

## ESTATUTO Y TRATO DE LOS COMBATIENTES EN CASO DE CAPTURA

JOSÉ LUIS DOMÉNECH OMEDAS \*

### I. CONSIDERACIONES INICIALES

La polémica suscitada en torno al estatuto y trato de las personas detenidas en la base norteamericana de Guantánamo, ha sido objeto de exhaustiva atención por parte de los medios de comunicación que han logrado trasladar a la opinión pública tanto la dimensión del problema como la percepción de que su solución debe ajustarse al derecho internacional humanitario. La postura inicial<sup>1</sup> de Estados Unidos expuesta por el secretario de Defensa Donald H. Rumsfeld, en enero de 2002, puede resumirse en los siguientes puntos:

— “El trato que reciben en la Bahía de Guantánamo los detenidos de al-Qaida y el régimen talibán “es correcto, es humano, es apropiado y está plenamente de acuerdo con las convenciones internacionales”.

— “No importa cuál sea la condición legal de los detenidos que se determine finalmente, se los trata humanamente de acuerdo con los principios de las Convenciones de Ginebra”.

— “Indudablemente, terminaremos por procesar algunos a través del sistema de justicia penal. No me sorprendería que procesáramos algunos a través del Código Uniforme de Justicia Militar, y sospecho que habrá algunas comisiones militares”.

Esto en cuanto al trato, y en cuanto al estatuto de prisioneros de guerra parece que EE.UU. establece diferencias según la procedencia, puesto que se lo concede a los talibanes mientras que se lo niega a los miembros de Al Qaeda, por considerarla una organización terrorista que no depende de ningún Estado ni utiliza uniforme militar.

<sup>1</sup> Informe del secretario de Defensa en una sesión informativa del Pentágono, 22 de enero de 2002, <http://embajadausa.org.ve/wwwwh1534.html>.

\* Coronel de Artillería del Ejército del Reino de España. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona, Reino de España. Jefe de la Unidad de Cooperación y Difusión del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (CEDIH) de la Cruz Roja Española.

Por su parte el Comité Internacional de la Cruz Roja formuló una declaración <sup>2</sup>, un mes más tarde, que se concreta así:

“El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) acoge con beneplácito el hecho de que Estados Unidos reafirme la aplicabilidad del Convenio III de Ginebra al conflicto armado internacional en Afganistán, y de que reconozca la importancia y el valor de este tratado.

”A tenor del derecho internacional humanitario, los miembros de las fuerzas armadas y de las milicias que forman parte de estas fuerzas armadas capturados por el adversario en un conflicto armado internacional gozan de la protección del Convenio III de Ginebra. Discrepan Estados Unidos y el CICR en cuanto a los procedimientos pertinentes para determinar que las personas detenidas no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. Estados Unidos y el CICR proseguirán el diálogo a este respecto.

”El CICR está firmemente convencido de que la observancia del derecho internacional humanitario no constituye en modo alguno un obstáculo en la lucha contra el terror y el crimen.

”En virtud del derecho internacional humanitario, la potencia detenedora tiene derecho a enjuiciar a los prisioneros de guerra acusados de haber cometido, antes o durante las hostilidades, crímenes de guerra o cualquier otra infracción.

”En situaciones de conflicto pasadas y presentes, Estados Unidos ha respetado el cometido del CICR y ha prestado apoyo a las actividades humanitarias que despliega. Los delegados de la Institución siguen pudiendo visitar a todas las personas detenidas por las fuerzas estadounidenses tanto en Afganistán como en la Bahía de Guantánamo, de conformidad con el cometido que se asigna al CICR en el Convenio III de Ginebra”.

Creo que el conocimiento previo de las expresadas posturas puede servir de ambientación y puesta en escena a lo que viene a continuación que va a consistir en un intento de clarificar y sistematizar las normas de DIH que tratan de dar respuesta a los problemas planteados. Los instrumentos que regulan esta materia, fundamentalmente representados por el Convenio III de Ginebra de 1949 y el Protocolo I Adicional de 1977, aplicables, en principio, a conflictos armados internacionales, tienen que hacer frente, en nuestros tiempos, a situaciones y condiciones muy diferentes a las entonces previstas, como consecuencia de la cambiante naturaleza y tipo de los conflictos armados <sup>3</sup>, en escenarios a veces no bien delimitados, afectados por el fenómeno de la globalización y el

<sup>2</sup> Accesible el documento en internet [www.ICRC.org](http://www.ICRC.org). Comunicado a la prensa, 9 de febrero de 2002.

<sup>3</sup> Ver el estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja, junio 1999, sobre la disponibilidad de armas y la situación de la población civil en los conflictos armados, en donde se analizan los actuales modelos de conflictos.

terrorismo <sup>4</sup>, frecuentemente de carácter intraestatal, en el seno de sociedades políticas desestructuradas <sup>5</sup>, donde no existe control gubernamental, orden, organización ni disciplina. La “privatización de la lucha armada” favorece la proliferación de grupos armados, de complicada y controvertida calificación jurídica, cuyas actividades, como dice el Comité Internacional de la Cruz Roja, pueden ser una extraña y caótica mezcla de lucha armada, tráfico ilegal, terrorismo e intimidación.

Por otra parte, las llamadas “operaciones de paz” suponen la presencia e intervención en un conflicto, de otros nuevos actores armados: Fuerzas de Naciones Unidas, o de organizaciones multinacionales de carácter regional, como la OTAN o la Unión Europea, pueden verse involucradas en situaciones de enfrentamiento armado, en las que la aplicación del DIH ha tenido y aún tiene que pasar por una lenta pero progresiva evolución <sup>6</sup>.

Otro fenómeno característico de los conflictos recientes ha sido la integración de la mujer <sup>7</sup> en las fuerzas armadas en porcentajes significativos, lo cual constituye, sin duda, un factor de complejidad sobreañadido, ya que, en caso de captura, su consideración de combatiente no debe perjudicar su derecho a una protección especial, reconocida en el Convenio III. Asimismo, la comunidad internacional ha venido expresando normativamente su preocupación por los “niños soldados” <sup>8</sup>, una categoría de combatientes que ha ido *in crescendo* y a la que dedico más adelante una atención particular.

## 1. La categorización del sistema de protección. El principio de distinción

En todo conflicto armado aparecen íntimamente relacionados tres elementos: el combatiente, el objetivo militar que persigue y los medios y métodos para conseguirlo. El DIH actúa sobre la acción bélica en tanto en cuanto resulta necesario para establecer un sistema de protección de las víctimas, que utiliza como referente la identificación y la categorización de éstas y las protege de

<sup>4</sup> Ver RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José L., “Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. XI (“La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión”), Edersa, 1990, ps. 138 y ss.

<sup>5</sup> THÜRER, “El ‘Estado desestructurado’ y el derecho internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 836, CICR, Ginebra, 1999, ps. 795/805.

<sup>6</sup> Ver PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “Las Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz: cincuenta años de esfuerzos”, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, Madrid, 1995. Ver también el *Boletín* del Secretario General de Naciones Unidas, de 6 de agosto de 2000, sobre la observancia del DIH en las operaciones de paz.

<sup>7</sup> LINDSEY, “Women and war: the detention of women in wartime”, en *International Review of the Red Cross*, nro. 842, CICR, Geneva, 2001, ps. 505/520.

<sup>8</sup> Ver HERÁNDEZ PRADAS, Sonia, *El niño en los conflictos armados*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

forma distinta, en función de su adscripción a una u otra categoría, teniendo como finalidad principal minimizar todo lo posible los efectos de la guerra en las personas y bienes previamente categorizados <sup>9</sup>.

En el DIH es consustancial la conjunción de intereses humanitarios y militares, reflejado en la interacción existente entre las normas relativas a la conducción de las hostilidades y las normas de protección de las víctimas, y precisamente lo que le da coherencia al sistema es la correcta aplicación del principio de distinción recogido en el art. 48, Protocolo Adicional I de 1977: “Las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes”, que con carácter más general vendría expresado así: “Las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre las personas y bienes protegidos y los objetivos militares”. Ello nos lleva a considerar qué entiende el derecho internacional humanitario por combatiente y cuál es su estatuto <sup>10</sup>. Los sujetos combatientes, dice el Protocolo, son los únicos que tienen derecho a participar directamente en las hostilidades (art. 43.2, GPI) y, en consecuencia, se constituyen en únicos sujetos activos de la acción militar, a la vez que únicos sujetos pasivos pues, en tanto que tienen la consideración de objetivos militares, solamente ellos pueden ser atacados. Por otra parte, la población civil se define por el procedimiento de exclusión: “Es persona civil quien no es combatiente” (art. 50.1, GPI) y por el procedimiento de integración: “La población civil comprende a todas las personas civiles” y la presencia entre la población de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil (art. 50, GPI). Por lo tanto, la delimitación exacta de quiénes son combatientes y su plena identificación como tales tendrá una gran trascendencia en la protección de la población civil en particular y en el resto de las categorías de personas protegidas. A mayor grado de confusión menor grado de protección.

## **2. La inclusión del combatiente capturado en la categoría de víctima**

El derecho internacional humanitario organiza la protección del prisionero de guerra sobre la base de considerarlo como víctima del conflicto armado. En efecto, cuando el combatiente ha expresado claramente su intención de rendirse o está incapacitado para seguir haciendo uso de su derecho a la acción hostil y es capturado, el cambio que experimenta en su situación personal es dramático, porque lógicamente se siente en total y absoluto desamparo, frecuente-

<sup>9</sup> Ver DOMÉNECH OMEDAS, José L., “Los sujetos combatientes”, Tema 5, ps. 151 y ss., de la obra colectiva *Derecho internacional humanitario*, Centro de Estudios de DIH, Tirant lo Blanch, 2002.

<sup>10</sup> PREUX, J. de, “Derecho internacional humanitario. Texto de síntesis”, *Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja*, textos publicados en diferentes números de 1985 a 1989, VI, CICR, Ginebra, 1993, 92 ps.

mente herido, a merced del enemigo, en trance de permanecer privado de libertad por un tiempo indeterminado y alejado de su patria y de sus familiares <sup>11</sup>.

Los participantes en la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, celebrada en Ginebra del 30 de agosto al 1º de septiembre de 1993 <sup>12</sup>, aprobaron por consenso una declaración final que, entre otras importantes aseveraciones, dice: “se rehúsa aceptar que se remate a heridos, se mate a niños, se viole a mujeres, se torture a prisioneros, se prive de asistencia elemental a las víctimas...”. La constatación de la preocupación internacional por la suerte que corren los prisioneros se ve reforzada por la utilización del prisionero en los últimos conflictos como arma psicológica de guerra, como escudo humano o como factor de negociación forzada.

### **3. La fuerza que captura. Problemas de calificación jurídica del estatuto de la persona capturada**

Como ya hemos visto, éste ha sido un tema muy controvertido. Sin embargo, para la fuerza que captura, el problema no debiera existir, lo cual ya sería un paso decisivo en la protección, ya que debe tratar por igual, con humanidad y respeto, a toda persona que captura, con independencia de su estatuto, que es una cuestión que a ella no le concierne, puesto que le corresponde a escalones superiores y, en su caso, a tribunales competentes. Es muy importante, no obstante, que se produzca un informe, con las ventajas de inmediatez y conocimiento directo de los hechos, acerca de las circunstancias de la captura, para que el foro que se pronuncie sobre la condición legal del detenido, tenga los elementos de juicio necesarios.

Las normas de conducta, congruentes con el DIH, normalmente son de carácter operativo, redactadas por los estados mayores de los ejércitos y deben adaptarse a las características de la fuerza, la índole del conflicto y la misión encomendada.

— Fuerza especialmente organizada para capturar presuntos criminales de guerra <sup>13</sup>.

— Fuerza que captura.

— Fuerza que es capturada.

— Fuerza que evacua y traslada.

— Fuerza que interroga.

— Fuerza que custodia.

<sup>11</sup> Ver FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES, J. L., *El derecho de los conflictos armados*, Ministerio de Defensa, 2001.

<sup>12</sup> Accesible en internet en [www.icrc.org/icrcspa.nsf/5cacfd48ca698b641256242003b3295/8529abf5acc23f6412565d40048d897](http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/5cacfd48ca698b641256242003b3295/8529abf5acc23f6412565d40048d897).

<sup>13</sup> En Bosnia-Herzegovina fuerzas de SFOR han actuado en apoyo del tribunal *ad hoc* de La Haya, a instancias de la fiscal Carla del Ponte.

Si las normas tienen como destinatario final las fuerzas armadas, es fundamental que éstas puedan disponer de normas claras y concretas, en lenguaje que entiendan, que les ayuden a cumplir el derecho internacional humanitario. España, publicó en 1996 un manual sobre el derecho de los conflictos especialmente orientado a las fuerzas armadas <sup>14</sup>. Otros Estados de la Unión Europea tienen manuales similares. Sería deseable lograr la inter-operatividad de una fuerza conjunta mediante la elaboración de acuerdos de normalización. La OTAN ha elaborado *standars* sobre el trato de prisioneros de guerra durante ejercicios combinados y sobre la interrogación de prisioneros que explícitamente reconocen la aplicación del Convenio III <sup>15</sup>.

#### **4. Inclusión de elementos procedentes del DIH en la toma de decisiones sobre el trato de las personas capturadas**

En este orden de ideas, el DIH debe influir en los procesos de toma de decisiones que analizan los factores de personal, inteligencia, operaciones y logística.

El trato de prisioneros supone una enorme tarea de planeamiento que debe abarcar problemas tan complejos como la organización y funcionamiento de un campo de prisioneros. Es indudable que las decisiones en cualquier nivel de mando resultarán enriquecidas y se evitará que surjan como incidencias de combate no previstas y afectadas del margen de error que tienen todas las decisiones apresuradas y poco meditadas en estas materias.

## **II. EL ESTATUTO DE LOS SUJETOS COMBATIENTES**

La condición de combatiente, otorgada por el derecho de la guerra a determinadas personas, da lugar a la atribución a éstas de un conjunto de derechos y obligaciones que conforman el llamado “estatuto del combatiente” <sup>16</sup>. Pero no todas las personas que participan directamente en las hostilidades tienen de-

<sup>14</sup> DOPPLER, Bruno, “El derecho de la guerra”, *Cuadernos Pedagógicos para Instructores*, CICR, 1994.

<sup>15</sup> La Presidencia de la Unión Europea organizó en Salamanca, del 22 al 24 de abril de 2002 un Seminario sobre la aplicación del DIH en las misiones Petersberg. Presenté una ponencia sobre el estatuto y trato de las personas capturadas en el contexto de una operación de paz, u otra de las previstas en el art. 17.2, Tratado de Amsterdam, llevada a cabo por fuerzas de la UE, en la que expuse mi tesis sobre la necesidad de que la fuerza que captura tenga normas claras en orden a asegurar un trato humano y digno en todas las circunstancias. En el documento final llamado “Declaración de Salamanca” se recoge esta idea así como la de que los tribunales que se constituyan y los procedimientos ofrezcan garantías.

<sup>16</sup> Ver *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, t. I, Comité Internacional de la Cruz Roja y Plaza y Janés, Colombia, enero 2001, ps. 701 y ss.

recho al estatuto, por lo que surge la necesidad de aclarar previamente el concepto jurídico de combatiente, deslindándolo de otros afines, antes de analizar posteriormente cuáles son los derechos y obligaciones que tal estatuto comporta <sup>17</sup>.

## 1. El concepto de combatiente

En primer lugar, es preciso efectuar una distinción terminológica entre dos conceptos que durante mucho tiempo han sido, a veces, considerados como sinónimos, pero que tienen sin embargo una significación diferente. Son los conceptos de “beligerantes” y “combatientes”. En el actual derecho de la guerra la beligerancia se predica de las colectividades, políticamente organizadas, que toman parte en un conflicto armado y, desde este punto de vista, aparece como un concepto opuesto al de neutralidad; en tanto que con el segundo de los términos se designa a las personas que de hecho toman parte directa en el combate y son sujetos activos y pasivos de la acción hostil, contraponiéndose, desde este punto de vista amplio, el concepto de combatiente al de población civil, que debe precisamente ser preservada de los peligros procedentes de las operaciones militares. No obstante, en el Protocolo I aparece el concepto de combatiente restringido exclusivamente a las personas que tienen derecho a combatir, sin dar la denominación de combatiente a quien, aunque no tenga título legítimo, interviene en la lucha armada. Ello nos obliga, en aras de la claridad expositiva, a adjetivar las distintas categorías de combatientes, en función de sus características distintivas como combatientes regulares, combatientes irregulares, combatientes circunstanciales, combatientes ilegítimos, combatientes en las guerras civiles y niños combatientes.

Por otra parte, no resulta acertado contraponer los conceptos de combatiente y paisano o, lo que es lo mismo, identificar los conceptos de militar y combatiente, puesto que, en primer lugar, hay miembros de las fuerzas armadas que, no obstante su fuero y condición militar, no son combatientes, esto es, que su función en el conflicto armado no es la de combatir al enemigo y de ahí que el derecho de la guerra no les atribuya el estatuto de combatiente, sin perjuicio de otorgarles una protección especial. Se trata del personal sanitario y religioso y el de las unidades militares asignadas de modo permanente y exclusivo a organismos de protección civil. También ocurre, por contrario, que hay combatientes que el derecho de la guerra los reconoce como tales y no pertenecen a las fuerzas armadas.

Finalmente cabe añadir otra precisión en el sentido que a pesar de que todos los que tienen el estatuto de combatiente tienen también el de prisionero de guerra, en caso de captura, no todos los prisioneros de guerra son combatientes,

<sup>17</sup> Ver ZEMMALI, A., *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, Pedone, París, 1997.

pues determinadas categorías de personas civiles, enumeradas en el art. 4, Convenio III de Ginebra, no son ni combatientes ni militares, pero tienen derecho al estatuto protector de prisionero de guerra. Son personas que tienen una especial vinculación con las fuerzas armadas, unas formando parte de su organización civil, otras prestando apoyo logístico, administrativo o técnico, pero todas ellas sin formar parte integrante de las mismas. El Convenio cita expresamente las siguientes:

- Miembros civiles de las tripulaciones de aviones militares.
- Corresponsales de guerra.
- Proveedores.
- Individuos de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de las fuerzas armadas.

El estatuto se concede siempre que hayan recibido permiso de las fuerzas armadas que acompañan, teniendo éstas la obligación de entregarles una tarjeta de identidad que acredite esa vinculación.

Existe otra categoría de personas protegidas por el estatuto de prisionero de guerra que no pertenecen a la organización militar ni tienen con ella ninguna vinculación, si bien prestan sus servicios en otras organizaciones civiles que frecuentemente afectan, interfieren o inciden en las operaciones militares. Son:

- Miembros de las tripulaciones, incluso capitanes y grumetes de la marina mercante.
- Tripulaciones de la aviación civil de las partes contendientes.

Tanto la aviación civil como la marina mercante juegan un papel importante en el desarrollo del conflicto por lo que no es extraño que aparezcan normas procedentes del derecho de la guerra que tengan relación con ellas. Con todo, sus actividades están reguladas por otras disposiciones del derecho internacional, a las que habrá de remitirse en caso de que concedan un mayor nivel de protección.

## **2. Derechos del combatiente**

El núcleo fundamental de los derechos del combatiente radica en la idea de que tiene derecho a participar en las hostilidades y no puede ser castigado a causa de los resultados lesivos que ocasione, en las personas o en las cosas. A su vez, está protegido por el derecho de los conflictos armados, de tal manera que, mientras combate, se beneficia del principio de limitación de medios y métodos que prohíbe causarle males superfluos y sufrimientos innecesarios, y, si cae en poder de la parte adversa, tiene derecho a ser tratado como prisionero de guerra. Además, en su caso, puede obtener una protección especial concedida a los heridos, enfermos o náufragos.

### 3. Obligaciones del combatiente

La principal obligación del combatiente reside en ajustar su conducta al derecho de los conflictos armados, respecto de los combatientes enemigos, absteniéndose de utilizar medios y métodos de combate prohibidos y dando el trato debido a los heridos, enfermos y náufragos y a los prisioneros de guerra. Respecto de la población civil y de los bienes civiles tiene el deber de respetarlos y protegerlos. Puede señalarse además la obligación que pesa sobre el combatiente de distinguirse de la población civil, obligación esta última cuya distinta concepción marca en este punto la evolución, derivada fundamentalmente del fenómeno de las guerras de liberación colonial, de la diferente configuración de los requisitos necesarios, en los que entraremos más adelante, para la atribución del estatuto de combatiente, desde la establecida en el derecho de la guerra clásico y en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, hasta la que hoy impera en el Protocolo Adicional I de 1977.

Debe igualmente identificar y respetar los signos protectores y respetar y proteger los bienes culturales que constituyen el patrimonio cultural y espiritual de los pueblos.

Hay que resaltar que el DIH considera una pieza fundamental de su sistema de protección regular las obligaciones del combatiente con responsabilidades de mando, sea cual sea su rango o empleo. El art. 87, Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra contiene los siguientes deberes de todo jefe militar:

- Impedir, reprimir y denunciar las infracciones de sus subordinados.
- Tomar las medidas necesarias para que los miembros de las fuerzas armadas, bajo sus órdenes, conozcan el derecho de los conflictos armados.
- Promover las acciones disciplinarias o penales contra los autores de las violaciones de los Convenios o del Protocolo.

### 4. Requisitos para la obtención del estatuto de combatiente

La atribución del estatuto de combatiente se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos, de orden individual y colectivo, que han de cumplir tanto la persona del combatiente como la fuerza a la que pertenece, para poder participar lícitamente en las hostilidades y ser considerados combatientes legítimos. Por el contrario, allá donde estos requisitos no se cumplan estaremos en presencia de los combatientes ilegítimos, personas que en la guerra hostilizan a alguna de las partes sin tener derecho al estatuto de combatiente.

Los requisitos contenidos en los Convenios de Ginebra de 1949 para otorgar el estatuto de combatiente, cuya concurrencia se presume cuando se trate de los miembros de las fuerzas armadas regulares y que se exigen, en cambio, expresamente cuando se trate de milicias y miembros de otros cuerpos voluntarios, incluso de movimientos de resistencia organizados, son de dos tipos: los

que se predicán de la fuerza combatiente, de orden colectivo, que son la existencia de un mando responsable y la observancia de las leyes y costumbres de la guerra; y los de orden individual, tendientes a lograr que se distinga frente a la población civil, tanto por el atuendo, mediante el uso de un signo distintivo fijo y susceptible de ser reconocido a distancia —las prendas de uniforme militar, típicamente—, como por la circunstancia de llevar las armas de manera franca y ostensible.

Esta situación cambió, sin embargo, sensiblemente en el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales, donde pese a las reticencias de las naciones del área occidental —España incluida—, lograron finalmente imponerse las tesis de los países del tercer mundo y del bloque socialista, que introdujeron como legítima la figura del combatiente guerrillero que en su modalidad de acción lleva implícita la falta de distinción de su atuendo con la población civil.

Por una parte como se dice literalmente en el art. 1.4, Protocolo, auparon las luchas de liberación nacional a la categoría o rango de conflictos armados con carácter internacional: “los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”.

Por otro lado aparece en el art. 43, Protocolo un nuevo concepto de fuerzas armadas: “las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”.

Es decir que en cuanto a los requisitos de orden colectivo exigibles en esta clase de combatientes regulares que venimos considerando, desaparece la distinción usada anteriormente en los Convenios de Ginebra de 1949 entre fuerzas armadas regulares, por un lado y fuerzas libres y movimientos de resistencia organizados, por otro, para integrarse todos ellos en el concepto unitario de “fuerzas armadas”, ampliamente consideradas, respecto de las cuales es menester que concurren en todo caso los requisitos de orden colectivo mencionados: organización militar, disciplina interna, mando responsable y observancia de las normas del derecho de la guerra.

En cuanto al requisito de orden individual relativo a que deben distinguirse de la población civil, en el art. 44.3, Protocolo se establece la siguiente norma general que no supone un cambio notable respecto del esquema anterior: “Con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la pobla-

ción civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque”. El verdadero cambio en este punto lo va a representar la falta de exigencia de un modo concreto mediante el cual hayan de distinguirse los combatientes de la población civil. Frente a la posición tradicional establecida en los Convenios de Ginebra, que obligaba al combatiente a llevar las armas a la vista y a usar el uniforme o signo distintivo equivalente, triunfó finalmente la tesis de dejar a la elección del combatiente, por así decirlo, la manera de distinguirse de la población civil, bien mediante el atuendo con prendas militares o bien solamente mediante el uso abierto y ostensible de las armas en el curso del ataque o de una operación militar preparatoria.

En efecto, el citado art. 44.3 sigue diciendo: “Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias lleve sus armas abiertamente:

”a) durante todo enfrentamiento militar; y

”b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar”.

Para poder ser considerados combatientes legítimos, aparte de los dos requisitos de orden colectivo, que han de concurrir en la guerrilla, de existencia de un mando responsable y observancia de las normas del derecho de la guerra, basta tan sólo con cumplir el requisito de orden individual consistente en llevar las armas abiertamente en aquellos limitados momentos del enfrentamiento y el despliegue militar previo, con lo que a costa de extender la condición de combatientes legítimos a los guerrilleros se ha puesto en riesgo el sistema de protección de la población civil que, como se ha dicho, basa esencialmente su eficacia en el principio de distinción.

No obstante, para que su aparente falta de distinción de la población civil, al no usar uniforme ni ningún otro signo distintivo —“no es raro que un guerrillero vaya al combate solamente con un pantalón corto raído” se dijo en el curso de la Conferencia que elaboró la norma— no pueda ser considerada como acto pérfido en el sentido del art. 37.1 c), Protocolo, debe llevar las armas ostensiblemente, en el momento de enfrentarse al enemigo y hacer uso de ellas contra él, y durante el tiempo en que sea visible para el mismo, mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar, requisito éste que tiene por objeto proteger a la población civil, impidiendo que los guerrilleros puedan acceder engañosamente al campo de batalla presentándose como personas civiles, con sus armas ocultas, de ahí que se les exige llevarlas abiertamente ya en el despliegue militar previo al ataque, durante el tiempo en que sean visibles para el enemigo. Esta última circunstancia fue, por cierto, interpretada de manera hartamente diferente por las dele-

gaciones en el seno de la Conferencia, pues mientras unas la entendían en el sentido de que el guerrillero sólo tiene obligación de llevar las armas abiertamente durante el despliegue militar una vez que se halle dentro del campo de visión óptica del enemigo, otras entendían que basta, para que surja tal obligación, con que el mismo sea visible para el enemigo por cualquier medio o instrumento, incluidos los de carácter electrónico y electromagnético.

Por lo demás, debe advertirse que al ratificar España, mediante instrumento de fecha 21 de abril de 1989, publicado en el Boletín Oficial del Estado nro. 177, correspondiente al día 26 de julio siguiente, el Protocolo Adicional I, formuló la siguiente declaración interpretativa del art. 44.3: "Entiende que los criterios contenidos en el párrafo b) del citado artículo respecto de distinción entre combatientes y población civil pueden solamente ser aplicados en territorios ocupados. Asimismo interpreta que la expresión 'despliegue militar' significa cualquier movimiento hacia el lugar desde el que o hacia el que un ataque va a ser lanzado". Esta declaración interpretativa restringe en gran manera el nuevo concepto de combatiente guerrillero al no admitirlo en territorio nacional que no esté ocupado por un posible enemigo en el contexto de un conflicto internacional y obligarle a llevar las armas abiertamente, prácticamente desde que sale de su base.

Las razones que se impusieron para este sensible cambio en el seno de la Conferencia Diplomática para el Desarrollo y Reafirmación del Derecho Humanitario aplicable a los conflictos armados que elaboró los protocolos, fueron las aducidas por ciertos países del "tercer mundo" y del área socialista en el sentido de que "la pobreza de los combatientes de los movimientos de liberación nacional no les permite tener uniforme" y que los ejércitos de liberación "no siempre tienen siquiera lo que les hace falta en materia de armamentos y uniformes".

La consecuencia de todo ello es que el uso del uniforme o signo distintivo equivalente ya no es un requisito exigible para la legitimidad del combatiente, incluso cuando este último pertenezca a las fuerzas armadas regulares de una parte en conflicto. Dice a este respecto el art. 44.7 que: "el propósito del presente artículo no es modificar la práctica generalmente aceptada por los Estados en lo que respecta al uniforme que han de llevar los combatientes pertenecientes a las unidades armadas regulares y uniformadas de una parte en conflicto". Pero lo cierto es que el uso del uniforme tampoco se impone como prescripción obligatoria y los miembros de las fuerzas armadas regulares también tienen derecho a no usarlo. Como dijo el delegado canadiense en el curso de la Conferencia, "con arreglo al párr. 7, los combatientes pertenecientes a las unidades regulares y uniformadas de una parte en conflicto deben seguir vistiendo el uniforme, se sobreentiende en dicho párrafo que los miembros de tales unidades cuando se les asigne una misión determinada tienen también derecho a beneficiarse de ese artículo".

### III. LAS CATEGORÍAS DE COMBATIENTES

Recapitulando sobre todo lo dicho hasta ahora podemos clasificar a los combatientes atendiendo a la legitimidad o ilegitimidad de su actuación, a las características de la organización en la que están encuadrados, al tipo de conflicto armado, y a sus peculiares características personales.

#### 1. Los combatientes legítimos

Como hemos visto anteriormente son los que cumplen los requisitos individuales y colectivos ya indicados y que, en consecuencia están autorizados para ejercer la violencia bélica gozando de la plena protección prevista en el derecho de la guerra. Los combatientes legítimos pueden ser comprendidos conceptualmente, según antes anunciamos, en tres categorías diferentes: combatientes regulares, combatientes irregulares y combatientes circunstanciales. En el caso de que en alguna categoría concorra algún requisito específico, así lo haremos constar.

##### *1.1. Combatientes regulares*

Combatientes regulares son aquellos que perteneciendo a las fuerzas armadas de una de las partes o estando asimilados a ellas, combaten en la forma tradicional. Tal es el concepto que puede extraerse de las disposiciones contenidas en los arts. 13 del Convenio I y del Convenio II de Ginebra de 1949, relativos a la protección de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña y de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, respectivamente, y en el 4 A, nros. 1, 2 y 3 del Convenio III, sobre trato de los prisioneros de guerra, al determinarse en esos artículos el ámbito subjetivo de aplicación de los referidos Convenios, ya entonces ampliado respecto de los textos precedentes, tras la experiencia acumulada en la Segunda Guerra Mundial, con el fin de extender expresamente dicho ámbito de aplicación y otorgar la protección establecida en los Convenios a ciertos grupos de combatientes a los que alguna de las partes en conflicto había negado el reconocimiento del estatuto de combatiente.

Por otra parte, es preciso señalar el efecto ampliatorio del concepto “fuerzas armadas” establecido en el art. 43, Protocolo, bajo cuyo término se acogen las distintas categorías de combatientes reconocidas en los Convenios, tendiente a unificar para todas ellas los requisitos individuales y colectivos ya comentados.

Conforme a tales disposiciones, son combatientes regulares:

A) Los “miembros de las fuerzas armadas regulares de una parte contendiente, incluidos los miembros de milicias y cuerpos de voluntarios que formen parte de esas fuerzas armadas”, con exclusión del personal militar religioso y sanitario a que se refiere el art. 33, Convenio III. Excepción a la que debe también añadirse, según antes dijimos, con arreglo a lo dispuesto en el art. 67.1 del

propio Protocolo, la de los miembros de las unidades militares que estén dedicadas de modo permanente y exclusivo al desempeño de tareas de protección civil y lleven ostensiblemente el signo distintivo internacional.

B) Los “miembros de otras milicias y miembros de otros cuerpos voluntarios”, incluso los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes contendientes y que actúen fuera o dentro de su propio territorio, aunque este territorio se halle ocupado. Se incluyen aquí los llamados movimientos de resistencia, con el fin de evitar en el futuro respecto de sus miembros lo ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial, en la que, vigentes los Convenios de Ginebra de 1929 los cuales se remitían a su vez en este punto a lo dispuesto sobre la “cualidad de beligerante”, como entonces se decía en los arts. 1 a 3 del “Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre”, anejo al Convenio II de La Haya de 1907, relativo a las leyes y usos de la guerra en tierra, se denegó a los partisanos y a los miembros de las unidades de resistencia la condición de combatientes legítimos, tratándoseles como franco-tiradores, sabotadores y terroristas. En este apartado cabría incluir, a juicio de Rodríguez Villasante, a los miembros de Al Qaeda que lucharon en Afganistán, si esta milicia o cuerpo de voluntarios cumple los requisitos colectivos e individuales para gozar de la condición de combatiente <sup>18</sup>.

C) Los “miembros de las fuerzas armadas regulares que profesen obediencia a un gobierno o a una autoridad no reconocida por la potencia en cuyo poder caigan”. Son las llamadas “fuerzas libres”. Se pretendió así solucionar en el futuro problemas similares al que se dio en la Segunda Guerra Mundial con ocasión del acuerdo incluido en el armisticio firmado en 1940 entre Francia y Alemania, donde se dispuso que los ciudadanos franceses que continuasen la lucha no gozarían de la protección del derecho de la guerra, con lo que se excluía de la aplicación de los Convenios al ejército regular francés que tras la rendición de la metrópoli continuó la guerra bajo la dependencia del gobierno en el exilio, sin aceptar al gobierno de Vichy.

## *1.2. Combatientes irregulares*

Como principal novedad frente a lo que acontecía en el derecho de la guerra clásico y en los Convenios de Ginebra de 1949, en el Protocolo I se da carta de naturaleza como combatientes legítimos a los guerrilleros, individuos que combaten en forma irregular mediante la práctica de la llamada “guerra de guerrillas”, quienes “debido a la índole de las hostilidades” no pueden distinguirse de la población civil, y a quienes se aligera, como sabemos, de una parte sustancial de los requisitos individuales necesarios para obtener el estatuto.

<sup>18</sup> Ver RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José L., “Tratamiento de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario y protección de las víctimas de la guerra”, revista *En Paz*, 2002.

### *1.3. Combatientes circunstanciales*

Por último, con la denominación doctrinal de “combatientes circunstanciales” se concede el estatuto de combatiente a la población que se levanta en masa para oponerse al invasor enemigo. Esta situación que comentamos tiene una amplia tradición en el derecho de la guerra, y se recoge en el art. 2 del Convenio II de 1899, en los arts. 13 del Convenio I y del Convenio II de Ginebra y en el art. 4 A) 6 del Convenio III, precepto que otorga el estatuto de combatiente a “la población de un territorio no ocupado que al acercarse el enemigo tome espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, siempre que lleve francamente las armas y respete las leyes y costumbres de la guerra”.

Respecto de los requisitos aplicados con carácter general a los combatientes, la condición de pertenencia a una organización armada, jerárquica y disciplinada se cambia aquí por la de desorganización y espontaneidad en la oposición armada a un enemigo que invade el territorio propio, mientras que en lo tocante a los requisitos de carácter individual son en este caso similares a los exigidos a los guerrilleros. Nótese la diferencia con la llamada “leva en masa” en la que el alistamiento que se produce está organizado y dirigido por las autoridades competentes de la parte en conflicto. El ámbito temporal de aplicación de la norma viene dado por la situación ya apuntada de desorganización y espontaneidad. Tan pronto como se lleven a cabo las movilizaciones pertinentes y se organice la resistencia esta figura desaparece para dar paso a las otras figuras, incluida la del combatiente guerrillero si permanece una parte del territorio nacional en régimen de ocupación.

## **2. Los combatientes ilegítimos**

Combatientes ilegítimos son los que participan directamente en las hostilidades sin cumplir con los requisitos individuales y colectivos ya conocidos y no están, por tanto, incluidos en ninguna de las categorías de combatientes anteriormente enumeradas. La consecuencia inmediata es que no tienen derecho al estatuto de combatiente, salvo en el caso, previsto en el art. 44.2, Protocolo I, de que la falta de condiciones se deba exclusivamente a haber cometido, con anterioridad a su captura, alguna violación de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, ya que en este caso conserva su estatuto, con independencia de que pueda ser objeto de represión penal.

Aun con la pérdida del estatuto de prisionero, el combatiente ilegítimo no queda excluido totalmente del sistema de protección diseñado por el DIH, ya que se beneficia de unas garantías mínimas fundamentales establecidas en el art. 75, Protocolo I, aplicables a cualquier persona que se halle en poder de una parte en conflicto y no tenga derecho a un trato más favorable.

A pesar de que podrían ser, en principio, suficientes las normas generales de identificación de los combatientes, el sistema ata los cabos sueltos concediendo por un lado, en caso de que exista duda, la presunción de prisionero de guerra, hasta que se pronuncie al respecto un tribunal competente (art. 45.1, GPI) y por otro, ante la constatación de que existen categorías de combatientes ilegítimos cuya semejanza con los combatientes legítimos es evidente, establece una referencia normativa explícita sobre tres figuras de personas que participando directamente en las hostilidades no tienen estatuto de combatientes. Son los espías, los mercenarios y los francotiradores.

### *2.1. Los espías*

La búsqueda y consecuente información sobre el enemigo constituye un elemento esencial para fundamentar las decisiones del mando, y el DIH, consciente de su contribución eficaz a la acción bélica, lo regula sobre la base de diferenciar claramente la búsqueda de información prohibida o restringida de la que se considera consustancial con las operaciones militares. El DIH no considera útil la prohibición del espionaje como método de obtener información, por no afectar directamente al subsistema de protección de las víctimas de la guerra, y ante una posible colisión con los intereses nacionales que condenan universalmente el espionaje en sus legislaciones penales internas, las cuales suelen reservar para el espía penas gravísimas, lo que hace es residenciar su regulación en el subsistema “conducción de las hostilidades” en el que define y limita el concepto de espionaje, excluyendo su actividad hostil del resto de las actividades informativas que permite realizar al combatiente. La consecuencia es lógica: no considera al espía un infractor del DIH, pero tampoco lo considera combatiente legítimo, quedando sin causa de justificación la comisión del delito de espionaje tipificado en foro doméstico.

La definición auténtica del concepto de espía en el derecho de la guerra hay que buscarla en el art. 29 del Reglamento de la Guerra Terrestre, anejo al Convenio II de La Haya, de 1899: “No se puede considerar como espía más que al individuo que obrando clandestinamente o con pretextos falsos, recoge o trata de recoger informes en la zona de operaciones de un beligerante con la intención de comunicarlos a la parte contraria”.

De donde resulta que lo que caracteriza la acción como espionaje desde el punto de vista del derecho internacional aplicable en los conflictos armados, es precisamente la clandestinidad y el territorio en el que tiene lugar, no la condición del individuo que realiza esa acción, que puede ser militar o paisano, ni tampoco el objeto sobre el que la misma recae, que se define de manera imprecisa con esa referencia vaga a los “informes”. Por su parte, el art. 46, Protocolo I regula el espionaje circunscribiéndolo exclusivamente al miembro de las fuerzas armadas y así en sus aps. 2 y 3 dice que no se considerará que realiza

actividades de espionaje el miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto que, en favor de esa parte, recoja o intente recoger información dentro de un territorio controlado por una parte adversa siempre que, al hacerlo, vista el uniforme de las fuerzas armadas a que pertenezca; o que siendo residente en territorio ocupado por una parte adversa recoja o intente recoger información de interés militar dentro de este territorio, salvo que lo haga mediante pretextos falsos o proceda de modo deliberadamente clandestino <sup>19</sup>.

En cuanto al régimen del espía, establece el art. 46.1, Protocolo I que: “No obstante cualquier otra disposición de los Convenios o del presente Protocolo, el miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto que caiga en poder de una parte adversa mientras realice actividades de espionaje no tendrá derecho al estatuto de prisionero de guerra y podrá ser tratado como espía”. Es decir que podrá ser castigado conforme a las leyes penales de la potencia captora, naturalmente con la necesidad de enjuiciamiento previo (art. 30, Reglamento de la Guerra Terrestre), como autor, precisamente, de un delito de espionaje.

A este respecto, el art. 52, Código Penal Militar español, promulgado por ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, contiene la tipificación del mencionado delito, con arreglo a la siguiente formulación positiva: “El extranjero que, en tiempo de guerra, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las fuerzas armadas o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional será castigado, como espía, a la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte. La tentativa se castigará con las mismas penas privativas de libertad establecidas para el delito consumado”.

## 2.2. *Los mercenarios*

La inclusión de los mercenarios como una de las categorías específicas de combatientes ilegítimos está normativizada, a diferencia de los espías, por primera vez, en el Protocolo I de 1977 <sup>20</sup>. Aunque el fenómeno de los mercenarios, o sea los extranjeros que toman parte directa en las hostilidades animados, no por la defensa de una idea, sino por mero espíritu de lucro, ha existido siempre, a raíz de las guerras de descolonización y más concretamente con la secesión de Katanga en los años sesenta, cuando dicho fenómeno aparece como un problema específico de alcance internacional, dando lugar a la condena de la Co-

<sup>19</sup> Ver *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, cit., ps. 779 y ss.

<sup>20</sup> Ver *Comentario del Protocolo del 8 de julio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, cit., ps. 793 y ss.

munidad Internacional —“enemigos del género humano” llegó a calificárseles—, expresada en numerosas resoluciones de organizaciones internacionales con vocación universal, como las Naciones Unidas.

El derecho de la guerra contemporáneo se ha referido también a ellos en el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, no para condenarlos expresamente como criminales de guerra, según era la pretensión de buen número de países, sino para acotar el concepto y negar el estatuto de combatiente a las personas incluidas en él, siguiendo así el mismo criterio aplicado a los espías. En cuanto al concepto jurídico de mercenario, el art. 47.2, Protocolo dice así: “Se entiende por mercenario toda persona:

”a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;

”b) que, de hecho, tome parte directamente en las hostilidades;

”c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa parte;

”d) que no sea nacional de una parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una parte en conflicto;

”e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto; y

”f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es parte en el conflicto”.

Con todo lo cual se quieren poner de manifiesto las notas de la ajenidad al conflicto y de la participación privada en el mismo con ánimo de lucro, excluyéndose del mercenario ciertas figuras tales como las de los consejeros, técnicos, asesores o instructores militares de ejércitos extranjeros.

En cuanto al régimen del mercenario, determina este mismo art. 47 en su ap. 1: “Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra”. No obstante opera igualmente para los mercenarios la protección prevista en el citado art. 75, Protocolo, de acuerdo con la remisión establecida con carácter general para todas las personas que hayan participado en las hostilidades y no disfruten de un trato más favorable. Además, es opinión unánime entre los autores que los mercenarios gozarán de la protección general que otorga la llamada “cláusula Martens”, recogida en los artículos. 63, Convenio I, 62 del II, 142 del III y 158 del IV, que hoy aparece reafirmada en el art. 1.2, Protocolo I, a cuyo tenor: “En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del de-

recho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”<sup>21</sup>.

La importancia de esa cláusula reside en que también resulta aplicable a los mercenarios que tomen parte en un conflicto armado interno, según la invocación que a la misma se hace en el último párrafo del Preámbulo del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Con posterioridad al Protocolo surgieron diversos intentos por reprimir la figura del mercenario. En julio de 1977, en Libreville, sólo un mes después de la firma del Protocolo, salió a la luz una Convención de la Organización para la Unidad Africana sobre la eliminación del mercenarismo en África. Una Convención adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 4 de diciembre de 1989, todavía no ratificada por España, prohíbe el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios y tipifica los correspondientes ilícitos penales<sup>22</sup>.

### 2.3. *Los francotiradores*

Finalmente nos ocupamos de una categoría de combatientes que ataca de forma particularmente dañina a uno de los cimientos en los que se asienta el sistema de protección del DIH, la existencia previa de una estructura estatal que permita el control y la organización de todos los que tomen parte activa en las hostilidades. De ahí que cuando surge la figura del combatiente que no dependiendo de nadie, sin mando que se haga responsable de su conducta, hace la guerra por su cuenta, el DIH reacciona, si bien indirectamente, expulsándolo del círculo de combatientes legítimos. Los francotiradores se han convertido en una especie cada vez más abundante, como consecuencia del nuevo tipo de conflictos existente en nuestros días, el llamado tipo de conflicto “desestructurado”. En el informe presentado por el CICR en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja que tuvo lugar en Ginebra los días 3-7 de diciembre de 1995, se habla de que las estructuras estatales, a menudo ya frágiles y débiles antes del estallido del conflicto, se desintegran, no tienen dominio alguno sobre los acontecimientos y no pueden garantizar el respeto del derecho internacional humanitario. Tal insuficiencia favorece la creación espontánea de numerosas entidades no estatales y, durante los conflictos, muchos grupos armados incontrolados entran a participar en las hostilidades.

<sup>21</sup> Ver TICEHURST, Rupert, “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 140, 1997, ps. 131/141.

<sup>22</sup> Por su importancia y posible ratificación por España, esta Convención está recogida en el t. III del *Derecho de los conflictos armados*, OR7-004, Estado Mayor del Ejército, 1996.

No obstante haber quedado claro a quien nos referimos, se hace necesario delimitar exactamente el concepto jurídico de francotirador porque existen otras acepciones de la misma palabra de empleo muy corriente en las fuerzas armadas.

a) Los llamados “francotiradores” tienen su origen histórico en la denominación de “cuerpos francos” que se dio en la Revolución Francesa y luego en Alemania a ciertos grupos, denominados “cuerpos francos”, que participaban en acciones de combate con el fin de defender el suelo patrio. Esta acepción no es la que ha subsistido.

b) Hoy, perdida esta acepción, se consideran francotiradores a los sujetos que sin formar parte de las fuerzas armadas, ni de grupo, cuerpo o movimiento organizado alguno, actúan empero en el curso de un conflicto armado hostilizando a alguna de las partes a título meramente individual. En cuanto no cumplen los requisitos de orden colectivo y de orden personal para ser considerados combatientes legítimos, su actuación ha de considerarse ilícita y constitutiva de un crimen de guerra, como dijo el Tribunal de Nuremberg en su sentencia del 19 de febrero de 1948. Son los tristemente célebres *snipers* que, ocultos, asesinaban indiscriminadamente a los pacíficos viandantes que se atrevían a transitar por las calles de Sarajevo, en la reciente guerra de los Balcanes.

c) No hay que confundir esta categoría de combatiente ilegítimo con la del combatiente, tirador selecto, que, provisto de un fusil de mira telescópica, en ocasiones actúa destacado de su unidad batiendo objetivos militares puntuales. Tanto el combatiente, como el medio y el método empleado son absolutamente legítimos.

### 3. Sobre la consideración de combatientes de la policía

Antes de llegar a alguna conclusión se hace preciso desbrozar el panorama, teniendo en primer lugar presente que en muchos Estados, entre ellos España, al lado de la “policía civil” existe otra policía de naturaleza militar que tiene un doble cometido civil y militar. Es evidente, por tanto, que aquellos de sus miembros que realicen misiones militares tendrán la consideración y el estatuto de combatientes. El problema surge en cuanto a la consideración o no de combatiente del personal de la Guardia Civil que, sin perder en ningún caso su condición de militar desempeñe, en tiempo de conflicto armado, cometidos propios de la “policía civil”. Problema que se agudizaría en caso de ocupación militar del territorio español, dado el distinto contenido que tiene el estatuto de combatiente respecto del de funcionario policial, al que le sería de aplicación el Convenio IV de Ginebra.

Por otra parte, el art. 43.3 del Protocolo determina que: “siempre que una parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras partes en conflicto”. Con esta redacción se pretende solucionar el proble-

ma suscitado por la dualidad de naturaleza o cometidos como consecuencia de la legislación interna de los Estados. De esta forma, para asimilar a fuerza armada al Cuerpo Nacional de Policía, a las policías autonómicas y a las locales, se haría necesaria la oportuna notificación <sup>23</sup>.

#### **4. La consideración o no de combatientes de las fuerzas de Naciones Unidas**

Como es sabido ha adquirido carta de naturaleza la participación de las fuerzas armadas en el amplio abanico de operaciones o misiones de paz, diseñadas por las Naciones Unidas para mantener la paz y la seguridad internacionales. En las operaciones de paz de carácter preventivo y no coercitivo llevadas a cabo en territorios donde tienen lugar conflictos armados, las fuerzas de Naciones Unidas no pueden ser en principio consideradas combatientes, aunque en ocasiones han sido objeto de ataques y en tales encuentros, en los que el empleo de las armas de autodefensa está permitido, deben actuar respetando las normas del DIH. En las operaciones de imposición de la paz, ejecutadas al amparo del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo que supone que pueden implicar el uso de la fuerza, cuando los cascos azules participen directamente en las hostilidades, les será de plena aplicación el DIH y especialmente las reglas que conciernen a la conducción de las operaciones militares, en cuanto se refiere a los tres elementos ya conocidos: sujetos combatientes, medios y métodos, y objetivos militares.

En la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, aprobada por la Asamblea General el 9 de noviembre de 1994, se confirma cuanto hemos dicho, en cuanto, en las operaciones no coercitivas se prohíben los ataques contra dicho personal, tanto civil como militar, y en caso de captura o detención, con motivo de sus funciones, debe ser liberado de inmediato, gozando mientras dure su detención o captura de la protección prevista en los Convenios de Ginebra. Asimismo, en su art. 2, deja fuera de su ámbito de aplicación a las operaciones de Naciones Unidas de carácter coercitivo en las que cualquier miembro del personal participa como combatiente contra fuerzas armadas organizadas a las que se aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales.

Finalmente, el 6 de agosto de 1999, el Secretario General de las Naciones Unidas difundió instrucciones sobre la "Observancia de las fuerzas de Naciones Unidas del derecho internacional humanitario", reconociendo el carácter de combatientes a las fuerzas de Naciones Unidas que estén involucradas en si-

<sup>23</sup> En España, la dependencia del ministro de Defensa prevista en la LO 6/1980 del 1º de julio, de la defensa nacional, no implica la incorporación automática a las fuerzas armadas. En el caso de la Guardia Civil sería conveniente dicha notificación para evitar todo tipo de confusión.

tuaciones de conflicto armado mientras dure el enfrentamiento militar. Esta disposición es aplicable a las fuerzas de mantenimiento de la paz y de imposición de la paz que actúen bajo mando y control de las Naciones Unidas <sup>24</sup>.

## 5. Los niños soldados

Aunque existe una conferencia específica que trata sobre el tema de los niños combatientes no puedo por menos de dedicarle unos sucintos comentarios debido a la incidencia de esta categoría de combatiente en los actuales conflictos. La protección debida a los niños, reconocida en el derecho internacional humanitario, fue reafirmada en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que en su art. 38 tiene una disposición relativa a los niños en los conflictos armados que remite a las normas que vamos a estudiar a continuación.

En los conflictos armados internacionales el Protocolo Adicional I fija el límite de la edad bajo la cual está prohibido que los niños participen en las hostilidades, en quince años. De conformidad con su art. 77, párr. 2: “Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad”. Por reclutamiento se entiende incorporación a las fuerzas armadas en sentido amplio, por lo que se prohíbe no sólo el enrolamiento obligatorio, sino también el voluntario de los niños menores de quince años.

En los conflictos armados internos el art. 4, párr. 3, del Protocolo II establece que: “Los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”. Como puede apreciarse la prohibición está redactada todavía en términos más absolutos que en los conflictos armados internacionales.

Es preciso hacer notar la inclusión en el Estatuto de Roma sobre la Corte Internacional de Justicia de una tipificación como crimen de guerra respecto del reclutamiento o alistamiento de niños menores de quince años para participar activamente en las hostilidades <sup>25</sup>.

<sup>24</sup> “Observance by United Nations forces of international humanitarian law”, United Nations, Secretary-General’s Bulletin, ST/SGB/1999/13, 6 de agosto de 1999, *International Review of the Red Cross*, nro. 836, ps. 812/817, 1999.

<sup>25</sup> En un informe sobre el impacto de los conflictos armados en los niños encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a la ONG “Save the Children” se denuncia el alarmante incremento que se está registrando respecto de la participación de los niños en las guerras. Se calcula que actualmente están combatiendo en el mundo más de 250.000 soldados menores de dieciocho años, por lo que las Naciones Unidas trata de conseguir la prohibición de reclutar a menores de dieciocho años así como la desmovilización de los mismos.

El 25 de mayo de 2000, se ha abierto al proceso de ratificación un Protocolo Facultativo a la citada Convención sobre los Derechos del Niño, involucrado en situaciones de conflicto armado.

Por su parte, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja celebrada en Ginebra entre el 3 y el 7 de diciembre de 1995, recoge las recomendaciones de la comisión I, dedicada a presentar un proyecto de resolución sobre la protección de las víctimas de la guerra, en la que se pide a las partes en conflicto que se abstengan de proporcionar armas a los niños menores de dieciocho años y se toma nota de los esfuerzos realizados por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja en ese sentido.

Como prueba de la preocupación generalizada que existe en el mundo cabe citarse la Convención 182 de la Organización Internacional del Trabajo, de junio de 1999, sobre la prohibición y acción inmediata para la eliminación de las formas peores de trabajo que prohíbe *inter alia* el reclutamiento forzoso de los niños en los conflictos armados.

#### IV. PERSONAS QUE PARTICIPAN EN LAS HOSTILIDADES, SON CAPTURADAS, Y NO TIENEN ESTATUTO

Sin perjuicio de la aplicación de la cláusula Martens, ya mencionada, el sistema de protección de esta categoría de víctimas de los conflictos armados —personas “fuera de combate”— no podía completarse sin dedicar su atención a aquellas que, habiendo participado en las hostilidades, se ven privadas del derecho al estatuto de prisionero de guerra y no disfrutan de un trato más favorable de conformidad con lo dispuesto en el Convenio IV. Para estas personas el Convenio diseña un mínimo de garantías, las cuales tendrán vigencia en todo momento y circunstancia:

- Garantías de procedimiento judicial.
- Respeto a la persona, honor, convicciones y prácticas religiosas.
- Prohibición en todo tiempo y lugar de los siguientes actos:
  - a) Los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental, en particular:
    - el homicidio,
    - la tortura, tanto física como mental,
    - los castigos corporales,
    - las mutilaciones.
  - b) Los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.
  - c) La toma de rehenes.
  - d) Los castigos colectivos.
  - e) Las amenazas de realizar los actos mencionados (art. 75, GPI).

Tales personas, cuando se encuentren en territorio ocupado y siempre que no se hallen detenidas como espías, disfrutarán también, no obstante lo establecido en el art. 5, Convenio IV, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio (art. 45.3, GPI).

## V. PERSONAS CAPTURADAS EN CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL

En primer lugar, es preciso señalar que el concepto de prisionero de guerra sólo se predica de los conflictos armados internacionales y asimilados, porque en los conflictos armados internos (guerras civiles) las personas privadas de libertad por causa del conflicto lo son en concepto de internamiento o detención. Sin embargo, siempre es posible un acuerdo entre las partes en el que convengan ampliar el contenido protector a estas personas. Tal fue el acuerdo suscrito el 22 de mayo de 1992 entre las partes implicadas en el conflicto surgido en el territorio de la ex Yugoslavia, a tenor del cual, y como en el mismo se dice, se establece tal acuerdo sin perjuicio de la calificación jurídica del conflicto, sobre la base del art. 3, común a los cuatro Convenios, formulando un verdadero derecho internacional "a la carta", en el que se llega a definir el término prisionero incluyendo a todos los civiles privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto y a todos los combatientes capturados <sup>26</sup>. El art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, condensa en su texto de magnífica arquitectura jurídica, el mínimo humanitario que debe aplicarse, en los conflictos armados sin carácter internacional, a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas.

Se aplica a aquellos conflictos sin carácter internacional en los que las fuerzas disidentes o grupos armados organizados, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan un control sobre una parte del territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, las personas privadas de libertad se benefician de las disposiciones protectoras contenidas en los arts. 4, 5 y 6, Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.

## VI. LA ORGANIZACIÓN DE LOS CAMPOS DE PRISIONEROS

La organización de un campo de prisioneros está regulada prolijamente en el Convenio III tanto en sus aspectos logísticos de ubicación e infraestructura como en su régimen de vida y funcionamiento que comprende, a su vez, los re-

<sup>26</sup> Art. 1 of agreement on the release and transfer of prisoners on the basis of the agreement of may 22nd 1992. Ver *La diplomatie humanitaire du CICR et le conflict en Croatie (1991-1992)*, Comité International de la Croix Rouge, Geneve, 1995.

gímenes interior, asistencial, laboral, penal y disciplinario. En este apartado se ofrece una síntesis del Convenio en lo que afecta al trato que deben recibir en el campo los prisioneros. Téngase en cuenta que el prisionero sigue siendo un militar, en una situación especial, y que el sistema protector no puede entenderse fuera del contexto de la vida militar.

## 1. Ubicación

Los campos de prisioneros deberán encontrarse instalados lo más alejados posible de la zona de combate y no podrán ser utilizados para proteger objetivos militares (arts. 19 y 23, GIII).

Deben estar en tierra firme y con garantías de higiene y salubridad, situados en las regiones que sean climatológicamente más similares a aquellas a que están acostumbrados los prisioneros de guerra (art. 22, GIII)<sup>27</sup>. Los campos deberán ser señalizados, de día, por medio de las letras PG o POW, de modo que sean visibles desde el aire, siempre que consideraciones de orden militar lo permitan.

## 2. Infraestructura

Los campos deberán estar dotados de una infraestructura mínima, con locales separados dedicados a dormitorios, duchas, aseos, cocinas, comedores y otros lugares reservados para el trabajo, el ocio, el culto o la atención sanitaria (art. 25, GIII).

— Dormitorios. Los locales dedicados a dormitorios deberán estar acondicionados de tal manera que garanticen condiciones higiénico-sanitarias equivalentes a las de las tropas propias acantonadas en la zona. La superficie total, el volumen mínimo de aire, el mobiliario y la ropa de cama estarán garantizadas, así como la ventilación directa, la iluminación y la calefacción si procede (art. 25, GIII).

— Lugares destinados al culto. Se procurará la existencia de lugares destinados al culto de acuerdo con la creencia religiosa de los prisioneros, o la habilitación de alguno de ellos para las funciones de diferentes credos religiosos, caso de no ser posible disponer de salas distintas, de tal forma que todas las religiones puedan quedar atendidas (art. 34, GIII).

— Enfermería. Según la capacidad del campo, ésta deberá disponer de las instalaciones necesarias que permitan la atención sanitaria de todo el personal del campo, como mínimo deberá disponer de una enfermería. Deberá disponer de un número de camas adecuado para atender a los posibles enfermos que requieran especiales cuidados o atenciones. También deberá estar provista de la

<sup>27</sup> JUNOD, S., *La protección de las víctimas del conflicto armado de las islas Falkland-Malvinas* (1982), CICR, Ginebra, 1985.

correspondiente sala de reconocimiento para la revisión diaria de los que lo soliciten y además para atender a los reconocimientos médicos que obligatoriamente se deberán pasar a los prisioneros, a su ingreso en el campo, cuando sean evacuados o trasladados de él, y periódicamente durante su permanencia (como mínimo una revisión mensual) (arts. 30 y 31, GIII).

— Cocinas y comedores. Como todo acantonamiento militar deberá disponer de cocinas adecuadas para atender a la alimentación de los prisioneros, de manera que ésta resulte equivalente a las de las tropas propias. Asimismo dispondrá de comedores próximos a aquellas que permitan la distribución de la comida en las mejores condiciones (art. 26, GIII).

— Cantinas. La cantina es lugar de existencia obligada en todo campo de prisioneros, en la que éstos podrán adquirir a un precio, a lo sumo equivalente al del comercio local, sustancias alimentarias, jabón, tabaco y productos usuales (art. 28, GIII).

— Biblioteca, sala de lectura y otros lugares culturales. El campamento podrá disponer de una biblioteca, sala de lectura y algún otro local destinado a las actividades culturales o educativas de los prisioneros (art. 38, GIII).

— Lugares destinados al ocio y al deporte. Se podrán adecuar algunos locales para atender al ocio o a la forma física de los prisioneros, y caso de no ser posible podrá dárseles un doble uso a otros como, por ejemplo, los comedores que puedan dedicarse a sala de cine o TV y que contribuyan al ocio de los prisioneros (art. 38, GIII).

### 3. Régimen interior del campamento

Las condiciones de vida en los campamentos están reguladas de forma muy detallada en el Convenio III de Ginebra.

— Normas sobre el trato debido a los prisioneros. Serán tratados con humanidad y sin discriminación alguna basada en su sexo, raza, nacionalidad u opinión política. No serán tratados con violencia, intimidación o insulto y no serán expuestos a la curiosidad pública. No se permiten mutilaciones o experiencias científicas o médicas no justificadas por razones médicas y siempre que éstas sean en favor del prisionero. Respeto a su persona y su dignidad. Las mujeres serán tratadas en consideración a su sexo. Los prisioneros de guerra pueden ser internados, pero no confinados ni encerrados salvo por razones de necesidad para su salud o como sanción penal. Tampoco serán confinados en penitenciarías, salvo casos especiales justificados por el interés del prisionero. Podrán ser obligados a no alejarse del campo o a no franquear su cercado. En los campos o secciones de los mismos se tendrá en consideración la nacionalidad, lengua y costumbre de los prisioneros.

— Publicidad de los textos de los Convenios y del Protocolo. En cada campamento de prisioneros de guerra se expondrán, en el idioma de los prisioneros

neros, el texto del Convenio de Ginebra relativo al trato de los mismos así como los reglamentos, órdenes, notificaciones y publicaciones de toda índole que afecten la conducta de los prisioneros de guerra (arts. 39 y 41, GIII).

— Uniformidad. Como regla de principio los prisioneros utilizarán los uniformes de su ejército salvo que no se adaptasen al clima del país en el que se encuentran (art. 27, GIII).

— Representación. Los prisioneros de guerra elegirán, cada seis meses y siempre que se produzca vacante, un hombre de confianza encargado de su representación ante las autoridades militares, potencias protectoras, Comité Internacional de la Cruz Roja, y cualquier otro organismo de socorro (art. 79, GIII).

Entre los oficiales y sus asimilados o en lugares donde éstos coexistan con tropa o suboficiales, será hombre de confianza el prisionero de guerra con más alta graduación y, dentro de éstos, el más antiguo. En los campos mixtos podrán contar con auxiliares escogidos entre prisioneros de guerra distintos de los oficiales (arts. 79, 80 y 81, GIII).

— Reclamaciones. Los prisioneros de guerra tienen derecho a formular peticiones a las autoridades militares en cuyo poder se encuentren referentes al régimen de cautiverio, a recurrir al hombre de confianza o al representante de la potencia protectora a fin de que éstos formulen queja respecto del régimen de cautiverio, y, en todo caso, los hombres de confianza podrán enviar a los representantes de las potencias protectoras memorias periódicas referentes a la situación y necesidades de los prisioneros de guerra (art. 79, GIII).

— Comunicaciones con el exterior. Los prisioneros de guerra están autorizados a recibir y enviar cartas y tarjetas postales. Dicha autorización puede ser limitada por la potencia protectora. Las comunicaciones pueden ser censuradas. De igual modo los prisioneros de guerra serán autorizados a recibir por vía postal o cualquier otro conducto paquetes postales que contengan sustancias alimenticias, ropas, medicamentos, etc. Sólo podrán restringirse estos envíos a proposición de la potencia protectora (arts. 70 y 71, GIII).

#### **4. Régimen asistencial**

Se establece el principio general de que el régimen asistencial de los prisioneros de guerra será similar al reservado a las tropas de la potencia en cuyo poder se encuentren, que se hallen acantonadas en la misma región.

Como manifestaciones específicas de este principio destacan los siguientes aspectos.

— Alimentación. Dieta diaria suficiente en cantidad, calidad y variedad, teniendo en cuenta también las costumbres de los cautivos. Se prohíben las medidas disciplinarias o penales relativas a la comida (art. 26, GIII).

— Asistencia médica. Preferentemente los prisioneros serán atendidos por personal médico de la potencia de quien dependan y si es posible, de su na-

cionalidad. A tal fin se podrá emplear a prisioneros que, incluso sin haber sido agregados a los servicios sanitarios de sus fuerzas armadas, sean médicos, dentistas o enfermeros. Éstos sólo ejercerán funciones médicas en favor de los cautivos dependientes de la misma potencia que ellos. Se podrá retener a miembros del personal sanitario de las fuerzas armadas para asistir a los prisioneros, pero dicho personal no tendrá esta consideración, aunque tendrán garantizadas al menos todas las ventajas y la protección del tercer Convenio de Ginebra. Se cuidará la higiene de los prisioneros proporcionándoles los medios e instalaciones necesarios. Se contará, como se ha dicho anteriormente, con una enfermería en cada campo. Los prisioneros que lo necesiten —por padecer afección contagiosa o deficiencia en su estado mental— serán aislados en locales a tal fin. Se admitirá en centros civiles o militares de la potencia en cuyo poder se hallen a aquellos prisioneros que necesiten intervención quirúrgica u hospitalización (arts. 29 a 33, GIII).

— Asistencia religiosa. Los prisioneros podrán cumplir libremente sus deberes religiosos ateniéndose a las medidas disciplinarias prescriptas por las autoridades detenedoras (art. 34, GIII). El personal religioso militar enemigo retenido y los prisioneros de guerra que sean ministros de culto sin ser miembros del personal religioso militar de las propias fuerzas armadas podrán ejercer plenamente su ministerio entre sus correligionarios (art. 35, GIII). Cuando no se haya designado un capellán y si no hay entre los prisioneros ministro de algún culto, se recurrirá a un sacerdote de la potencia detenedora de la misma confesión que los prisioneros o, si no la hubiese, de una confesión similar.

Los miembros del personal médico y religioso designados por la potencia detenedora para prestar asistencia a los prisioneros de guerra no se consideran prisioneros de guerra pero disfrutarán de su estatuto. Recibirán todas las facilidades necesarias para el cumplimiento de su tarea que realizarán con el acuerdo y la colaboración de las autoridades detenedoras. No pueden ser obligados a trabajar (art. 33, GIII). Se reservarán locales adecuados para los servicios religiosos (art. 34, GIII).

Se constituirán comisiones médicas mixtas de tres miembros, dos de ellos pertenecientes a un país neutral que designará el Comité Internacional de la Cruz Roja, y el tercero designado por el Estado detenedor, que examinarán periódicamente a los prisioneros enfermos y heridos (art. 10 y Anexo 1 al GIII).

Asistencia social. Se suministrará vestuario, ropa interior y calzado necesarios a los prisioneros de guerra por parte de la potencia en cuyo poder se hallen. A ser posible y si resultan adecuados a la climatología se utilizarán los uniformes propios de los prisioneros (art. 18, GIII).

Aunque respetando las preferencias individuales, la potencia detenedora estimulará las actividades intelectuales, educativas, recreativas y deportivas de los prisioneros. Se les debe facilitar locales y equipos adecuados (art. 38, GIII).

## 5. Régimen laboral en el campamento

La potencia detenedora podrá emplear como trabajadores a los prisioneros de guerra físicamente útiles, que recibirán una equitativa remuneración (arts. 49 y 62, GIII). La clave, tipo y condiciones de los trabajos están regulados por el derecho internacional humanitario. El régimen laboral varía desde la prohibición a la obligación limitada en función del empleo del militar prisionero. Los oficiales prisioneros no podrán ser forzados a trabajar, aunque si solicitan un trabajo voluntariamente les será facilitado en la medida de lo posible (art. 49, GIII).

Los suboficiales prisioneros: sólo podrán ser obligados a trabajos de vigilancia, es decir, el control y dirección de los trabajos y tareas administrativas realizados por otros, sin que puedan ser forzados a realizar trabajos manuales (art. 49, GIII). Los que no estén obligados a un trabajo de vigilancia podrán solicitar otro de su gusto (art. 49, GIII) en cuanto a la tropa prisionera podrán ser empleados aquellos de sus miembros que sean válidos, teniendo en cuenta su edad, sexo y graduación, así como sus aptitudes físicas, a fin, sobre todo, de mantenerlos en buen estado de salud física y moral (art. 49, GIII). La aptitud para el trabajo será controlada periódicamente mediante exámenes médicos (art. 55, GIII).

Los prisioneros que, sin haber sido agregados a los servicios sanitarios de sus fuerzas armadas, sean médicos, dentistas, enfermeros o enfermeras, podrán ser empleados para que ejerzan sus funciones médicas en interés de sus compatriotas cautivos (art. 32, GIII).

Los prisioneros que sean ministros de un culto sin haber sido capellanes en sus propios ejércitos, serán autorizados para ejercer su ministerio entre sus correligionarios. Serán tratados como capellanes retenidos (art. 36, GIII).

— Trabajos permitidos. Están autorizados los trabajos relacionados con la administración, el acondicionamiento, el entretenimiento del campo, la agricultura, las industrias productoras, extractoras o fabriles con excepción de las metalúrgicas, mecánicas y químicas de obras públicas y de edificación de carácter militar o con destino militar, transportes y entretenimiento sin carácter o destino militar, actividades comerciales o artísticas, servicio doméstico, y servicios públicos sin carácter o destino militar (art. 50, GIII).

— Trabajos prohibidos. No se podrán imponer a los prisioneros trabajos que guarden relación con las operaciones militares. Ningún prisionero podrá ser empleado en trabajos para los cuales no sea físicamente apto (art. 50, GIII). No podrá afectarse a los prisioneros a trabajos que puedan ser considerados como humillantes para los miembros de las fuerzas armadas de la potencia en cuyo poder se encuentran (art. 52, GIII).

— Trabajos voluntarios. Son los que soliciten los oficiales y suboficiales, estos últimos cuando no desempeñen trabajos de vigilancia. También puede

voluntariamente el prisionero ser empleado en las faenas de carácter malsano o peligroso y la recogida de minas u otros dispositivos análogos (art. 52, GIII).

— Condiciones de trabajo. Los prisioneros deben tener condiciones de trabajo adecuadas, especialmente respecto del alojamiento, la alimentación, la ropa y el material, se beneficiarán de todas las ventajas previstas para los trabajadores nacionales (arts. 51, 53 y 54, GIII). El régimen de los destacamentos de trabajo será semejante al de los campos de prisioneros de guerra (art. 56, GIII). El trato a los prisioneros de guerra empleados por los particulares habrá de ser al menos igual al previsto por el Convenio III de Ginebra (art. 57, GIII). La potencia que utilice el trabajo de los prisioneros de guerra garantizará, en las regiones donde laboren estos prisioneros, la aplicación de las leyes nacionales sobre la producción de trabajo y muy particularmente los reglamentos sobre la seguridad de los obreros (art. 51, GIII). Se prohíbe toda medida disciplinaria que haga más difícil las condiciones de trabajo (art. 51, GIII). La duración de la jornada de trabajo diario no será nunca excesiva (art. 53, GIII), no debiendo superar en ningún caso la admitida para los obreros civiles de la región, súbditos de la potencia en cuyo poder se encuentre, empleados en la misma clase de trabajos.

## 6. Régimen penal y disciplinario

El Convenio III de Ginebra regula aspectos relativos a la legislación aplicable y al sistema de garantías establecido en beneficio del prisionero que haya cometido una infracción penal o disciplinaria.

— Leyes aplicables a los prisioneros. Los prisioneros estarán sometidos a las leyes, los reglamentos y las órdenes vigentes de las fuerzas armadas de la potencia detenedora (art. 82, GIII). Como se ha dicho, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas en su art. 141 impone al militar español el mantenimiento de las normas de subordinación y las reglas de disciplina.

— Principios generales. Los prisioneros de guerra no podrán ser castigados más que una sola vez por el mismo acto o la misma acusación (art. 86, GIII). Cuando los prisioneros sufran sanciones judiciales o disciplinarias, el trato no será más severo que el que sufran por igual y en igualdad de graduación, los individuos de las fuerzas armadas de la potencia en cuyo poder se encuentren (art. 88, GIII). Está prohibida toda sanción colectiva por actos individuales, toda pena corporal, todo encarcelamiento en locales no alumbrados por la luz solar y, en general, toda forma de tortura o crueldad (art. 87, GIII). La determinación de si una infracción debe ser castigada judicial o disciplinariamente, debe hacerse usando la máxima indulgencia e inclinándose por la calificación disciplinaria (art. 83, GIII).

— Sistema de garantías en asuntos penales. Ningún prisionero puede ser sometido a procedimiento judicial o condenado por un acto que no se encuentre previamente reprimido, bien por la legislación de la potencia en cuyo poder se

encuentre, bien por el derecho internacional vigente en el momento de cometerse el hecho (art. 99, GIII). Los prisioneros de guerra no podrán ser sentenciados por las autoridades militares y los tribunales de la potencia en cuyo poder se encuentran a otras penas que las previstas para los mismos hechos respecto de los individuos de sus fuerzas armadas (art. 87, GIII).

Para determinar la pena se tendrá en consideración que el acusado no tiene ningún deber de fidelidad respecto de la potencia que le juzga pudiendo el tribunal atenuarla libremente. Únicamente los tribunales militares podrán juzgar al prisionero de guerra, a menos que la legislación de la potencia en cuyo poder se encuentre autorice expresamente a los tribunales civiles a juzgar a los individuos de sus fuerzas armadas por los mismos hechos (art. 84, GIII). Todo tribunal debe ofrecer garantías de independencia e imparcialidad y permitir al acusado el derecho y medios de defensa previstos en el Convenio (arts. 84 y 105, GIII). Las sentencias sólo serán válidas cuando hayan sido dictadas por los mismos tribunales y con los mismos procedimientos que se utilizan para los individuos de las fuerzas armadas en cuyo poder se encuentra el prisionero (art. 102, GIII). La incoación de todo procedimiento judicial contra un prisionero de guerra debe ser puesta en conocimiento de la potencia protectora (art. 104, GIII).

— Sistemas de garantías en asuntos disciplinarios. El jefe del campamento de prisionero de guerra, el oficial que lo reemplace o en quien haya delegado sus poderes disciplinarios, sin perjuicio de los tribunales y autoridades militares superiores, son los únicos que pueden dictar sanciones disciplinarias (art. 96, GIII). Estos poderes no podrán nunca ser delegados en un prisionero de guerra ni ejercidos por él (art. 96, GIII). Los hechos que constituyan faltas contra la disciplina serán objeto de investigación. Antes de dictar resolución se informará al prisionero inculcado de los hechos que se le imputan. Éste podrá explicar su conducta y defenderse, incluso presentar testigos.

La resolución que se adopte debe comunicarse al prisionero y al hombre de confianza. El comandante del campo llevará un registro de las sanciones disciplinarias dictadas que estará a disposición de los representantes de la potencia protectora (art. 96, GIII). Éstas pueden consistir en multas de hasta el 50% de los haberes, supresión de las ventajas otorgadas (que superen a las legales), trabajos duros que no pasen de dos horas al día (esta sanción no puede imponerse a los oficiales) y arrestos.

Los castigos no serán en ningún caso, inhumanos, brutales o peligrosos para la salud de los prisioneros de guerra (art. 89, GIII). La duración de un mismo castigo no rebasará nunca los treinta días (art. 90, G III). El trato disciplinario hacia los prisioneros de guerra debe corresponderse con el aplicado a los miembros de las fuerzas armadas de la potencia en cuyo poder se encuentren que ostenten la misma graduación (art. 88, GIII).

— El uso de las armas contra prisioneros. El uso de las armas contra los prisioneros de guerra, en particular contra quienes intentan evadirse, sólo será un recurso extremo, al que siempre precederán intimaciones según las circunstancias (art. 42, GIII).

## VII. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN

Una parte muy importante del sistema de protección reside en el establecimiento de una red de información que trata de mantener, desde el primer momento, un contacto estable, continuado y organizado entre el prisionero y su familia. Ya desde el comienzo de las hostilidades, cada parte en conflicto constituirá una oficina nacional de información que canalizará la información recibida relativa a los prisioneros heridos, enfermos y desaparecidos tanto propios como enemigos y también la relativa a combatientes fallecidos cuyos restos hayan sido recogidos. Aunque está previsto en el Convenio III la creación en cada país neutral de una agencia central de información, funciona con carácter permanente una Agencia Central de Búsquedas<sup>28</sup>, con sede en Ginebra y dependiente del Comité Internacional de la Cruz Roja (arts. 122, GIII, 136, GIV y 33, GPI).

Tan pronto como ha caído prisionero o, como máximo en el plazo de una semana después de su llegada al campamento, el combatiente capturado tiene derecho a informar de su cautiverio, dirección y estado de salud a sus familiares y a la Agencia Central de Búsquedas, a cuyo fin se le debe facilitar una tarjeta de captura, cuyo formato normalizado figura en un anexo al Convenio III (art. 70, GIII). Cuando la situación lo permita se remitirá a la Oficina Nacional de Información (ONI) una lista de prisioneros capturados y las modificaciones en las condiciones de su cautiverio, de su estatuto y sobre estado de salud (art. 20, GIII). También se remitirá a la ONI una lista de heridos y enfermos con las dolencias que les afectan (arts. 16, GI y 19, GII).

Los informes sobre el estado de salud de los prisioneros y los relativos a personas con estatuto dudoso, los adicionales sobre liberaciones, repatriaciones, traslados, evasiones, hospitalizaciones también se enviarán a la ONI (arts. 16, GII; 19, GII; 70, 94, 120, 122, GIII). Se remitirán los informes sobre fallecidos (certificado de defunción, identificación del mismo, causas, y los documentos que haya emitido tales como testamento) a la ONI, así como los datos relativos a tumbas e inhumaciones (arts. 16, 17, GI; 19, GII, 138; GIV).

Por otra parte, el sistema de comunicación debe ser multidireccional y de ese modo la Oficina Nacional de Información canalizará las gestiones con las visitas de comisionados del CICR y el trabajo de las comisiones médicas mixtas, con las potencias protectoras y los Estados neutrales.

<sup>28</sup> SHREYER, T., "La acción de la Agencia Central de Búsquedas del CICR en los Balcanes durante la crisis de los refugiados kosovares", *Revista Internacional de la Cruz Roja* 836, CICR, Ginebra, 1999.