

**ESTUDIO DEL ARTÍCULO TERCERO DEL
CONVENIO DE GINEBRA DE 1949, RELATIVO
A LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CIVILES EN
TIEMPO DE GUERRA, Y DEL PROTOCOLO
ADICIONAL II DE 1977**

Crisólogo Bustos Valderrama*

PRÓLOGO

En 1987, el Comité Internacional de la Cruz Roja publicó en inglés el Comentario de los Protocolos I y II de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, traducción de la versión original francesa publicada en 1986 y continuación de la labor iniciada con la publicación, en inglés y francés, del Comentario a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, concluida en 1958.

En 1989, el Comité Internacional de la Cruz Roja entregó al mundo hispanohablante la versión en español de estos Comentarios, cuyo prólogo expresa:

“La redacción de los comentarios a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y a sus Protocolos Adicionales I y II de 1977 respondía a la necesidad de explicar y clarificar, a la luz de las

* CRISÓLOGO BUSTOS VALDERRAMA. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Chile. Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado.

negociaciones subyacentes, el alcance de los artículos en cuestión. El jurista, en efecto, no siempre tiene acceso a las actas de las conferencias. Estas son una fuente importante para la interpretación de un texto a la luz de los múltiples e intrincados problemas de la aplicación práctica del derecho humanitario.”

“Para hallar el verdadero alcance y la claridad de cada uno de los textos jurídicos aquí comentados, los autores realizaron un examen completo y minucioso de los documentos primarios que dan cuenta de los contenidos de los debates jurídicos que se dieron tanto en las Conferencias Diplomáticas encargadas de redactar los tratados en cuestión, como en las reuniones preparatorias a dichas Conferencias.”

El estudio que efectuamos a continuación se basa fundamentalmente –aparte de en los Convenios mismos, como es obvio– en los referidos Comentarios, indicando el número asignado a cada uno de ellos en la obra, en su versión en español.

I. CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

El artículo tercero común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y, en consecuencia, del Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, en adelante el Convenio III de Ginebra, y el Protocolo II de los mismos, constituyen los primeros instrumentos jurídicos internacionales verdaderos relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

Su tardía aparición en el campo del Derecho Internacional de la Guerra, materia que durante siglos constituyó en el área más importante del Derecho Internacional –recordemos que las relaciones internacionales han sido fundamentalmente relaciones de conflicto durante el curso de la historia humana– hace conveniente efectuar a lo menos una breve reseña sobre la naturaleza de esos conflictos y las grandes líneas de su evolución.

A falta de una definición generalmente aceptada de ellos, los autores prefieren delimitar las situaciones de este tipo de conflictos en función de los elementos objetivos que los caracterizan.

Ante todo, el conflicto armado no internacional se distingue del internacional por la naturaleza jurídica de los sujetos que se

enfrentan. Las partes en conflicto no son Estados Soberanos, sino el Gobierno de un Estado que lucha con uno o varios grupos armados en su territorio.

Cabe entonces la pregunta de si toda oposición violenta en contra de un Gobierno, trátese de un simple disturbio local o de hechos que presentan las características de una guerra civil, pueden considerarse como conflictos armados no internacionales.

La expresión “conflicto armado” es de por sí una importante indicación al respecto, al introducir un criterio objetivo: la existencia de hostilidades entre grupos armados dotados de cierta organización. En consecuencia, los simples disturbios interiores o actos esporádicos de violencia no constituyen conflicto armado en sentido jurídico, aun cuando el Gobierno haya tenido que recurrir al uso de las fuerzas policiales. En el conflicto armado los insurrectos pretenden derrocar al Gobierno que está en el poder o lograr una secesión para construir un nuevo Estado.

Como ya quedó dicho, hasta 1949 la regulación por el Derecho Internacional de los conflictos armados no internacionales no había formado parte del derecho positivo. De acuerdo con la doctrina clásica, solo los Estados eran sujetos del derecho de gentes y, en consecuencia, el derecho internacional de la guerra no era aplicable a los conflictos internos.

Emmer de Vattel, en su obra *Derecho de Gentes o Principios de Derecho Natural* (1758), planteó por primera vez el problema de si el soberano debe observar las leyes ordinarias de la guerra para con los súbditos rebeldes que han tomado abiertamente las armas contra él, tratando de encontrar una respuesta positiva.

Solo en el siglo XIX surgieron los primeros intentos por lograr que el derecho de la guerra se aplicara a las relaciones entre el Gobierno establecido y los insurrectos que se le enfrentaban, para los cual los insurrectos fueron equiparados a beligerantes, es decir, a una parte en una guerra interestatal, por medio de una institución jurídica: el reconocimiento de beligerante.

La comprensión de esta institución resulta importante para poder interpretar jurídicamente el objeto y alcance de normas que analizaremos más adelante. Por tal motivo, nos detendremos brevemente en ella.

El reconocimiento de beligerante puede presentarse en dos formas. Puede, en primer lugar, constituir un acto jurídico unilateral, de carácter discrecional, expreso o tácito, emanado del Gobierno

legal del Estado, que confiere a los insurrectos una cierta personalidad jurídica y hace aplicable entre ellos las normas de los conflictos armados. En segundo término, el reconocimiento de beligerancia puede emanar de un tercer Estado, debiendo ser siempre expreso, con lo cual al Estado autor del reconocimiento le queda prohibido ayudar en forma unilateral tanto al Gobierno como al grupo insurrecto.

Para la operabilidad del reconocimiento de beligerancia se hizo necesario elaborar una noción jurídica de guerra civil que se basó en la reunión de ciertos elementos de hecho —conquista de un sector territorial determinado, control gubernativo de él y existencia de tropas organizadas— como una forma de que tal reconocimiento no se transformara en una ingerencia inadmisible en los asuntos internos de un Estado.

II. EL ARTÍCULO TERCERO DEL CONVENIO III DE GINEBRA DE 1949 Y LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL MISMO CONVENIO

El objeto del presente estudio es aclarar el alcance y vigencia actual del Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra y de las Disposiciones Generales del mismo Convenio que le son aplicables, y cuál es su relación con el Protocolo Adicional II de 1977. En otras palabras, nos interesa precisar como interactúan ambos instrumentos en el caso de conflictos armados sin carácter internacional, asunto que no es simple de desentrañar con una simple lectura de sus articulados, prescindiendo de esos elementos esenciales para la interpretación de los tratados que son su contexto y su objeto y fin.

Recordemos al respecto que el Artículo Tercero constituye la piedra angular del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales. El Protocolo II completa y desarrolla el Artículo Tercero sin modificar sus condiciones de aplicación y, en ese sentido, ambos instrumentos son indisociables (C. 4359).

Por tal motivo, en este apartado nos limitaremos a transcribir el texto del Artículo Tercero, para dilucidar el tema de fondo conjuntamente con el análisis del Protocolo II.

“Artículo Tercero. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas

Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. *Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.*

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) *Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
- b) *La toma de rehenes;*
- c) *Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
- d) *Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

2. *Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.*

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

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirán efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.”

Respecto de este último inciso nos parece conveniente destacar que cuando él se refiere al “estatuto jurídico de las Partes en conflicto”, está aludiendo a su estatuto jurídico de carácter internacional –reconocimiento de beligerancia, por ejemplo– y en ningún caso a la legislación interna de las Partes. Por lo demás, es poco probable que los insurrectos tengan legislación interna.

Nos interesa destacar, también, las normas contenidas en el Título IV. Ejecución del Convenio, del Convenio III de Ginebra de 1949, especialmente en su Sección Primera. Disposiciones Generales, las que resultan obviamente aplicables al Artículo Tercero.

Título IV. Ejecución del Convenio

Sección Primera. Disposiciones Generales

“Artículo 146. Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren o diesen orden de cometer cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio que quedan definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer una cualquiera de dichas infracciones, debiendo hacerla comparecer ante los propios tribunales de ella, fuera cual fuere su nacionalidad. Podrá, también, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte Contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra Parte Contratante haya formulado contra ella suficientes cargos.

Cada Parte Contratante adoptará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las prescripciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves que son definidas en el artículo siguiente.

En cualquier circunstancia, los acusados gozarán de garantías de procedimiento y de libre defensa que no resulten inferiores a las prescritas en el artículo 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra.

Artículo 147. Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, causar intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o

privarla de su derecho a ser juzgada normal o imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario.

Artículo 148. Ninguna Alta Parte Contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte Contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte Contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”.

III. EL PROTOCOLO II ADICIONAL DE 1977

A. Reseña histórica

(C. 4360 a 4383)

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los conflictos armados —cuyo número es lamentablemente muy elevado— son de índole no internacional. Esos conflictos fratricidas han ocasionado grandes sufrimientos y numerosas víctimas.

Aunque en el Artículo Tercero común se enuncian los principios fundamentales de protección, su aplicación en la práctica ha tropezado con dificultades, por lo que esta sucinta reglamentación no ha permitido siempre afrontar de manera adecuada las necesidades humanitarias urgentes.

Se ha dicho a veces —sin razón— que ese artículo no se ha aplicado nunca. En realidad se ha aplicado frecuentemente, aunque fuera con retraso, cuando las hostilidades entre las Partes en conflicto habían alcanzado un cierto nivel de equilibrio. En efecto, a pesar de que el Artículo Tercero se basa en el principio de una aplicación automática en cuanto una situación se presenta objetivamente como un conflicto armado, la Alta Parte Contratante concernida tiene un amplio poder de apreciación, del que se ha abusado a veces.

Era, pues, necesario reafirmar y puntualizar las normas del Artículo Tercero. Además, esa disposición tiene lagunas, ya que si bien enuncia el principio de la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, no contiene, en cambio, normas sobre la conducción de las hostilidades destinadas a proteger la población civil como tal. Ahora bien, la población civil está especialmente expuesta en esos conflictos. A menudo

es incluso la principal víctima, sobre todo debido a que puede servir de refugio a los insurrectos.

Estos trabajos se escalonaron a través de casi diez años. En 1971, se celebró la primera reunión de la Conferencia de Expertos Gubernamentales. Sobre el principio mismo del desarrollo del Artículo Tercero común se obtuvo la aprobación de la mayoría de los expertos respecto de un desarrollo del derecho partiendo de una definición clara de los conflictos armados no internacionales, elaborada según criterios objetivos. Además, estos preconizaron una reglamentación separada del conflicto armado no internacional.

La segunda reunión de la Conferencia de Expertos Gubernamentales se llevó a efecto en 1972 y fue seguida por una Conferencia Diplomática en 1973, que aprobó por consenso el texto del Protocolo.

II. Análisis del Protocolo Adicional II

Efectuaremos aquí un estudio de las disposiciones legales pertinentes de este Protocolo a partir del principio, que él mismo enuncia, de que sus disposiciones son inseparables de las normas contenidas en el Artículo Tercero común a los Convenios de Ginebra de 1949, con el objeto de precisar los alcances jurídicos de dicha coexistencia, su correcta interpretación legal y los alcances de su aplicabilidad.

Título Primero – Alcance del presente Protocolo

Artículo 1 – Ámbito de aplicación material

1. El presente Protocolo, *que desarrolla y completa el Artículo Tercero común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación*, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre

una parte de dicho territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

La concepción del artículo parece, a primera vista, compleja. En efecto, el Protocolo solo se aplica a conflictos de cierta intensidad y no tiene exactamente el mismo alcance que el Artículo Tercero común, que vale en todas las situaciones de conflicto armado no internacional. Esta gradación en el aparato jurídico aplicable se explica más fácilmente a la luz de una breve rememoración histórica (C. 4447).

El Artículo Tercero común no contiene una definición de conflicto armado. Esta falta de precisión ha dado lugar a interpretaciones muy diversas y, en la práctica, se ha negado a menudo su aplicabilidad. Para mejorar la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, pareció necesario no solo desarrollar las normas, sino también buscar criterios más objetivos para determinar sus casos de aplicación y reducir la parte de apreciación dejada a cada Gobierno (C. 4448).

Inicialmente se tomaron en consideración dos eventualidades: establecer un procedimiento de comprobación objetiva de la existencia de un conflicto armado o puntualizar la noción de conflicto armado no internacional, es decir, seleccionar algunos elementos materiales concretos, ante los cuales las autoridades concernidas ya no podrían negar la existencia de un conflicto (C. 4449).

Desde la Conferencia de Expertos Gubernamentales, el procedimiento de comprobación pareció demasiado difícil de realizar. Quedaba, pues, la segunda solución: elaborar una definición siendo perfectamente conscientes de los riesgos de tal empresa. Por falta de definición no se ha reconocido, a menudo, la aplicabilidad del Artículo Tercero común, pero, con una definición demasiado rígida o restrictiva, el Protocolo correría el riesgo de no aplicarse tampoco. Los trabajos de la Conferencia de Expertos Gubernamentales mostraron la multiplicidad de las opiniones y de las posibles opciones. Se redactaron seis variantes, a partir de trece propuestas. La primera se basaba en la hipótesis de que debería aplicarse un

solo Protocolo, sin distinción en todos los conflictos armados. Las otras cinco, que solo eran válidas para los conflictos armados no internacionales, iban desde la definición más amplia, que cubría todas las situaciones, incluidos los conflictos de poca intensidad, hasta la definición más restringida, que solo comprendía los conflictos de gran intensidad, con las características materiales de una guerra (C. 4450).

El proyecto trataba de responder a tres preocupaciones:

1. Delimitar los umbrales superiores e inferior de las situaciones de conflicto armado no internacional;
2. Proporcionar elementos de definición;
3. Preservar lo conseguido con el Artículo Tercero común (C. 4451).

El Artículo 1 del Protocolo, tal y como se aprobó, toma ampliamente en cuenta esta propuesta. Establece, por una parte, el nexo entre el Protocolo y el Artículo Tercero común y, por otra, hace la distinción entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales por medio de una referencia negativa al Artículo 1º del Protocolo I. Por último, se enuncian en él los criterios materiales que determinan las situaciones en que es aplicable el Protocolo (C. 4456).

Formalmente el Protocolo es adicional a los cuatro Convenios. Con el fin de *reforzar y de ampliar la protección* que se otorga a las víctimas de los conflictos armados no internacionales –razón de ser del Protocolo II– éste *desarrolla y completa las sucintas disposiciones* contenidas en el Artículo Tercero común “*sin modificar sus actuales condiciones de aplicación*”. Esta mención explícita constituye una de las bases de la avenencia que permitió la aprobación del Artículo 1º (C. 4457).

El párrafo 2 excluye explícitamente del ámbito de aplicación del Protocolo las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, que no son considerados conflictos armados (C. 4471).

No se dan verdaderamente definiciones. La noción de disturbios interiores y tensiones internas puede ilustrarse mediante una lista no restrictiva de ejemplos de esas situaciones: los motines, como manifestaciones que no tienen un propósito inicial concertado; los actos aislados y esporádicos de violencia, por oposición a las operaciones militares realizadas por fuerzas armadas o grupos armados (C. 4474).

Artículo 2 – Ámbito de aplicación personal

1. El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominado en adelante “distinción de carácter desfavorable”), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del Artículo 1º.
2. Al fin del conflicto armado, todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquel, así como las que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los Artículos 5º y 6º hasta el término de esta privación o restricción de libertad.

En el Artículo 2º aquí comentado, la lista de criterios es muy similar a las del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Hay que señalar a este respecto un alineamiento de la terminología utilizada en los instrumentos internacionales de los derechos humanos y del derecho humanitario confiere a las normas internacionales de protección de la persona humana una cierta unidad, adecuada para facilitar la interpretación (C. 4483).

“El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable”: esta fórmula se tomó de los Convenios, en particular del Artículo Tercero común. El calificativo “desfavorable” aporta una precisión importante. En efecto, puede haber distinciones favorables perfectamente lícitas; son las diferencias de trato que se hacen para tener en cuenta el sufrimiento, el desamparo o la debilidad natural de una persona (niño o anciano, por ejemplo) la que imponen medidas en función de la urgencia y las necesidades (C. 4484).

El comienzo de la aplicación del Protocolo está determinado por el artículo primero (ámbito de aplicación material), párrafo 1, y corresponde al momento a partir del cual se cumplen objetivamente los criterios enunciados en él (C. 4491).

En cuanto al final de la aplicación, el texto no contiene ninguna precisión. Hay que deducir lógicamente que, cuando cesan las hostilidades, ya no procede que se apliquen las normas relativas a los enfrentamientos armados, mientras que las garantías fundamen-

tales reconocidas a las personas privadas de libertad se tratan en el párrafo 2, que comentamos a continuación (C. 4492).

Las medidas restrictivas de libertad aplicadas por motivos relacionados con el conflicto deberían cesar, en principio, al final de las hostilidades activas, es decir, cuando no hay más operaciones militares, salvo en los casos de condena penal. Por lo tanto, si se mantuvieran esas medidas, por razones de seguridad, en relación con ciertas personas, o si la parte vencedora efectuara detenciones con miras a restablecer el orden público y asegurar su autoridad, sería todavía necesaria una protección jurídica para los afectados por ellas (C. 4493).

Esta es la razón de ser de este párrafo, que establece que, al final del conflicto armado, las personas privadas de libertad por un motivo relacionado con este último, sea que no hayan sido liberadas, sea que hayan sido detenidas al término de las hostilidades, siguen beneficiándose de las normas de protección en materia de detención (C. 4494).

Estas garantías fundamentales valen en todo momento, y sin límite de tiempo, hasta el término de la privación o restricción de libertad de las personas concernidas. Se trata, en efecto, de una protección elemental del individuo (C. 4495).

El artículo menciona “una privación o restricción de libertad” para que no haya lagunas en la protección. Estas expresiones cubren, en efecto, todas las situaciones posibles, desde la libertad vigilada (la residencia forzosa, por ejemplo) hasta el encarcamiento (C. 4496).

Título II. Trato humano

Integran este Título el Artículo 4º, sobre Garantías Fundamentales; el Artículo 5º, sobre Personas Privadas de Libertad; y el Artículo 6º, sobre Diligencias Penales.

El presente Título tiene por objeto proteger a las personas que no participan, o que han dejado de participar, en las hostilidades contra los abusos de poder y los tratos inhumanos y crueles que pudieren infligirles las autoridades militares o civiles en cuyo poder estén. Puesto que el Protocolo no establece categoría de personas protegidas que gocen de un estatuto particular, las normas y los enunciados se aplican de igual manera a todas las personas afectadas por el conflicto armado y que se hallen en poder del adversario

(heridos, enfermos, personas privadas de libertad o cuya libertad se ha restringido), sean militares o civiles (C. 4507).

Estas normas que figuran ya, explícita o implícitamente, en el Artículo Tercero común, se desarrollan y completan en este Protocolo. Se trata de derechos fundamentales inalienables, inherentes al respeto de la persona humana (C. 4508).

El presente Título contiene todos los derechos irrecusables del Pacto, o sea, aquellos que no se pueden suspender, incluso “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación” (C. 4511).

Artículo 4 – Garantías fundamentales

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privados de libertad, tienen derecho a que se respete su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.
2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, *están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar* con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:
 - a) Los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;
 - b) Los castigos colectivos;
 - c) La toma de rehenes;
 - d) Los actos de terrorismo;
 - e) Los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
 - f) La esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;
 - g) El pillaje;
 - h) La amenaza de realizar los actos citados.

El Artículo 4º, párrafos 1 y 2, reproducen lo esencial del Artículo Tercero común, en particular su apartado 1, punto 1, letras a), b) y c) (C. 4515).

El principio general de trato humano enunciado en el párrafo anterior está ilustrado por una lista no limitativa de actos prohibidos. La expresión “sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden” significa que ninguna de estas prohibiciones específicas puede restringir el alcance del principio general (C. 4527).

Las prohibiciones son explícitas y no admiten ninguna excepción; prevalecen en todo tiempo y lugar. Se trata de obligaciones absolutas (C. 4529).

Artículo 6 – Diligencias penales

1. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado.
2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. En particular:
 - a) El procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;
 - b) Nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;
 - c) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el derecho nacional o internacional; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena mas leve, el delincuente se beneficiará de ello;
 - d) Toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad en conformidad a la ley;
 - e) Toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;

- f) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
3. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.
 4. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encinta ni en las madres de niños de corta edad.
 5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía lo más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

La Conferencia se alineó con el Pacto sin que se diera ninguna verdadera explicación del sentido que debe atribuirse a la expresión “derecho nacional” (C. 4606).

La mención del derecho internacional tiene principalmente por objeto abarcar los crímenes contra la humanidad. No puede cometerse impunemente una violación del derecho internacional basándose en el hecho de que ese acto u omisión no estaba prohibido por el derecho nacional cuando se cometió (C. 4607).

IV. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO TERCERO DEL CONVENIO III DE GINEBRA Y EL PROTOCOLO ADICIONAL II. INTERPRETACIÓN DE AMBOS

Para precisar los alcances jurídicos de la coexistencia de ambos tratados internacionales, efectuar una correcta interpretación legal de sus disposiciones y determinar su aplicabilidad a los acontecimientos ocurridos en Chile a contar del 11 de septiembre de 1973, es indispensable detenernos previamente en el análisis de los Artículos 30 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados –pacto que en la mayor parte de sus disposiciones no hizo sino cristalizar las normas largamente reconocidas y aceptadas por la generalidad de los Estados como integrantes del derecho internacional consuetudinario– que disponen textualmente:

30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.
2. *Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.*

31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
(...)
3. Juntamente con el contexto, habrá de tomarse en cuenta:
 - a) *Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.*

Ante el claro tenor de estas disposiciones y teniendo presente los términos indubitables, el origen e historia, ya referidos, del Protocolo Adicional II, no puede caber la menor duda de que el tratado base es el Artículo 3° del Convenio III de Ginebra, vigente en toda la amplitud de sus términos, incluidas las normas generales que son aplicables a la totalidad de cada Convenio, y que el Protocolo Adicional II constituye, en la mayoría de sus disposiciones, un conjunto de normas interpretativas del primero, destinadas a precisar su alcance y no a restringirlo en manera alguna.

No otra cosa puede deducirse de la expresión “que *desarrolla y completa* el Artículo Tercero común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”, contenida en el Artículo 1° del Protocolo Adicional II, la que es categóricamente precisada en su sentido y alcance por la frase: “*sin modificar sus actuales condiciones de aplicación*”, que la misma norma incluye a renglón seguido.

No menos enfático es el precepto al indicar que él es aplicable a “*todos los conflictos armados*” que no estén cubiertos por el Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de

los conflictos armados internacionales, reiterando así su carácter interpretativo.

Esta interpretación resulta confirmada por la historia del Protocolo Adicional II, en la que se consigna, según hemos visto, que él buscaba “mejorar la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales” y, además, “buscar criterios más objetivos para determinar sus casos de aplicación y reducir la parte de apreciación dejada a cada Gobierno” (C. 4448).

En el mismo sentido apunta la afirmación de que con el Protocolo se trataba de responder a tres preocupaciones: “1. Delimitar los umbrales superiores e inferior de la situaciones de conflicto armado no internacional; 2. Proporcionar elementos de definición; 3. Preservar lo conseguido con el Artículo Tercero común” (C. 4451).

Resulta imperativo, en consecuencia, llegar a las siguientes conclusiones:

- A. El Artículo 1º del Protocolo Adicional II establece expresamente que está subordinado al Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra y que no debe ser considerado incompatible con él, por lo cual, conforme al Artículo 30 número 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, prevalecen las disposiciones del Artículo 3.
- B. El Protocolo Adicional II es un acuerdo ulterior de las Partes acerca de la interpretación del Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra y, en consecuencia, forma parte del contexto de este último Tratado, de acuerdo con lo preceptuado por el Artículo 31 número 3, letra a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
- C. Como normas interpretativas, las disposiciones del Protocolo Adicional II rigen desde la vigencia de los Convenios de Ginebra de 1949.
- D. Las normas de ambos Tratados se aplican a todo conflicto no internacional, siempre que éste sea armado y no se trate de situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos aislados de violencia y otros actos análogos.
- E. Ambos Tratados entran en aplicación en el momento en que se cumplen objetivamente los criterios establecidos por ellos.
- F. Aun cuando no existe texto expreso, se deduce lógicamente que la aplicación de las normas de ambos Tratados termina

cuando cesan las hostilidades activas de las partes en conflicto.

- G. Los delitos contemplados en ambos Tratados son punibles en cualquier tiempo y lugar.
- H. Ninguna parte en el conflicto tiene derecho a exonerarse a sí misma de las responsabilidades en que haya incurrido a causa de la infracción de las normas de ambos Tratados.
- I. Los Estados tienen la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido delito u ordenado cometer los delitos, debiendo hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, fuere cual fuere su nacionalidad.
- J. Al fin del conflicto armado todas las personas privadas de libertad siguen siendo amparadas por las normas de protección de los Tratados. Estas garantías fundamentales valen en todo momento, y sin límite de tiempo, hasta el término de la privación de libertad.
- K. A la cesación de las hostilidades, las autoridades deben procurar conceder la amnistía lo más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado.

V. APLICABILIDAD DEL CONVENIO III DE GINEBRA Y DEL PROTOCOLO II ADICIONAL AL CONFLICTO PRODUCIDO EN CHILE A CONTAR DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1973

Aclarada la naturaleza y alcance de la relación jurídica entre los dos instrumentos internacionales referidos y, además, precisados los requisitos de su aplicabilidad y la correcta interpretación de sus normas, no es tarea difícil decidir si ellos resultan aplicables a las actuaciones de los miembros de las partes en conflicto, desde que se produjo el levantamiento de las Fuerzas Armadas chilenas en contra del Gobierno legalmente establecido, el 11 de septiembre de 1973.

Para adoptar una decisión sobre el particular, recurriremos al procedimiento de dar respuesta a preguntas claras y básicas:

- A. *¿Estaban vigentes en Chile el 11 de septiembre de 1973 el Convenio III de Ginebra y el Protocolo II Adicional de 1977?*

La respuesta es innegablemente afirmativa. Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron puestos en vigencia en Chile el año 1951. El

Protocolo II Adicional fue puesto en vigencia en Chile en 1991, no obstante, en cuanto normas interpretativas del Artículo Tercero común de los Convenios de Ginebra y de sus Disposiciones Generales, su preceptiva debe considerarse como integrantes de éste último desde su vigencia.

B. *¿Existió un conflicto armado en Chile a contar del 11 de septiembre de 1973?*

La respuesta es obviamente afirmativa. La rebelión de las Fuerzas Armadas y de Orden fue expresamente declarada y sus acciones bélicas son de conocimiento mundial.

C. *¿El conflicto armado que se produjo en Chile es de aquellos a los que son aplicables el Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra y el Protocolo II Adicional?*

Evidentemente sí. Es poco probable que alguien pueda sostener que el bombardeo de La Moneda por la Fuerza Aérea, el suicidio del Presidente Allende y la represión armada de los opositores hayan tenido el carácter de meras tensiones internas o disturbios interiores.

Es indispensable precisar aquí que toda la discusión que se ha desarrollado a nivel periodístico, académico y jurisprudencial acerca de si en Chile hubo o no una guerra, ha sido absolutamente inútil e innecesaria. En materia de Derecho Internacional Humanitario el concepto de guerra se aplica única y exclusivamente a los conflictos armados internacionales y no tiene razón de ser ni operatividad alguna en los conflictos armados no internacionales.

En todo caso parece conveniente aclarar que si nos preguntamos si en Chile se dio el grado máximo del conflicto interno no internacional, es decir, aquel que lingüísticamente se designa como “guerra civil” y que aparece caracterizado en el Artículo 1º del Protocolo II Adicional como un conflicto con fuerzas armadas disidentes, que bajo la dirección de un mando responsable ejerzan sobre parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, tendríamos que concluir que en nuestro país sí lo hubo, puesto que los que tuvieron la condición de insubordinados fueron las Fuerzas Armadas y de Orden.

No resulta fácil explicarse cómo, incluso en nuestros Tribunales de Justicia, ha llegado a trastocarse la visión de los hechos

históricos, llegando a exigirse que quienes luchaban contra las Fuerzas Armadas y de Orden cumplieran con los requisitos referidos, haciendo que el Gobierno que formaron estas últimas fuera la autoridad legítima, en contra de la cual se alzaban grupos subversivos.

D. *¿Desde cuándo son aplicables al conflicto armado surgido en Chile las normas del Artículo Tercero común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional?*

Desde que se cumplieron objetivamente los requisitos de existir un conflicto armado que no fuera una simple situación de tensión interna ni solo de disturbios interiores.

E. *¿Hasta cuándo son aplicables las normas del Artículo Tercero común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional?*

Hasta el momento en que cesaron las hostilidades activas de las partes en conflicto, hecho histórico cuya fecha es actualmente indeterminada, pero que parece haberse producido solo en la última década del siglo XX, salvo las excepciones que los mismos tratados establezcan, como ocurre con el caso de los detenidos.

F. *¿Qué normas son las aplicables?*

El Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra, las Disposiciones Generales del mismo y las normas del Protocolo II Adicional que tengan el carácter de interpretativas del primero.

Es especialmente relevante tener en cuenta la necesidad de aplicación de las siguientes normas:

- a) El Artículo 146 del Protocolo II Adicional, que obliga a los Estados a buscar a las personas acusadas de haber cometido alguno de los delitos establecidos en los tratados u ordenado cometerlos, sometiéndolas a la jurisdicción de sus Tribunales.
- b) El Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra, que hace punibles los delitos por él establecidos en cualquier tiempo y lugar.
- c) El Artículo 148 del Protocolo II Adicional, que priva a las partes en conflicto del derecho a exonerarse a sí mismas de la responsabilidad por los delitos cometidos.

- b) El Artículo 6º del Protocolo II Adicional, que recomienda a las autoridades que procuren conceder amnistía lo más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto, una vez que cesen las hostilidades.
- f) El Artículo 2º del Protocolo II Adicional, que otorga a las personas privadas de libertad la protección de los tratados hasta que la libertad sea recuperada.