

CONTRIBUCION AL ESTUDIO DEL DERECHO HUMANITARIO BELICO: CONCEPTO, CONTENIDO Y NATURALEZA

por Antonio PASTOR RIDRUEJO

Teniente Auditor. Profesor A. de Derecho Internacional
de la Universidad de Zaragoza

I

Una expresión que se impone de día en día entre los cultivadores del Derecho de Guerra es la de "Derecho Humanitario Bélico". KUNZ (1), por ejemplo, escribe: "Ahora bien, tenemos afortunadamente una parte del Derecho de Guerra donde todos están de acuerdo... y hay unidad en favor del Derecho Humanitario de Guerra. Esta parte del Derecho de la guerra, que quiere, en primer lugar, proteger a las víctimas de la guerra, posee una codificación muy reciente en las nuevas convenciones de Ginebra de 1949" (2).

Dentro, pues, del Derecho de Guerra, y concretamente en el seno del *ius in bello* (3), existen unas reglas que tienden a espe-

(1) KUNZ (Josef L.): *La problemática actual de las leyes de la guerra*. Valladolid, 1955, pág. 139.

(2) Hagamos notar también la proliferación de trabajos que en los últimos tiempos tratan de conciliar violencia bélica y exigencias humanitarias. Citaremos, a título de ejemplo, los siguientes: *L'Humanisation de la Guerre Aérienne*, de CHARPENTIER, París, 1938; *Humanität und Völkerrecht*, de SCHÄTZEL, Bonn, 1957; *Luftkrieg und Menschlichkeit*, de SPETZLER, Göttingen, 1956; etc.

(3) Conocidas son las dos ramas fundamentales del Derecho de Guerra: *ius ad bellum*, que regula el derecho a hacer la guerra, y *ius in bello*, que reglamenta la conducción de las hostilidades.

cializarse. Se trata de las leyes humanitarias, que persiguen esencialmente la protección de las víctimas de la guerra y que se integran, en lo fundamental, por los recientes Convenios de Ginebra de 1949, a saber: el "Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre mejora de la suerte de heridos y enfermos de los ejércitos en campaña"; el "Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre mejora de la suerte de heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar"; el "Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato de prisioneros de guerra", y el "Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra" (4). Hay que señalar que estos Convenios, como en general todos aquellos que desde 1864 se inspiran en fines humanitarios, han sido elaborados por la iniciativa incansable del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Hasta aquí lo que sabemos del Derecho Humanitario Bélico, los datos que nos van a servir de punto de arranque. Pues nosotros queríamos en este trabajo precisar con el mayor rigor posible el concepto, contenido y naturaleza de lo que se ha dado en llamar "Derecho Humanitario Bélico".

El Derecho Humanitario, se dice en primer lugar, trata de proteger a las víctimas de la guerra, a aquellas personas que, a consecuencia de las hostilidades, se encuentran en situación de manifiesta desventaja, de extremo peligro. Como cuestión previa se nos ofrece, pues, la de considerar quiénes sean tales víctimas.

Evidentemente, víctimas de la guerra no son, ni pueden ser, sino las personas. Pero el estado de guerra introduce una importante diferenciación entre los súbditos de la nación beligerante: la de combatientes y no combatientes. Siendo un principio clásico en Derecho de Gentes que los combatientes tienen derecho a empuñar las armas y los no combatientes no, cabe pensar que la violencia bélica solamente a los primeros debiera afectar; que la población civil pudiera verse libre de las consecuencias nocivas de las guerras. Mas aunque así se ha entendido en el período de la

(4) Estos Convenios se ratificaron por el Gobierno español el día 4 de agosto de 1952. Fueron publicados en los *Boletines Oficiales del Estado* de 23 de agosto, 28 de agosto, 5 de septiembre y 2 de septiembre, respectivamente. En agosto de 1968 se adhirió el nuevo Estado de Gambia, con lo que el número de Estados partes se elevó a 71.

historia europea comprendido entre la paz de Westfalia (1648) y la primera guerra mundial (5), lapso, como vemos, relativamente corto, es lo cierto que en la mayor parte de la historia y en el resto del planeta las guerras han afectado, casi por igual, a combatientes y a población pacífica. Y en los críticos momentos que vivimos daños bélicos gigantescos amenazan indistintamente a unos y otros. Hoy por hoy, tanto los combatientes como la población civil son víctimas de la guerra.

El Derecho Humanitario Bélico, permósenos la insistencia, trata de evitar a las personas los daños bélicos. Mas es evidente que no puede amparar a cualesquiera individuo contra la totalidad de los daños derivados de las hostilidades.

No hay que olvidar, en efecto, que la guerra supone la violencia y que el Derecho de Guerra la autoriza en determinados casos. El fenómeno bélico exige que millares de soldados mueran en el campo de batalla. Todo soldado corre el riesgo de perder la vida. ¿Le podrá amparar contra tal peligro el Derecho Humanitario Bélico? Ciertamente que no. Si el Derecho autoriza la guerra (6), debe permitir los actos necesarios para su fin, esto es, para la obtención de la victoria. Y como el ataque a los contingentes humanos armados es conducta bélica necesaria, el Derecho de Guerra no podrá excluir los riesgos que de la misma resulten. Ahora bien, el ataque directo a la población civil es un acto bélico superfluo (7). El Derecho podrá proscribir por ello los daños que de tal ataque se deriven.

Tenemos así que entre los daños que sufren las personas a lo

(5) Principio ROUSSEAU-PORTALIS, sintetizado en el *Contrato Social* (IV, I) con las siguientes palabras: "La guerra no es una relación de hombre a hombre, sino de Estado a Estado, en que los particulares no son enemigos más que accidentalmente, no como hombres ni como ciudadanos, sino como soldados. Siendo el fin de la guerra la destrucción del Estado enemigo, hay derecho a matar a sus defensores mientras conservan sus armas en la mano; pero en cuanto las entregan y se rinden..., no hay derecho sobre sus vidas."

(6) Cuestión crucial del *ius ad bellum*. A nuestro juicio caben las guerras justas.

(7) Se ha puesto de relieve sobradamente, según veremos, en la segunda guerra mundial. Los expertos militares admiten que la ventaja derivada de tales ataques fué muy pequeña y, desde luego, inferior a la que hubiese resultado de ser efectuados contra objetivos militares.

largo de las hostilidades unos son necesarios —para el fin de la guerra, se sobreentiende— y otros superfluos. Los daños necesarios están justificados. El Derecho Humanitario Bélico sólo podrá excluir los daños superfluos.

¿Y por qué el adjetivo “humanitario”? Los daños que el Derecho Humanitario de Guerra tiende a evitar son los que implican una violación de los derechos fundamentales de la persona, de los derechos inherentes a su cualidad humana. Y de aquí el calificativo “humanitario”. Todo individuo, por el simple hecho de ser persona humana, posee una serie de derechos fundamentales: derecho a la vida, a la integridad corporal, a las prácticas religiosas, al honor, etc. Se trata de derechos de los que no se puede disponer, intransmisibles, personalísimos. La guerra crea indudablemente situaciones propicias para la vulneración de tales derechos. El derecho a la vida peligra constantemente entre los soldados y aun entre la población pacífica bajo el fuego de las armas. Este y otros derechos, como el derecho al honor, a las garantías jurídicas esenciales, corren el riesgo de ser violados en el supuesto de individuos pacíficos sometidos al poder del gobierno enemigo, o en el caso de prisioneros de guerra. El Derecho Humanitario Bélico persigue precisamente que tales derechos sean respetados aun en aquellas situaciones bélicas que resulten sumamente propicias para su quebrantamiento.

Tras lo escrito, creemos que es posible llegar a un concepto del Derecho Humanitario Bélico: estará constituido por cuantas reglas pretendan la protección de los derechos fundamentales del individuo contra los daños bélicos superfluos.

II

Partiendo de este concepto, se puede ya intentar un esquema del contenido de aquel Derecho con sólo considerar qué daños son necesarios y cuáles superfluos entre los muchos que en tiempo de guerra amenazan a combatientes y a no combatientes.

1. Empecemos examinando los riesgos que corren las personas combatientes. En primer lugar, todos aquellos que integran un ejército ven amenazadas continuamente su vida e integridad corporal por los efectos de las armas. Pero tal riesgo, según he-

mos argumentado, es absolutamente necesario. La violencia viene exigida por la propia naturaleza de la guerra, y está bien claro que dicha violencia debe afectar no sólo a las cosas, a los medios materiales, sino también a las personas que oponen resistencia activa a la misma y la ejercen por la parte contraria. Se trata de un riesgo necesario situado, en consecuencia, fuera del radio de acción del Derecho Humanitario.

Mas la violencia bélica ha de tener ciertos límites incluso con relación a las personas combatientes. El fin inmediato de la violencia es reducir la resistencia del enemigo, para lo cual no es necesario en todos los supuestos exterminarlo. En principio se autoriza la muerte del soldado enemigo porque la violencia encaminada a vencer su resistencia es de muy difícil graduación. Para reducir a la impotencia al individuo adversario no se precisa su muerte, claro es, sino tan sólo determinadas lesiones. Pero evidentemente resulta imposible un control de la violencia bélica que permita inferir al enemigo únicamente los daños, las lesiones estrictamente necesarias para lograr su inactividad. De aquí que se permita, en principio, repetimos, la muerte del soldado enemigo.

Hay combatientes, sin embargo, que han sufrido heridas bastantes para ocasionarles la impotencia deseada por el adversario. Su vida, su posible conducta bélica, ningún obstáculo suponen ya a que el enemigo se alce con la victoria. Y, en consecuencia, los daños bélicos que amenazan a los militares heridos son superfluos. Caen así de lleno en la esfera de acción del Derecho Humanitario Bélico, que no sólo debe reprobear toda violencia bélica contra los mismos, sino también que sean abandonados, saqueados, etc.

Tenemos, pues, una primera situación que debe quedar protegida por el Derecho Humanitario Bélico: la de los militares heridos y enfermos. Fué precisamente en este campo donde se hizo sentir con mayor urgencia la necesidad de un Derecho protector cimentado en postulados humanitarios. En las contiendas del siglo pasado el progreso que en general habían experimentado las armas a pólvora determinó que el número de militares heridos aumentase considerablemente. La guerra de Crimea, la de Secesión de los Estados Unidos y las que asolaron el territorio italiano produjeron gran número de víctimas entre los combatientes. HENRY DUNANT, fundador de la Cruz Roja, nos ha relatado con pluma conmovedora el sangriento aspecto que ofrecía el campo de batalla de

Solferino, tras el combate entre frauco-sardos y austríacos (8). En 1864 el Consejo Federal Suizo convoca, a instancias de la Cruz Roja, una conferencia internacional, que debiendo poner remedio a la situación de los combatientes heridos, adoptó el Convenio de Ginebra del mismo año sobre militares heridos en el campo de batalla. El Convenio, que constituye la primera manifestación positiva del Derecho Humanitario Bélico, fué modificado por el de 6 de junio de 1906 sobre mejora de la suerte de heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, que estuvo en vigor hasta que, en 27 de julio de 1929, se concluyó en Ginebra otro Convenio con idéntico nombre y finalidad. La experiencia de la segunda guerra mundial hizo necesaria una revisión del Convenio de 1929, empresa acometida por la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949, que, entre otros, dió a luz al vigente "Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre mejora de la suerte de heridos y enfermos de los ejércitos en campaña".

Constando el Convenio de 64 artículos, algunos muy extensos, se hace muy difícil dar una noticia sucinta del mismo. Digamos que se protege con la suficiente amplitud a los miembros de las fuerzas armadas y asimilados de las partes contendientes que se hallaren heridos o enfermos. Así, el art. 12 los exceptúa de la violencia bélica, al prescribir respetarlos y protegerlos en todas circunstancias: el art. 15 ordena la adopción, después del combate, de las medidas necesarias para buscarlos, recogerlos, ampararlos contra el saqueo y los malos tratos, etc.; por su parte, los arts. 19 y siguientes establecen el régimen de las formaciones y establecimientos sanitarios, disponiendo desde luego que "en ningún caso podrán ser objeto de ataques"; los arts. 24 y siguientes se refieren al personal sanitario, al destinado a la administración de los establecimientos y a los capellanes, los cuales "habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias".

2. La protección de heridos y enfermos de las fuerzas navales requiere reglas especiales. Ya en la primera conferencia de la paz se adopta el Convenio de La Haya de 29 de julio de 1899 para la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864, cuya revisión por la segunda Conferencia de la Paz da lugar al Convenio de La Haya de 18 de

(8) *Un souvenir de Solferino.*

octubre de 1907 para adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 6 de julio de 1906. También se sintió la necesidad de poner al día este segundo Convenio, tras la experiencia de la segunda guerra mundial, por lo que la Conferencia Diplomática de 1949 acordó el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre mejora de la suerte de heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

Las líneas fundamentales del Convenio son las siguientes: se ampara a los miembros de las fuerzas armadas y asimilados que, encontrándose en el mar, resultaren heridos, enfermos o náufragos, ordenando que deberán ser “respetados y protegidos en todas las circunstancias” y “tratados y cuidados con humanidad” (artículo 12); se impone a las partes contendientes, después de los combates, la obligación de adoptar las medidas necesarias para buscar y recoger a los náufragos y enfermos (art. 18); se proclama que los buques hospitales militares no podrán en ningún caso ser atacados ni apresados (art. 22); se manda respetar al personal médico y religioso y tripulación de tales buques (art. 36); se prohíbe apresar y confiscar los transportes sanitarios (art. 38); etcétera.

3. Un daño bélico que amenaza asimismo a las personas combatientes es el de caer en poder del enemigo y convertirse en prisioneros de guerra. Es este evidentemente un riesgo necesario, un daño bélico exigido por el fin de las hostilidades y que el Derecho Humanitario no puede, en consecuencia, excluir. Ahora bien, durante el cautiverio de guerra son innumerables los peligros innecesarios que corren los combatientes. El fin de la guerra exige ciertamente la privación de la libertad de los prisioneros hasta el cese de la contienda, pero en manera alguna que se les dispense un trato incompatible con su cualidad de personas humanas, que no sean satisfechas sus necesidades alimenticias, médicas, higiénicas, como tampoco la incomunicación con los miembros de su familia, los abusos, las arbitrariedades, etc. Son todos estos daños superfluos no justificados por el fin bélico y que el Derecho Humanitario ha de evitar.

Secularmente la suerte sufrida por los prisioneros de guerra ha sido de lo más desgraciada. Se les ha sacrificado, se les ha reducido a esclavitud e incluso se les ha incorporado al ejército ene-

migo. Hasta 1899 no han existido reglas positivas que les protegieran. En el año 1929 se adopta en Ginebra el "Convenio de 27 de julio de 1929 relativo al tratamiento de prisioneros de guerra". También en 1949 se sintió la necesidad de mejorarlo, y por ello fué sustituido por el "Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato de prisioneros de guerra", que constituye el Derecho vigente en la materia.

Proclama el Convenio el principio general de que los prisioneros de guerra se hallan en poder de la Potencia enemiga, pero no de los individuos o cuerpos de tropa que los hayan aprehendido (artículo 12); ordena que sean tratados en todas circunstancias con humanidad y prohíbe cualquier acto u omisión que les acarree la muerte o ponga en peligro su salud, así como las mutilaciones físicas y las experiencias médicas en sus personas (art. 13); les reconoce el derecho en todas circunstancias al respeto de su persona y de su dignidad (art. 14); impone a las Potencias la obligación de atender gratuitamente a su manutención y de procurarles la asistencia médica; se reglamenta, en fin, con todo cuidado el cautiverio, así como la liberación y repatriación, que deberá tener lugar durante las hostilidades para los enfermos y heridos graves, y al fin de las mismas para los demás (arts. 109 y 118).

4. Y entremos ya a examinar los daños bélicos que amenazan a las personas pacíficas, a la población civil. La guerra provoca, en efecto, numerosas situaciones de peligro para las personas no combatientes. Tales situaciones se pueden reducir a las tres siguientes:

a) Situación de la población civil, se encuentre dondequiera que sea, sometida a su propio gobierno, o al gobierno enemigo, que se halla expuesta a perecer bajo los efectos aniquiladores del armamento moderno. Mas se impone una pregunta. ¿No serán hoy necesarios y, por lo tanto, justificados los ataques contra la población civil? La cuestión, que puede ser discutible en el terreno de la teoría, no ofrece en la actualidad, tras la dolorosa experiencia de la segunda guerra mundial, ningún género de dudas. Admiten en nuestros días los expertos militares que los ataques directos contra las personas pacíficas no produjeron la ventaja militar que de ellos se esperaba y que, en todo caso, resultó ésta mucho menor de la que se hubiese conseguido dirigiendo tales ataques contra

objetivos militares (9). No son, pues, dichos ataques estricta y directamente necesarios para la obtención de la victoria. Y el Derecho Humanitario los debe prohibir.

Ocurre, sin embargo, que si tal prohibición se halla viva en el Derecho consuetudinario (10), ninguna regla convencional la preconiza expresamente. Ciertamente existe el llamado Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección a las personas civiles en tiempo de guerra. Pero la protección que tales reglas dispensan es sumamente limitada (11), tanto por lo que se refiere a las personas protegidas, como a los daños bélicos de que se les ampara. Pues, de una parte, se delimita estrechamente el concepto de persona protegida (art. 4.º), y de otra, se les defiende solamente de las medidas arbitrarias y antijurídicas que pudiera tomar la autoridad enemiga de la que dependan, y no contra los efectos de las armas. Ni incluso en el título segundo del Convenio, que cuenta con un mayor ámbito de aplicación y cuya rúbrica "Protección general de las poblaciones contra ciertos efectos de la guerra" hace esperar una protección suficiente, abarca a toda la población pacífica y la defiende contra toda clase de efectos bélicos.

De aquí que con posterioridad a 1949 el Comité Internacional de la Cruz Roja se haya esforzado en llenar la laguna mediante la fijación de las reglas oportunas. En 1955 elaboró dicho Comité el denominado "Proyecto de Reglas para la protección de las poblaciones civiles contra los peligros de la guerra sin discriminación". Y en 1956 revisó tales reglas, que dejaron paso al "Proyecto de Reglas para limitar los riesgos que corre la población civil en tiempo de guerra". Este segundo Proyecto ha sido discutido

(9) Vld. N. SLOUTZKY: *Le bombardement aérien des objectifs militaires*, "Revue Générale de Droit International Public", 1957, pág. 365. MARCEL SIBERT: *Remarques et suggestions sur la protection des populations civiles contre les bombardements aériens*, "Revue Générale de Droit International Public", 1955, pág. 185. CASTREN ERIK: *La protection juridique de la population civile dans la guerre moderne*, "Revue Générale de Droit International Public", enero-marzo 1955, pág. 133. Comentarios del CICR al Proyecto de Reglas para limitar los riesgos que corre la población civil en tiempo de guerra. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, septiembre 1956, pág. 60.

(10) Así lo sostiene SPETZLER, op. cit., pág. 393.

(11) SPETZLER: op. cit., pág. 84. SIBERT, op. cit., pág. 183.

por la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, reunida en Nueva Delhi en otoño de 1957, y en mayo de 1958 ha sido sometido, junto a las actas de las deliberaciones de dicha conferencia, a la opinión de los gobiernos. Ni que decir tiene que el día en que tales reglas se transformen en Derecho positivo constituirán una parte muy importante del Derecho Humanitario Bélico.

b) Situación de las personas civiles que durante las hostilidades se encontraren en territorio enemigo y que corren el riesgo de sufrir un tratamiento antijurídico o arbitrario. Actos como la confiscación de sus bienes, la privación injustificada del trabajo y medios de subsistencia, la prohibición de salida del territorio, la prisión y el internamiento igualmente injustificados, son frecuentes en una tal situación. Y como estos daños son de todo punto innecesarios para conseguir el fin de la guerra, han de ser excluidos por el Derecho Humanitario Bélico.

Pues bien, tales daños sí que se hallan prohibidos por el Convenio de Ginebra de 1949 sobre protección a las personas civiles en tiempo de guerra. Precisamente la sección segunda de su título tercero lleva por rúbrica "Extranjeros en el territorio de una parte contendiente". Los preceptos que integran tal sección reconocen a las personas protegidas una serie de derechos —a salir del territorio, a recibir socorros individuales y colectivos, a practicar su religión, al trabajo, etc.— que, junto con los derechos fundamentales proclamados en la sección anterior en favor de toda persona protegida —derecho a la vida, al honor, a los hábitos y costumbres, etc. (art. 27)—, significan una eficaz protección. Reglamenta además el Convenio las medidas restrictivas de derechos, como la residencia forzosa y el internamiento, de acuerdo con los más estrictos postulados humanitarios.

c) Situación de la población civil cuyo territorio se encuentra ocupado por tropas enemigas. Esta situación, muy semejante a la anterior, lleva consigo una serie de peligros absolutamente superfluos para las personas pacíficas. Exterminaciones y deportaciones masivas, detenciones, internamientos y procesos ilegales, trabajos forzados, miseria sin cuento, son las desventuras que han conocido millones de europeos, habitantes de territorios ocupados por tropas enemigas, en la pasada contienda mundial.

También el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección a las personas civiles, teniendo en cuenta la no

necesidad de tales riesgos, defiende enérgicamente los derechos de la población pacífica que pudieran ser violados. Aparte de las disposiciones generales contenidas en la sección primera del título tercero, que consagran los derechos fundamentales de las personas protegidas, existen las de la sección tercera del mismo título, cuya rúbrica es la de "Territorios ocupados", que además de reconocer una lista de derechos a los individuos —a salir del territorio, a recibir los envíos de auxilio, etc.—, imponen obligaciones a la Potencia ocupante en orden al mejor aprovisionamiento de la población, educación de los niños, necesidades médicas e higiénicas, etcétera, y les prohíben determinados actos, como los traslados en masa o individuales de carácter forzoso, el obligar a las personas a servir en sus propios contingentes armados o auxiliares, destruir las propiedades públicas o privadas mientras no lo exijan las operaciones bélicas, señalando, finalmente, una serie de garantías jurídicas, penales y procesales de estricta observancia para todos los supuestos de enjuiciamiento de las personas protegidas. Las medidas restrictivas de los derechos —residencia forzosa e internamiento— son también reguladas en armonía con las exigencias humanitarias.

He aquí trazado un modesto esquema del contenido del Derecho Humanitario Bélico. Como se puede ver, en el orden positivo la importancia de los cuatro Convenios de Ginebra es extraordinaria. Por lo que respecta a las personas combatientes, las víctimas de la guerra son protegidas suficientemente de los daños bélicos. Ahora bien, en lo que toca a las personas pacíficas, no obstante haber tenido consagración positiva numerosas reglas humanitarias, queda por hacer lo principal: proteger a la población civil contra los efectos de las armas. Confiamos en que el buen sentido se imponga entre los gobiernos y que el "Proyecto de reglas para proteger a la población civil en tiempo de guerra", que con tanto entusiasmo ha preparado el Comité Internacional de la Cruz Roja se transforme pronto en un cuerpo de leyes positivas.

III

Permítasenos, como punto de partida en la indagación de la naturaleza del Derecho Humanitario de Guerra, recordar una vez

más su concepto: reglas que protegen los derechos fundamentales de la persona humana contra los daños bélicos superfluos.

1. Tenemos así, en primer lugar, que el Derecho Humanitario Bélico viene constituido por reglas protectoras y que se trata de un Derecho protector y, como tal, integrado principalmente por normas prohibitivas. Mas conviene que aclaremos este extremo.

El *ius in bello*, desde un punto de vista extrapositivo, es de naturaleza eminentemente permisiva. Por el hecho de entrar en guerra —en una guerra justa o legal, se entiende—, el *ius in bello* autoriza a una determinada Potencia la realización de ciertos actos que no le están permitidos fuera de las hostilidades, como el atentar contra la vida de las personas combatientes, hacer prisioneros de guerra, ocupar el territorio enemigo. Hay que reconocer que al lado de estas normas permisivas existen en el *ius in bello* otras de carácter prohibitivo, como la que reprueba hostilizar a la población civil, sacrificar a los prisioneros de guerra o destruir la propiedad privada. Pero sólo el *ius in bello* permisivo implica derogación del régimen común. El prohibitivo proscribe conductas prohibidas también fuera de la guerra. Ciertamente es que la especial situación de la población civil, la de los prisioneros de guerra, son situaciones bélicas, provocadas por la guerra; es el fenómeno bélico el que les da sentido. Pero las normas protectoras aplicables a tales situaciones (prohibición del ataque directo a la población civil, del sacrificio de los prisioneros de guerra), lejos de entrañar una derogación a las reglas generales vigentes fuera de las hostilidades (prohibición de atentar contra las vidas humanas en general), suponen una ratificación, una especial confirmación de las mismas. Las normas que rigen fuera de la guerra son: se debe respetar a la vida humana, se prohíbe todo atentado contra la misma. El Derecho Humanitario Bélico, como *ius in bello* prohibitivo que es, recuerda, ratifica, confirma tal precepto en cuantas situaciones provocadas por la guerra está particularmente expuesto a una violación. Pero, repetimos, a diferencia de lo que ocurre con el *ius in bello* permisivo, las normas prohibitivas no derogan el régimen común.

El Derecho Humanitario Bélico es un derecho protector y, en consecuencia, prohibitivo. De aquí que en el campo positivo desempeñen sus preceptos una doble función: reconocer a las personas beneficiarias cuantos derechos fundamentales del individuo no

deban desaparecer ante la conducta bélica necesaria para el fin de la guerra y prohibir a las Potencias cuantos actos pudieran implicar una vulneración de esos derechos.

La peculiar naturaleza de los derechos protegidos —derechos humanos fundamentales— hace que el Derecho Humanitario Bélico necesite un campo de aplicación lo más amplio posible. Por ello no cabe sujetar su eficacia a instituciones de carácter restrictivo, como son la reciprocidad o la cláusula *si omnes*.

Una y otra cláusula suponen una limitación en la aplicación de las normas de Derecho internacional, incompatible con la naturaleza del Derecho Humanitario. La cláusula de reciprocidad exige, para que una regla internacional de carácter convencional beneficie a determinadas personas, que el gobierno de estas personas se haya comprometido a conformarse a aquella regla. La cláusula *si omnes*, por su parte, pide para que una regla bélica de carácter convencional se haga aplicable en un conflicto determinado, que todos los Estados contendientes se hallen vinculados por la misma, de manera que si una de las Potencias que interviene en la disputa no está obligada por ella, las restantes no vienen obligadas a observarla, ni siquiera en sus relaciones recíprocas (12).

Tratándose de reglas humanitarias ni una ni otra limitación tienen razón de ser. La cláusula de reciprocidad puede encontrar justificación en otros campos del Derecho internacional, pero no en el abarcado por el Derecho Humanitario, pues, evidentemente, no cabe subordinar el respeto a los derechos fundamentales de una persona —vida, honor, integridad corporal— a la conducta de su gobierno (13). La cláusula *si omnes* debe ser igualmente rechazada por el Derecho Humanitario Bélico, ya que se trata de una limitación arbitraria, de orden formal, sin razón alguna de ser.

Por otra parte, el matiz protector de las reglas humanitarias

(12) La cláusula *si omnes* fué adoptada por los Convenios de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre de 29 de julio de 1864 y 18 de octubre de 1907.

(13) Argumento sostenido con energía por la delegación rusa, al discutirse en la Conferencia de Ginebra de 1949 el Convenio sobre protección a las personas civiles. Vid. *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, editadas por el Departamento Político federal suizo, II, B, páginas 371 y sigs.

exige que se apliquen no sólo en los supuestos de guerras declaradas y reconocidas como tales por las Potencias beligerantes, sino en todos los casos de hostilidades efectivas. Los daños bélicos que el Derecho Humanitario Bélico trata de evitar se producen tanto si se han reconocido las hostilidades, como en la hipótesis contraria. Consiguientemente, no se debe subordinar la aplicación de sus preceptos a un reconocimiento formal del estado de guerra.

Los Convenios de Ginebra de 1949, si bien excluyen expresamente la cláusula *si omnes* y no hacen depender su eficacia de un reconocimiento formal de las hostilidades, de acuerdo con las exigencias humanitarias que hemos considerado, se inspiran, no obstante, en el principio de la reciprocidad. El art. 2.º, idéntico para todos ellos, dice: "Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las altas partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por una de ellas. El Convenio se aplicará igualmente en todos los casos de ocupación de todo o parte del territorio de una alta parte contratante, aunque esta ocupación no encuentre resistencia alguna militar. Si una de las potencias contendientes no fuere parte en el presente Convenio, las Potencias que no son parte en éste quedarán obligadas por el mismo en sus relaciones recíprocas. Quedarán obligadas además por el Convenio respecto a la dicha Potencia siempre que ésta aceptase y aplicare sus disposiciones."

La exclusión de la cláusula *si omnes* y la no subordinación de la eficacia de los Convenios a un reconocimiento formal de las hostilidades están bien claras. No tanto así la aceptación del sistema de reciprocidad. Pero poniendo en relación este artículo con otros de los diversos Convenios, se comprende fácilmente que la reciprocidad impera en ellos.

Por lo que respecta a los Convenios I, II y III —sobre heridos y enfermos en la guerra terrestre, sobre heridos y náufragos en el mar y sobre prisioneros de guerra, respectivamente—, el hecho de que sólo se apliquen las reglas en las relaciones recíprocas de las Potencias partes en las mismas, y la circunstancia de que únicamente son personas protegidas los miembros de las fuerzas armadas y asimilados de las partes contendientes (arts. 13, 13

y 4.º, respectivamente) implican que no beneficie el Convenio a los componentes del ejército de una Potencia no signataria.

Se puede argumentar que en este supuesto la institución de la reciprocidad opera justamente, pues es lógico que quienes no observan determinadas reglas no deban verse amparados por ellas. Mas la objeción no es sostenible. En primer lugar, porque el no haber firmado el Convenio no supone forzosamente una conducta bélica esencialmente contraria a sus disposiciones. Y en segundo término, porque buena parte de las reglas del Convenio protegen derechos fundamentales del individuo, que se deben respetar aun en el supuesto de que el mismo individuo no se haya comprometido a respetarlos o, efectivamente, no los respete. Si una de las Potencias contendientes desconoce los derechos fundamentales del individuo mediante el sacrificio, supongamos, de los prisioneros de guerra, ¿admitiríamos sin más que pueda hacer lo mismo la otra parte? Desde luego que no. Ciertamente se debe proceder a la reparación del orden jurídico perturbado, mas tal reparación no puede consistir en acciones semejantes que ni siquiera supondrían en todos los casos el castigo de las personas responsables.

Claro que se puede alegar que entre los derechos reconocidos por los Convenios de Ginebra los hay de distinto carácter. Algunos, ciertamente, son auténticos derechos de la personalidad. Otros son simples beneficios establecidos por reglas positivas. ¿También respecto a éstos se debiera excluir la reciprocidad? Así, el artículo 122 del Convenio sobre prisioneros de guerra manda constituir una Oficina Central de Información. Naturalmente, cabe admitir que la Potencia contendiente no signataria que se abstenga de constituir un organismo semejante no tiene derecho a valerse de los servicios de la Oficina constituida por la parte contraria vinculada al Convenio. Pues nos hallamos ahora ante una institución de carácter meramente positivo que sí puede ser subordinada a la reciprocidad.

En resumidas cuentas, reconocen los Convenios una serie de derechos humanos fundamentales que no pueden sujetarse a la reciprocidad. Junto a ellos establecen otros beneficios de carácter exclusivamente positivo que pueden seguir sometidos a dicha institución. Lo justo hubiese sido, en consecuencia, obligar a las Potencias en todo tiempo y lugar y respecto a toda clase de personas

al cumplimiento de un Derecho Humanitario mínimo que pudieran haber fijado expresamente los Convenios.

Esto, en lo que atañe a los Convenios de Ginebra I, II y III. ¿Mantiene también el sistema de reciprocidad el IV Convenio sobre protección a las poblaciones civiles en tiempo de guerra?

Dicho Convenio consta de dos partes: Una de ellas, la integrada por el título segundo —“Protección general de las poblaciones contra ciertos efectos de la guerra”—, se refiere (art. 13) “al conjunto de poblaciones de los países contendientes sin distinguir alguno desfavorable, especialmente en cuanto a la raza, la nacionalidad, la religión o la opinión política”. La exclusión de la reciprocidad está, pues, bien patente. Para que la población quede protegida por las disposiciones del título nada importa su nacionalidad. La otra parte, la fundamental en el Convenio, ampara a las llamadas “personas protegidas”, concepto complejo y harto limitado, definido en el art. 4.º Pues bien, uno de los requisitos que exige este art. 4.º para que una persona venga protegida por el Convenio es que sea súbdita de una Potencia parte en el mismo. Con lo que resulta que las personas súbditas de una Potencia no signataria quedan desamparadas mediante el juego de la reciprocidad.

Y nada menos justo, a nuestro juicio. Las personas civiles, sea cual fuere su nacionalidad, disfrutan en todo tiempo y lugar de una serie de derechos fundamentales: los derechos derivados de su cualidad humana. ¿Van a verse privadas de tales derechos por la circunstancia de que su gobierno no haya tenido a bien el vincularse al Convenio? Desde luego que no. Existe un Derecho Humanitario mínimo, obligatorio para los Estados en todo tiempo y lugar y respecto a toda clase de personas. El Convenio debiera haberlo fijado, sometiendo sólo las reglas meramente positivas al régimen de la reciprocidad.

Por lo que respecta al Proyecto del Comité Internacional de la Cruz Roja —“Proyecto de reglas para limitar los riesgos que corre la población civil en tiempo de guerra”—, si bien ha previsto la aplicación de sus preceptos aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por una de las partes, no ha excluido expresamente la cláusula *si omnes*. En el comentario oficial del Comité (14)

(14) Pág. 44.

se ha tratado de justificar tal postura en el hecho de que las reglas no pasan de ser un Proyecto. A la población civil se la protege, eso sí, sin distingo alguno de nacionalidad. Digamos que en la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Nueva Delhi, la delegación de la Cruz Roja soviética propuso la adopción íntegra en el Proyecto del art. 2.º de los Convenios de Ginebra de 1949, que ya conocemos (15).

2. Las reglas del Derecho Humanitario Bélico son normas absolutas, de *ius cogens*, que despliegan su eficacia con independencia de la voluntad de las personas beneficiarias y de las Potencias vinculadas. Este carácter se deriva también de la especial naturaleza de los derechos protegidos —derechos fundamentales del individuo— que no pueden ser objeto de renuncia, transacción, ni de acto dispositivo alguno.

En los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 diversas disposiciones proclaman expresamente tal cualidad de sus normas. Así, los arts. 7, 7, 7 y 8 de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente, establecen la irrenunciabilidad de los derechos concedidos a las personas beneficiarias, tanto por los propios Convenios, como por los acuerdos especiales que hayan podido concertar las partes. Los arts. 6, 6, 6 y 7, respectivamente, autorizan, en efecto, a las Potencias a celebrar acuerdos especiales sobre cualquier cuestión que les parezca oportuno reglamentar, pero sin que ninguno de estos acuerdos pueda perjudicar la situación de las personas beneficiarias ni restringir los derechos que les conceden los Convenios. De otro lado, los arts. 51, 52, 131 y 148, respectivamente, establecen: “Ninguna parte contratante podrá exonerarse a sí misma ni exonerar a otra parte contratante de las responsabilidades en que incurre ella misma u otra parte contratante respecto a las infracciones previstas en el artículo precedente.” (En los artículos precedentes se señalan los actos que suponen infracciones principales a cada uno de los Convenios.)

En el “Proyecto de reglas para limitar los riesgos que corre la población civil en tiempo de guerra” ninguna disposición atribuye expresamente a sus normas carácter imperativo y absoluto. Ahora

(15) *Actas referentes al Proyecto de reglas para limitar los riesgos que corre la población civil en tiempo de guerra*. Ginebra, 1968, pág. 147.

bien, está tan de manifiesto dicho carácter en el espíritu general que anima al Proyecto que no creemos necesite de un reconocimiento explícito.

3. Finalmente, nos atreveríamos a decir que el Derecho Humanitario Bélico ofrece un matiz "suprainternacional". Nos proponemos indicar con tal expresión que sus reglas, sin formar parte del Derecho estatal interno, tampoco pertenecen en rigor al ámbito del Derecho internacional público. Esta peculiar situación del Derecho Humanitario Bélico encuentra justificación, a fin de cuentas, en la relatividad de todas las divisiones del Derecho y en la unidad esencial del ordenamiento jurídico.

Salta a la vista que el Derecho Humanitario Bélico no es una rama del Derecho interno. La guerra es, por lo común, un fenómeno interestatal, una relación —violenta, eso sí— entre dos o más Estados. Existen guerras civiles, pero son las menos. De aquí que un derecho que tiende a proteger a las personas contra los males derivados de una relación internacional, imponiendo obligaciones a las Potencias respecto a los individuos súbditos de otras, no pueda ser considerado como una rama del Derecho interno y que su fijación no deba dejarse a la exclusiva competencia de los Estados.

¿Será por ello Derecho internacional el Derecho Humanitario Bélico? No, en nuestra opinión, por tres razones principales: porque vincula a sujetos que no son forzosamente miembros de la comunidad internacional, o, lo que es lo mismo, sujetos del Derecho internacional, como, por ejemplo, los beligerantes no reconocidos en un conflicto interno, porque establece derechos en favor de personas —las personas físicas, las personas particulares protegidas— que tampoco son plenos sujetos del Derecho internacional público; y, finalmente, porque establece ciertas obligaciones para las Potencias respecto a sus propios súbditos.

El Derecho Humanitario Bélico obliga a los beligerantes en un conflicto interno, en una guerra civil, por la sencilla razón de que los males que trata de prevenir tanto proceden de un conflicto internacional como de una disputa interna. En la elaboración de los Convenios de Ginebra de 1949 se tuvo en cuenta este punto de vista, y aunque fueron muchas las delegaciones que se opusieron a la extensión de la obligatoriedad de los Convenios al ámbito

de los conflictos civiles (16), se llegó a una solución de concordia ciertamente satisfactoria: la necesaria aplicación de los principios humanitarios mínimos y la posibilidad de hacer obligatoria la aplicación de la totalidad o parte de las disposiciones del Convenio por vía de acuerdos especiales.

Dicen, efectivamente, los arts. 3.º de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949: "En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquier otra causa, serán tratadas, en todas circunstancias, con humanidad, sin distingo alguno de carácter desfavorable basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.—A tal efecto, están y quedan prohibidas en todo tiempo y lugar, respecto a las personas arriba aludidas: a), los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b), la toma de rehenes; c), los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d), las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.—2) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados. Podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes cualquier organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja.—Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor mediante acuerdos especiales algunas o todas las demás disposiciones del presente Convenio.—La aplicación de las disposiciones precedentes no producirá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes contendientes."

Siguiendo esta trayectoria, pero con mayor audacia, el artículo 2.º del "Proyecto para limitar los riesgos que corre la población

(16) Vid. *Actes*, II, B, págs. 9 a 15.

civil en tiempo de guerra" extiende globalmente su radio de acción a los conflictos que no presentaren carácter internacional.

Hemos señalado también que el Derecho Humanitario Bélico reconoce derechos en las personas que no son sujetos del Derecho internacional. La cosa es lógica, pues el Derecho Humanitario se concibe precisamente para la protección de los derechos del individuo. Este punto queda bien patente a lo largo del articulado de los cuatro Convenios de 1949, en los que la expresión "derechos de las personas protegidas" aparece con harta frecuencia.

El último punto, que, a nuestro parecer, pone de relieve el carácter "suprainternacional" del Derecho Humanitario Bélico, estriba en que establece obligaciones para las Potencias respecto a sus propios súbditos. En el tantas veces citado "Proyecto de reglas para limitar los riesgos que corre la población civil en tiempo de guerra", hay dos preceptos de singular elocuencia sobre este extremo: son el 11 y el 13, que transcribimos a continuación:

"Art. 11. Las partes en conflicto deben tomar, dentro de los límites de sus posibilidades, todas las disposiciones necesarias para proteger a la población civil que se encuentre sometida a su autoridad contra los peligros de los ataques, especialmente alejándola de los objetivos militares y de los sectores amenazados... Asimismo, las Partes en conflicto deben evitar, en cuanto sea posible, que las formaciones armadas, el material de guerra, las instalaciones o establecimientos militares móviles se encuentren permanentemente en las ciudades y en otros lugares abundantemente poblados."

"Art. 13. Está prohibido a las Partes en conflicto colocar o retener en el interior o a proximidad de los objetivos militares a la población civil sometida a su autoridad con la intención de obligar al adversario a renunciar al ataque de estos objetivos."

Obsérvese que tales preceptos no se limitan a aconsejar a una Potencia sobre la conducta a seguir respecto a sus propios súbditos, sino que establecen deberes que, aun "dentro de los límites de sus posibilidades" y "en cuanto sea posible", constituyen obligaciones taxativas. Cabe hablar, en consecuencia, con cierto fundamento, del carácter "suprainternacional" del Derecho Humanitario Bélico.