En derecho internacional general este problema no tiene aún una respuesta válida. El derecho internacional regional europeo prevé, sin embargo, algunas reglas que son de aplicación. Así, por ejemplo, el Convenio europeo de los Derechos del Hombre dispone, en su art. 4.º, que "... todo servicio de carácter militar, o en el caso de objetores de conciencia en los países que reconocen la objeción de conciencia como legítima, cualquier otro servicio que reemplace el servicio militar obligatorio... no es considerado como... trabajo forzado u obligatorio...". Se da, por lo tanto, en este caso, un reenvío al derecho interno. Este mismo problema tiene, por otra parte, una cierta relación con otro, que es el de saber si un desertor puede ser considerado como prisionero de guerra por el adversario de su país de origen, pregunta a la que se puede encontrar una respuesta afirmativa en el artículo 4.º del III Convenio de Ginebra de 1949 que cubriría este caso si le concedemos una interpretación de carácter amplio. En efecto, esta disposición dice: "... las personas que... han caído

en poder del enemigo...". Otro problema próximo al anterior es el que hace referencia a la posibilidad del paso del Estatuto de prisionero de guerra al de internado, problema que aún se encuentra sin solución. Sólo hallamos a este respecto el art. 84 del IV Convenio que está concebido en estos términos: "Los internados han de ser alojados y administrados con separación de los prisioneros de guerra..." Sobre este punto, el artículo no es más explícito.

### C) EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL HONOR

A este respecto, conviene citar, especialmente, las disposiciones de los arts. 3, 1, c) de todos los Convenios de Ginebra de 1949, así como el art. 13 del III Convenio. La primera de estas disposiciones prohíbe, en lo que se refiere a los heridos, enfermos, prisioneros o personas civiles en tiempo de guerra, todo "atentado a la dignidad de las personas y en especial el trato humillante o degradante". Las disposiciones pertinentes del segundo artículo citado estipulan lo que sigue: "Los prisioneros de guerra deberán... en todo tiempo ser protegidos contra los insultos y la curiosidad pública". Disposiciones destinadas a proteger el honor del individuo en tiempo de guerra se encuentran igualmente contenidas en los siguientes artículos: 14 y 39 del III Convenio de Ginebra de 1949; 27 del IV Convenio, y 95 del mismo en lo que se refiere a los trabajos que las personas civiles internadas pueden verse obligadas a realizar; art. 130 del mismo Convenio, que dispone que "las autoridades en cuyo poder se encuentren velarán a fin de que sean enterrados honorablemente los internados fallecidos durante la cautividad". Aparte de los nuevos Convenios de Ginebra, la obligación de todo Estado de respetar incluso en tiempo de guerra el honor y la dignidad de la persona humana encuentra confirmación en las prescripciones del art. 15 (en conexión con el art. 3.º) del Convenio europeo antes citado, según el cual "... nadie puede ser sometido... a penas o tratamientos... degradantes..." y que ninguna derogación es admisible a este respecto, incluso "en caso de guerra".

## D) EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

El ejercicio de este derecho se encuentra también ampliamente limitado en tiempo de guerra y muy especialmente en lo que se refiere a los prisioneros de guerra y a los internados. Sin embargo, esta limitación debe mantenerse en sus justos límites, y a tales fines, los nuevos Convenios de Ginebra contienen determinadas garantías. Estas garantías se refieren especialmente al intercambio de informaciones de carácter personal y familiar sobre los prisioneros de guerra y sus familias, así como respecto a los internados civiles, por medio de las Potencias Protectoras. También para la población civil las necesidades de la guerra implican frecuentemente graves restricciones en los derechos relativos al respeto de la vida privada y familiar. Puede citarse como ejemplo el art. 49 del IV Convenio de Ginebra que prevé, entre otras medidas, la evacuación de la población civil, lo que ciertamente no podrá verificarse sin grave perturbación de la vida privada y familiar. Sin embargo, este mismo artículo contiene una serie de normas que deben ser respetadas en estos casos. La mayor parte de las demás disposiciones de los Convenios de Ginebra que se refieren al derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizan, en realidad, un "derecho de comunicación", aunque tal derecho sea únicamente un servidor o corolario del primero. Las más importantes de estas disposiciones son: los artículos 122 y siguientes del III Convenio; arts. 25, 26, 107 y siguientes, 125, 136 y siguientes del IV Convenio. En lo que concierne a las comunicaciones postales propiamente dichas de los prisioneros de guerra, hay que citar igualmente el art. 16 del Reglamento de La Haya de 1906 sobre leyes y costumbres de la guerra, y el artículo 71 del III Convenio de 1949. Como disposiciones de carácter general, el art. 27 del IV Convenio de 1949, que estipula expresamente que las personas civiles tienen, en tiempo de guerra, "derecho, en cualquier circunstancia, al respeto... de sus derechos familiares".

Aún podría citarse en esta materia el art. 46 del referido Reglamento de La Haya, que contenía ya una garantía de respeto a la vida familiar para las poblaciones de territorio ocupado. Como se acaba de decir, tal garantía puede verse afectada por las nece-

sidades de la guerra, sufriendo algunas, y a veces muy importantes restricciones, pero se encuentra prohibida la derogación total. Así, el derecho de comunicarse por escrito con los miembros de su familia, podrá ser sometido a ciertas condiciones (16), pero no podrá ser negado en absoluto a un prisionero de guerra.

#### El Derecho al Respeto de la Libertad de Religión

Este derecho tiene una amplia protección en las reglas hoy vigentes del derecho de la guerra. Pueden citarse, especialmente, las disposiciones siguientes: artículo 27 del Reglamento de La Haya que concede protección y respeto a los edificios destinados al culto; art. 23 del IV Convenio de Ginebra, que prevé ciertas excepciones para objetos destinados al culto, respecto al bloqueo de guerra; art. 46 del Reglamento de La Haya, que garantiza la libertad de religión en territorio ocupado; art. 18 del mismo Reglamento, y 33 y siguientes del III Convenio de 1949 sobre derecho de los prisioneros de guerra a la libertad religiosa y libre ejercicio de su culto, y art. 130 del IV Convenio de Ginebra, disponiendo que los internados fallecidos deben de ser enterrados "siempre que sea posible de acuerdo con los ritos de la religión a la que pertenecían". Además, el art. 27 del mismo Convenio otorga una garantía expresa a las "ideas y prácticas religiosas" en favor de las personas civiles en tiempo de guerra. La libertad de religión se encuentra igualmente protegida por las disposiciones de los arts. 38 y 58 de este Convenio, así como por el art. 76 del mismo, que hace referencia a la ejecución de las penas privativas

(16) Una especie particular de la garantía de los derechos familiares se encuentra en la disposición del art. 82 del IV Convenio de Ginebra que concede a las personas civiles internadas el derecho a que las medidas de internamiento prevean y respeten un cierto reagrupamiento de las familias. En lo que concierne al Estatuto de los refugiados, pueden confrontarse el Acuerdo relativo al funcionamiento de los Servicios del Alto Comisario de la Sociedad de Naciones para los refugiados de 1928; la Constitución de la Organización Internacional para los Refugiados, 1946 a 1952; el Estatuto de la Oficina del Alto Comisario de las Naciones Unidas (a partir de 1951), y el Acta final y Convenio relativos al Estatuto de los Refugiados (1951). Por lo que se refiere a los huérfanos, el art. 24 del IV Convenio de Ginebra de 1949 y las Normas dictadas por la UNICEF.

de libertad en territorio ocupado, y por los arts. 86 y 93 respecto a las personas civiles internadas. En este mismo orden de ideas pudiera señalarse el Estatuto de los Capellanes militares que acompañan a las fuerzas armadas (17).

#### F) EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS

Este derecho se encuentra también ampliamente garantizado y respetado por las normas contenidas en los arts. 24 y 50 del IV Convenio de Ginebra de 1949. Sus reglas aseguran incluso una cierta protección a los intereses de los padres en cuanto a la orientación de la educación de sus hijos, punto tratado de forma más explícita por el art. 2.º del Protocolo adicional al Convenio europeo de los Derechos del Hombre.

#### G) EL DERECHO AL RESPETO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE OPINIÓN

Las garantías sobre la libertad de expresión sufren, naturalmente, una reducción muy considerable en tiempo de guerra, y, por otra parte, las reglas del derecho de la guerra silencian, por así decirlo, esta materia. No encontramos, en efecto, más que una sola disposición que revista alguna importancia relativa a esta materia, y esta disposición es la del art. 78 del III Convenio de Ginebra de 1949 que concede a los prisioneros de guerra el derecho de dirigir peticiones a las autoridades competentes en relación a las condiciones en las que sufren cautividad. Por otra parte, cabe preguntarse en qué medida una Potencia ocupante puede proceder a determinados actos destinados a ejercer sobre el pueblo enemigo una cierta influencia o incluso una presión tendente a la modificación de las ideas, opiniones o ideología de la población. El derecho internacional actual no contiene regla alguna

---

(17) La libertad de religión desempeña también un cierto papel en cuanto al principio de no discriminación. Véase apartado M).

sobre la materia. Sin embargo, ciertos sucesos acaecidos al terminar la II Guerra Mundial podrán quizá orientar una futura legislación internacional en la materia (18).

#### H) EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Este derecho abarca tanto el derecho de acceso a los tribunales como el derecho de toda persona a que su causa sea juzgada equitativamente y con observancia de ciertas reglas procesales mínimas. De un modo general, el derecho a una administración de justicia regular aparece en el derecho de la guerra actual, muy especialmente por el hecho de que los nuevos Convenios de Ginebra prevén, por ejemplo, para los prisioneros de guerra y personas civiles que se encuentran en territorio enemigo, la posibilidad de hacerse asistir en los procesos penales o civiles por una Potencia Protectora.

Este derecho se encuentra, además, reforzado por todo un sistema de protección jurídica peculiar y suplementario, basado en la posibilidad otorgada en muchos casos por los Convenios de Ginebra, de que las Potencias Protectoras o el Comité Internacional de la Cruz Roja procedan a una especie de intervenciones humanitarias relativas a la aplicación de los derechos reconocidos por los Convenios. En el marco europeo, en virtud del Convenio de Roma ya citado, existe un sistema jurídico muy parecido, aunque más perfeccionado, y cuyo funcionamiento no se excluye para tiempo de guerra.

En lo que se refiere más particularmente al derecho de acceso a los tribunales, parece que es posible afirmar que ya antes de la II Guerra Mundial el derecho internacional consuetudinario aseguraba, en tiempo de guerra, a todos los súbditos enemigos el derecho de comparecer ante los tribunales y de beneficiarse a estos efectos con la asistencia de la Potencia Protectora. Según la práctica observada durante las dos Guerras Mundiales, este derecho puede ser, sin embargo, sometido a ciertas condiciones y restricciones. No obstante, hay una excepción y ésta se refiere a

---

(18) Véase en lo que se refiere a la libertad de opinión en relación al principio de no discriminación, el apartado M).

los Tribunales de presas, ante los cuales los extranjeros interesados conservar siempre el derecho de hacerse oír, de acuerdo con las reglas generalmente admitidas del derecho internacional (19).

Por lo que atañe a las nuevas normas convencionales de Ginebra, relativas al derecho a una administración de justicia regular, conviene hacer referencia, en primer lugar, a los arts. 3, apartado d) de todos los Convenios de 1949, en virtud de los cuales están "... prohibidas en cualquier tiempo y lugar... las condenas dictadas o ejecuciones efectuadas sin juicio previo ante un tribunal regularmente constituido y dotado con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados...". También tiene cierta importancia a este respecto la prohibición de la toma de rehenes dictada por los mismos artículos y por el art. 34 del IV Convenio de Ginebra, así como las disposiciones de los arts. 8 y 9 de los tres primeros Convenios, del artículo 126 del III y de los arts. 9, 10 y 30 del IV, en los que se establece el sistema de protección suplementaria al que antes aludimos. Idénticas garantías se otorgan para las personas civiles internadas en los arts. 43, 78, 101, 115 y 126 del IV Convenio en relación al examen judicial de las medidas de internamiento y a las reglas generales de procedimiento. En el mismo orden conviene mencionar igualmente las siguientes disposiciones: art. 78 del III Convenio de Ginebra, concediendo a los prisioneros el derecho de queja en relación con el régimen que se les aplica; el art. 84 del mismo Convenio que impone la existencia de tribunales militares que ofrezcan las garantías esenciales de independencia e imparcialidad generalmente admitidas, y muy particularmente un procedimiento adecuado; el art. 87, párrafo tercero, que prohíbe las penas colectivas; los arts. 96, 99, 105 y siguientes que contienen disposiciones muy detalladas respecto a los procedimientos judiciales de aplicación en su caso a los prisioneros de guerra, y, en fin, el art. 33, párrafo primero del IV Convenio de Ginebra, que también prohíbe las penas colectivas. Este mismo Convenio contiene, por otra parte, garantías especiales de orden procesal en relación con los procedimientos disciplinarios que pueden ser aplicados a los internados civiles.

---

(19) Cf. la declaración de Londres de 1900.

En el marco del examen de este derecho a una adecuada administración de la Justicia en tiempo de guerra, hay que reservar lugar especial al problema de los espías y saboteadores. A este respecto ya por el art. 30 del Reglamento de La Haya de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra, se prohibía la ejecución del espía capturado sin juicio previo. Hoy esta cuestión se encuentra regulada por el art. 5 del IV Convenio de 1949 que dispone que en estos casos pueden no tener aplicación a los espías y saboteadores algunas de las garantías del Convenio, pero hace constar, al propio tiempo que estas personas "no se verán privadas de su derecho a un juicio regular y equitativo".

#### 1) EL DERECHO AL RESPETO DEL PRINCIPIO "NULLA POENA SINE LEGE"

En el ámbito del derecho internacional general de guerra, este principio se encuentra reconocido por el art. 99 del III Convenio de Ginebra y el art. 65 del IV Convenio de 1949. El primero de estos artículos dispone que "ningún prisionero de guerra podrá ser perseguido o condenado por hechos que no estén expresamente castigados por la legislación de la Potencia que lo tiene en su poder o por el derecho internacional vigente el día en que se cometió el acto". En cuanto al segundo artículo, tiene aplicación en relación a la población civil del territorio ocupado y se produce en estos términos: "Las disposiciones penales dictadas por la Potencia ocupante... no pueden tener efectos retroactivos".

En el marco del derecho internacional regional europeo merece mención particular el art. 7 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre (en relación con el art. 15 del mismo Convenio). En virtud de estas disposiciones "nadie puede ser condenado por una acción u omisión que en el momento de cometerse no constituía infracción con arreglo al derecho nacional o internacional". También se previene que nunca se podrá imponer una "... pena mayor que la aplicable en el momento en que la infracción fué cometida" y que ninguna derogación puede admitirse para esta regla ni siquiera "en tiempo de guerra". Señalemos, además, que estas disposiciones son aplicables a todas las perso-

nas dependientes de la jurisdicción de los Estados Partes del Convenio de Roma y que son igualmente susceptibles de aplicación extraeuropea (20).

#### J) EL DERECHO A LA LIBERTAD PROFESIONAL

También este derecho sufre, en tiempo de guerra, numerosas restricciones, a veces extremadamente profundas y aplicables, en particular, a las profesiones comerciales. Por otra parte, especiales posibilidades de restricción se encuentran previstas por el artículo 54 del IV Convenio de Ginebra de 1949 respecto a determinados funcionarios o magistrados del territorio ocupado.

#### K) LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

En el derecho internacional de guerra, apenas se encuentran garantías relativas a los derechos sociales, y ello se explica puesto que esta clase de derechos fundamentales tiene una importancia menos acusada. Sin embargo, en los arts. 39 y siguientes del IV Convenio de Ginebra de 1949 se encuentran algunas disposiciones relativas al trabajo y asistencia aplicables a los extranjeros que se encuentren en tiempo de guerra en territorio de una de las Partes en conflicto. Hay que señalar, además, que el derecho internacional consuetudinario anterior a la II Guerra Mundial parecía reconocer un cierto derecho de las personas civiles a obtener la ayuda y asistencia por intermedio de la Potencia Protectora. Este derecho, en todo caso, podrá también beneficiarse con las disposiciones relativas a los derechos de un trato humano y del respeto de la dignidad.

#### L) EL DERECHO AL RESPETO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

El derecho internacional consuetudinario no prevé, en principio, ninguna protección contra las medidas de incautación o de confiscación tomadas en tiempo de guerra. Pudiera también, en

---

(20) Cf. *Die Friedenswarte*, vol. 54, núm. 3, 1958, págs. 257, 258 y 272.

este sentido, invocarse dentro del ámbito del derecho convencional las disposiciones del art. 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos del Hombre en relación con el art. 15 de dicho Convenio.

Pero este estado de cosas no excluye, sin embargo, la obligación de conceder después del fin de las hostilidades una indemnización a las víctimas de tales medidas. Tal obligación, por otra parte, fué reconocida en diversos tratados de paz. La obligación de indemnizar se desprende también de algunas disposiciones del Reglamento de La Haya de 1907 sobre Leyes y Costumbres de la Guerra, como los arts. 46 y párrafo segundo del art. 53. Hoy en día, esta obligación tiene un reconocimiento expreso en el art. 55 del IV Convenio de Ginebra de 1949 que impone, en ciertos casos, la concesión de una indemnización equitativa.

Por lo que se refiere a la protección directa de la propiedad privada en sentido estricto durante el tiempo de guerra, podemos encontrar numerosas disposiciones, y entre ellas han de citarse como más destacadas las siguientes: art. 46 del Reglamento de La Haya que protege la propiedad privada en territorio ocupado; artículo 23 apartado g) del mismo Reglamento, prohibiendo la destrucción o las medidas contra la propiedad privada cuando no resulten estrictamente necesarias para las necesidades de la guerra; art. 22 del mismo Reglamento, que prohíbe los ataques aéreos que tengan como finalidad la destrucción de la propiedad privada; los arts. 3, 4, 52 y 53, siempre del mismo Reglamento, de los que se deriva una cierta protección de la propiedad privada sobre determinados bienes que no tienen interés militar; el art. 33 del IV Convenio de Ginebra de 1949, que protege contra la destrucción la propiedad privada que se encuentra en territorio ocupado; el art. 97 del mismo Convenio, relativo a bienes de propiedad privada pertenecientes a personas civiles internadas; los artículos 15 del I Convenio y 18 del II Convenio, ambos de 1949, que protegen los heridos, enfermos o náufragos contra el pillaje y el despojo de los muertos; los artículos 18 y 59 del III Convenio de Ginebra, que otorgan una protección particular a objetos de propiedad privada pertenecientes a los prisioneros de guerra. En lo que se refiere más particularmente a la prohibición del pillaje, resulta evidente que constituye también una importante garantía para la propiedad privada en tiempo de guerra. Esta garantía se

«encontraba ya en el Reglamento de La Haya de 1907 y especialmente en sus artículos 28 y 47. Hoy en día, una prohibición semejante se encuentra en el art. 33, párrafo segundo del IV Convenio de Ginebra de 1949. Además, hay que resaltar que la prohibición de las represalias se extiende expresamente a las medidas que pudieran afectar a la propiedad privada. En efecto, el artículo 33, párrafo tercero de IV Convenio de Ginebra de 1949 dispone que “las medidas de represalia respecto a las personas protegidas *y sus bienes*, quedan prohibidas”. Señalemos, además, que diferentes reglas del derecho internacional general aplicables a la guerra marítima, protegen, en determinados casos, la propiedad privada contra el apresamiento, el secuestro o la confiscación. En el mismo sentido conviene citar algunas reglas del derecho internacional general relacionadas con el contrabando. Por otra parte, una mención especial merecen las disposiciones sobre la propiedad privada que se encuentra en la zona de operaciones militares. Trátese de bienes de neutrales o de bienes pertenecientes a súbditos de los Estados beligerantes, su confiscación y destrucción está permitida con arreglo al derecho consuetudinario, aunque pueda subsistir la obligación de indemnizar. Y, por fin, encontramos, dentro de este ámbito del respeto de la propiedad en tiempo de guerra, aunque un poco marginalmente, el Convenio de La Haya de 1954, y el Protocolo correspondiente, relativo a la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, Convenio que puede tener una cierta importancia respecto a determinados bienes de propiedad privada.

#### M) EL DERECHO A LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Las reglas más importantes del actual derecho de la guerra destinadas a otorgar una protección contra las medidas discriminatorias, se encuentran indudablemente en el art. 3.º de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que protegen, en tiempo de guerra, los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y personas civiles “... sin ninguna distinción de carácter desfavorable basada sobre la raza, el color, la religión o creencia, el sexo, el nacimiento, la fortuna o cualquier otro criterio análogo...”. Parecida importancia tienen los arts. 12 de los dos primeros Con-

venios y el 16 del III, que prohíben toda discriminación basada en criterios "de raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas u otras basadas sobre criterios análogos". En el mismo sentido han de citarse las normas del art. 13 del IV Convenio de 1949, según las cuales las prescripciones del Título II de este Convenio destinado a la protección de las personas civiles, "... abarcan al conjunto de la población de los países en conflicto, sin ninguna distinción desfavorable, especialmente por la raza, la nacionalidad, la religión o las opiniones políticas y tienden a atenuar los sufrimientos engendrados por la guerra". Sin embargo, una cierta discriminación se admite en el art. 4.º de este mismo Convenio, que distingue entre ciertos grupos de población civil y que prevé una protección a todos los extranjeros e incluso a los apátridas, pero que no abarca a los neutrales (con excepción de lo que exige su Estatuto en territorio ocupado), ni a los súbditos de un Estado beligerante ni a los súbditos de los Estados no ligados por el Convenio.

En cuanto a las disposiciones especiales que aseguran en el marco del derecho de la guerra actual, una protección contra medidas discriminatorias, se pueden citar como más destacadas: el art. 27, párrafo tercero del IV Convenio de Ginebra de 1949 que prohíbe todo trato discriminatorio de personas civiles, tanto en el territorio de los beligerantes como en territorio ocupado y especialmente el basado en criterios "de raza, religión u opiniones políticas"; los arts. 14, párrafo segundo, y 16 del mismo Convenio, que prohíben las discriminaciones en cuanto al régimen de cautividad entre hombres y mujeres; el art. 25 del III Convenio, que dispone que las condiciones de alojamiento de los prisioneros de guerra deberán ser tan favorables como las reservadas a las tropas de la Potencia que los tiene en su poder que se encuentren acantonadas en la misma Región; los arts. 87 y 88 del mismo Convenio, que hacen relación a la forma de dictar y ejecutarse las penas; los arts. 95 y 103 del propio III Convenio, que fijan para la prisión preventiva o detención provisional de los prisioneros de guerra condiciones análogas a las que en dicho caso se emplean por cada país para sus propias fuerzas armadas; y el artículo 106 del mismo Convenio, que excluye la discriminación en cuanto a las posibilidades de recursos en el ámbito del derecho penal militar.

N) ALGUNOS ASPECTOS PARTICULARES DE LA PROTECCIÓN  
DE DERECHOS DEL HOMBRE EN CASO DE GUERRA

Parecen merecer algunas consideraciones especiales los problemas de la toma de rehenes, de las represalias y de las penas colectivas.

a) *Prohibición de la toma de rehenes.*—Como ya indicamos, la toma de rehenes se encuentra prohibida por el derecho de la guerra actual. Las disposiciones más importantes en este sentido se encuentran en el art. 3.º de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como en el art. 34 del IV Convenio. De un modo general, la toma, y señaladamente la ejecución de rehenes, se considera contraria a las leyes de la humanidad. Además, hay que considerar que tales medidas infringen, como ya se hizo notar, de manera muy especial ciertas garantías de los Derechos del Hombre. Se trata, en efecto, del derecho a la vida, a la libertad y a una administración de justicia regular que exigen, entre otras cosas, que nadie sea castigado por un crimen que no ha cometido personalmente y respecto al cual no ha sido declarado culpable por tribunal legalmente constituido. Por lo tanto y en este punto podemos hacer referencia a las explicaciones que preceden. (Véase A. B. H. de la parte tercera del presente estudio.)

b) *Prohibición de penas colectivas.*—Esta prohibición se encuentra en parte fundamentada sobre los mismos principios que justifican la de la toma de rehenes. Aunque en este ámbito se trate de verdaderas “penas”, su aplicación no sólo violentaría el derecho fundamental a una normal administración de la justicia, sino también quebrantaría el principio de *nulla poena sine lege*. Por otra parte, hacemos referencia en la materia a las explicaciones que proceden (Apartados H) e I), así como el art. 33 del IV Convenio de 1949).

c) *Prohibición de las represalias.*—Esta prohibición se basa hoy día sobre textos convencionales expresos, como son el art. 46 del I Convenio, el 47 del II, el 13 párrafo tercero del III y el 33 párrafo tercero del IV, todos ellos de Ginebra de 1949 (Véanse también apartados A) y L) de la tercera parte de este estudio). El problema de las represalias reviste, en nuestros días, una par-

ticular importancia ante la posibilidad de una guerra atómica o nuclear. Numerosos autores han tomado posición respecto al problema de la legitimidad de las "represalias atómicas", y así, LAUTERBACH se pronuncia en la siguiente forma: "There is room for consideration whether the destruction and suffering —both immediate and consequential— entailed by the use of atomic weapon are not such as to plade it, in the words of the Geneva Conventions of 1949, outside the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilised peoples, from the laws of humanity and the dictates of public consciencie... For these reasons it is difficult to express a clear view as to whether an explicit prohibition of the use of the atomic weapon in warfare would be merely declaratory of existing principles of International Law... In the firts instance, its use must be regarded as permissible as a reprisal for its actual prior use by the enemy or his allies..." (cf.: Oppenheim, International Law, vol. II, 7<sup>th</sup> edition, p. 350). Aunque estimando que el uso de las bombas A y H es ilícito, SCHWARZENBERGER, en su libro "The Legality of Nuclear Weapons" (Londres, 1958, pág. 40), se pronuncia en cuanto a las represalias atómicas en idéntico sentido que LAUTERBACH. Entre los autores que hasta ahora se han pronunciado considerando ilícitas las represalias atómicas, podemos citar a DRAPER (obra citada, pág. 100). Por nuestra parte pensamos también que la utilización de armas nucleares en la medida en que su empleo no puede ser limitado estrictamente a objetivos militares aislados, resulta ilícita, tanto por su empleo en forma directa como bajo la forma de represalias más o menos definidas. En la mayor parte de los casos hay que considerar el empleo de bombas A o H como contrario al derecho internacional existente, puesto que también en la mayoría de los casos la explosión de tales bombas llevará consigo consecuencias catastróficas para la población civil que no podrá ser protegida contra sus efectos. Un argumento jurídico que puede servir de base para esta postura se encuentra, por otra parte, en las normas de los arts. 1 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, según los cuales los Estados Contratantes se han comprometido "a respetar y a hacer respetar" las nuevas reglas de derecho internacional de la guerra "en toda circunstancia". Razonablemente no podrá excluirse la norma prohibitiva de las represalias, aun en lo que se refiere a la guerra atómica.

## IV

EL PROBLEMA DEL CONTROL DE LA PROTECCION  
DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN TIEMPO  
DE GUERRA

El problema de un control eficaz de la protección de los derechos fundamentales en tiempo de guerra ha encontrado hasta ahora solamente soluciones esporádicas y muchas veces poco satisfactorias. Se puede distinguir entre un control de orden general y un control judicial.

En cuanto al control general, se puede constatar que se lleva a efecto en el derecho actualmente en vigor por medio de la intervención de tres categorías de órganos diferentes: a) Organos nacionales de control, b) Potencias Protectoras, c) Cruz Roja Internacional. En el primer caso nos encontramos ante un supuesto típico de desdoblamiento funcional que presenta todas las debilidades del sistema descrito por el profesor francés Georges SCHEER. Encontramos, por otra parte, este mismo supuesto en diversas disposiciones de los nuevos Convenios de Ginebra. La actuación de las Potencias Protectoras descansa, teóricamente, sobre el mismo principio. Sin embargo, la existencia de una diferencia profunda en el terreno de los intereses, en relación con la primera solución, conduce frecuentemente a resultados satisfactorios. La actuación de la Cruz Roja aparta completamente toda intervención o actuación unilateral. Cabe lamentar que la actuación llevada a cabo por este Organismo humanitario no pueda basarse, en la mayoría de los casos, más que en apoyos o influencias morales, que por importantes que puedan ser, llegado el caso, no pueden hacernos olvidar la ausencia de un poder ejecutivo internacional.

En cuanto al control judicial de la protección de los Derechos del Hombre en tiempo de guerra se imponen muy parecidas reflexiones. Al menos, por lo que se refiere a los nuevos Convenios de Ginebra, son numerosas las disposiciones que se refieren únicamente a los tribunales nacionales de los Estados controlados. Sólo en el ámbito del derecho convencional europeo es donde la situación puede considerarse como más favorable para soluciones

verdaderamente internacionales. El ya citado Convenio de Roma tiene aplicación incluso en tiempo de guerra. Su art. 15 incorpora las nuevas reglas de Ginebra al marco de las garantías ofrecidas por el Convenio, reconociendo, para caso de guerra y de manera expresa, "... las demás obligaciones que derivan del derecho internacional...". Como el Convenio de Roma prevé, por otra parte, un sistema muy completo de control judicial internacional por medio de una Comisión internacional, de un Tribunal europeo de los Derechos del Hombre, y, en su caso, del Comité de Ministros de una Organización internacional, así, como instituye un recurso individual abierto a todos, cualquiera que sea su nacionalidad, su domicilio o su residencia, la fiscalización ejercida en estos casos ofrece todas las probabilidades de resultar eficaz. Por lo que se refiere al derecho internacional general, resulta, por el contrario, que la aplicabilidad de un control judicial aparece como altamente dudosa. Se encuentra, en efecto, limitada por la competencia, notoriamente restrictiva, del Tribunal Internacional de Justicia. Sólo el art. 6.º del Convenio sobre genocidio ofrece mejores perspectivas. Hay que decir, además, que en la práctica del derecho de la guerra, al terminar la II Guerra Mundial, de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y de Tokio, no obstante el progreso considerable marcado por su institución, no resultó satisfactorio para todos. Por otra parte, ciertos procesos de menor importancia fueron vistos más tarde ante los tribunales nacionales. El profesor GUSTAVO RADBRUCH ha dado a la institución de los tribunales militares internacionales de la II Guerra Mundial su justa apreciación, al afirmar que el proceso de Nuremberg abre para el porvenir, y sobre todo para la salvaguardia de la paz, perspectivas más eficaces que las que radican en la Organización de las Naciones Unidas. Según este gran filósofo, el valor de este proceso para el porvenir del derecho internacional público puede concretarse en tres ideas:

— La toma en consideración del hecho de que el derecho internacional no obliga solamente a los Estados como tales, sino también a los gobernantes como personas y a los ciudadanos de cada Estado; lo que contribuye, de forma decisiva, a la evolución del derecho de gentes, que marcha así de un

estadio de derecho simplemente interestatal hacia el estadio de derecho mundial.

— El proceso de Nuremberg ha creado también, junto a los actos delictivos tradicionalmente admitidos por el llamado Derecho de Gentes clásico, es decir, junto a los crímenes de guerra, dos nuevos tipos de crímenes internacionales, que son el desencadenamiento de la guerra de agresión y los crímenes contra la humanidad, lo que constituye igualmente un paso adelante en el sentido de la evolución del derecho internacional en derecho mundial, y constituye una prueba de que por el derecho de intervención internacional y por el establecimiento de una jurisdicción internacional competente para conocer de los crímenes contra la humanidad, se ha reconocido que los actos contrarios a las leyes de humanidad, incluso cuando se cometen respecto a los conciudadanos, interesan a la humanidad entera.

— En fin, el proceso de Nuremberg ha dado lugar a la creación de un derecho internacional penal aplicable a delitos internacionales realizados por los gobernantes, hombres de Estado y otras personas (Cf.: G. RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948, págs. 107 y siguientes).

Es evidente que las instituciones creadas al finalizar la II Guerra Mundial para la represión de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, sólo constituyen una iniciación y que su desarrollo necesitaría para el porvenir bases de aplicación más generales. Pero, sin embargo, en el marco del derecho material de las reglas destinadas a salvaguardar las leyes de la humanidad y de los Derechos fundamentales de la persona humana, el derecho internacional, y en especial el derecho de la guerra han tenido un desarrollo realmente extraordinario. En el momento actual, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 han sido ratificados por setenta y cinco Estados; es decir, la casi totalidad de los miembros de la Comunidad de los Estados. En consecuencia, parece que es posible asegurar que las nuevas reglas del derecho de la guerra de Ginebra se han convertido en reglas generales del Derecho de Gentes. Añadamos, por otra parte, que las disposiciones del Reglamento de La Haya de 1907, sobre leyes y costumbres de la guerra, en la parte en que junto a los Convenios de Ginebra conservan su

vigor siguen ligando a más de cuarenta Estados, y que la ya citada Declaración de San Petersburgo es aún obligatoria para diecisiete Estados. En la constelación general de la actual política mundial se da, sin embargo, un hecho que merece una atención particular, y es el de que entre los setenta y cinco Estados que han ratificado hasta ahora los cuatro Convenios de Ginebra, figuran representantes de los dos grandes bloques, tales como los Estados Unidos de América, la U. R. S. S., España, Polonia, Francia, Checoslovaquia, el Reino Unido de Gran Bretaña, Corea del Norte, Vietnam del Norte, Vietnam del Sur y las dos Alemanias. Obtengamos de este hecho un juicio optimista y positivo sobre estos Convenios. Optimismo tanto más justificado cuanto se trata de preocupaciones fundamentales para el porvenir de la humanidad: del respeto a las leyes de la humanidad y la salvaguardia de los Derechos fundamentales del Hombre. Y es sobre este punto sobre el que queremos terminar este estudio. De su lectura, ¿no se comprueba que (por extraño que pueda parecer al primer golpe de vista, la mayor parte de las reglas actualmente en vigor en el derecho internacional de guerra tienen por finalidad... la protección de los Derechos del Hombre?