

***RECEPCIÓN Y APLICACIÓN
DEL DERECHO HUMANITARIO EN CHILE***

A mi padre, Alejandro, de quien aprendí el valor de la educación;

A mi abuela, María, de quien heredé el amor por la docencia;

A mi hija, Francisca, quien en sus primeros meses de gestación,
me impulsó constantemente en la creación de esta obra,
con la felicidad que produjo el saber de su existencia;

A mi amado, César, quien me alentó, con su apoyo y amor,
en todo el proceso de titulación;

A todos ellos, por mostrarme el sentido de la vida...

Introducción.....	8
--------------------------	----------

Capítulo I

El Derecho Humanitario

1. Generalidades.....	10
2. Orígenes y fuentes del Derecho Humanitario	
2.1 Desarrollo del Derecho Humanitario.....	12
2.2 Fuentes del Derecho Internacional Humanitario.....	20
3. Contenido del Derecho Humanitario	
3.1 El Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos.....	24
A) Cuadro comparativo.....	27
3.2 Principios del Derecho Humanitario.....	29
A) Principios de los Convenios de Ginebra (artículos comunes).....	30
A.1) Artículo primero: imperativo de civilización.....	31
A.2) Artículo segundo: principio de reciprocidad.....	32
A.3) Artículo tercero: principio de humanidad.....	32
A.4) Artículo octavo: control de las potencias protectoras.....	35
A.5) Artículo once: conciliación facultativa.....	36
A.6) Prohibición de represalias.....	37
A.7) Universalidad de la represión.....	40
B) Principios fundamentales de la Cruz Roja.....	42
B.1) Humanidad.....	42
B.2) Igualdad o no-discriminación.....	43
B.3) Imparcialidad.....	45
B.4) Neutralidad.....	45
B.5) Independencia.....	47
B.6) Universalidad.....	48
B.7) Unidad.....	49
4. Funciones o importancia del Derecho Humanitario.....	49

5. Situaciones de aplicabilidad del Derecho Humanitario.....	51
5.1 Conflicto armado internacional.....	52
5.2 Conflicto armado no internacional.....	53
A) Disturbios interiores.....	57
B) Guerra civil.....	59
C) Conflicto armado regional de orden internacional pero limitado o conflicto armado interno internacionalizado.....	60
6. Medios para aplicar el Derecho Humanitario.....	61
6.1 Medios preventivos.....	62
6.2 Medios de control.....	63
6.3 Medios represivos.....	64
7. Conclusiones.....	67

Capítulo II

Recepción del Derecho Humanitario

1. Generalidades.....	69
2. Relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos.....	69
2.1 Doctrina dualista o pluralista.....	70
2.2 Doctrina monista o unitaria.....	71
2.3 Conclusiones.....	73
3. Recepción del Derecho Internacional en los derechos internos.....	74
3.1 Recepción automática o general.	75
3.2 Recepción especial o transformación.....	77
4. Recepción del Derecho Internacional en Derecho Comparado.....	80
4.1 Gran Bretaña	
A) Derecho internacional consuetudinario.....	81
B) Derecho internacional convencional.....	82
4.2 Estados Unidos	
A) Derecho internacional consuetudinario.....	83
B) Derecho internacional convencional.....	84

4.3	España	
	A) Derecho internacional consuetudinario.....	85
	B) Derecho internacional convencional.....	86
4.4	Alemania	
	A) Derecho internacional consuetudinario.....	89
	B) Derecho internacional convencional.....	91
4.5	Francia	
	A) Derecho internacional consuetudinario.....	93
	B) Derecho internacional convencional.....	93
4.6	Cuadro resumen de las técnicas de recepción del Derecho Internacional en Derecho Comparado.....	96
5.	Recepción del Derecho Internacional en Chile, especial mención al Derecho Humanitario	
5.1	Constitución Política de la República de 1833.	
	A) Derecho internacional consuetudinario.....	96
	B) Derecho internacional convencional.....	98
5.2	Constitución de 1925	
	A) Derecho internacional consuetudinario.....	101
	B) Derecho internacional convencional.....	103
	B.1) 1925 – 1973.....	104
	B.2) 1973 – 1980.....	107
5.3	Carta Fundamental de 1980	
	A) Derecho internacional consuetudinario.....	109
	B) Derecho internacional convencional.....	111
	B.1) 1981 – 1989.....	111
	B.2) 1990 en adelante.....	112
6.	Conclusiones.....	122
6.1	Recepción en Chile del Derecho Internacional.....	123
	A) Teoría de la transformación.....	124
	B) Teoría de la incorporación automática con exigencia de publicación previa	125
6.2	Mecanismo tentativo de recepción del Derecho Internacional en Chile	

A) Creación de un capítulo dentro de la Constitución que se refiera al Derecho Internacional.....	126
B) Mecanismo de incorporación del Derecho Internacional.....	128
6.3 Mecanismo de recepción del Derecho Humanitario en Chile.....	131

Capítulo III

Aplicación del Derecho Humanitario en Chile

1. Generalidades.....	132
2. Existencia de un conflicto armado, premisa para la aplicación del Derecho Humanitario.....	132
2.1 El Estado de Sitio declarado por la Junta de Gobierno equivale a un estado o tiempo de guerra.....	134
A) Interpretación de la declaración del estado de sitio por el Decreto Ley n° 5 de 1973.....	134
B) Dichos de la Junta de Gobierno y sus seguidores.....	135
C) Uso de los Tribunales Militares de tiempo de guerra durante el período de vigencia del estado de sitio.....	137
D) Decreto Ley n° 640 de 1974.....	140
E) Decreto Ley n° 2.191 de 1978.....	141
F) Dichos del Ejército de Chile.....	142
2.2 El Estado de Sitio declarado por la Junta de Gobierno se funda en los disturbios o tensiones interiores existentes.....	143
A) Naturaleza Jurídica del Estado de Sitio.....	143
3. Aplicación hecha por los Tribunales de Justicia.....	144
3.1 Caso Insunza Bascuñán (1990).....	145
3.2 Caso Videla Moya (1994 – 1996).....	147
3.3 Caso Uribe Tambley y Van Jurick Altamirano (1994 – 1998).....	149
3.4 Caso Herrera Cofré (1996).....	156
3.5 Caso Hermanos Andrónico Antequera (1998).....	158
3.6 Caso Pereira Salsberg (1998).....	159

3.7	Caso Poblete Córdova (1998).....	160
3.8	Desafuero del senador Pinochet (2000).....	165
3.9	Caso Weibel Navarrete (1997 – 2002).....	167
3.10	Caso Aranda Romero (1999 – 2003).....	168
3.11	Caso Rioseco Montoya y Cotal Álvarez (2004 – 2005).....	171
4.	Análisis jurisprudencial.....	177
4.1	No cabe la aplicación de los Convenios de Ginebra.....	177
4.2	Los Convenios de Ginebra son susceptibles de aplicación.....	179
5.	Otros mecanismos de aplicación.....	180
5.1	Creación de la Comisión Nacional de Derecho Humanitario.....	181
5.2	Enseñanza del Derecho Humanitario.....	182
5.3	Difusión del Derecho Humanitario.....	183
6.	Conclusión: La aplicación del Derecho Humanitario en Chile ha sido incompleta	184
6.1	Calificación jurídica del estado de sitio.....	185
6.2	Aplicación de la legislación militar.....	185
6.3	Aplicación de los principios del Derecho Humanitario.....	187
	Bibliografía.....	192

Introducción

Esta obra se ha elaborado sobre la base de la que fuera mi Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, defendida en el examen de grado en abril del año 2004, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dos años más tarde, cursando el Doctorado en Derecho en la misma casa de estudios, y tras las afectuosas recomendaciones de Ángela Vivanco, mi guía y ejemplo en la carrera académica que deseo desarrollar, me torné a la tarea de transformarla en mi primera publicación.

Así surge esta original obra titulada *Recepción y Aplicación del Derecho Humanitario en Chile*, la cual coloca de manifiesto la pobre e inadecuada aplicación que han tenido los Convenios de Ginebra, en nuestros Tribunales, en aquellas causas de Derechos Humanos en las cuales era procedente aplicar este Derecho, demostrándose que los mencionados tratados internacionales sí tienen aplicación en aquellos casos en que la jurisprudencia ha dicho lo contrario; la recepción y aplicación del Derecho Humanitario debería ser plena, pues este Derecho garantiza el respeto de las personas, y por ende es connatural a todo ser humano. De esta forma, el libro está dirigido tanto a los alumnos de Derecho, como a los profesionales y personas interesados en el respeto de los Derechos Humanos.

El texto de la investigación se desarrolla y divide en tres capítulos: el primero de ellos trata del concepto de Derecho Humanitario; el segundo, de la recepción de las normas internacionales por los derechos estatales; y el último, de la aplicación de los Convenios de Ginebra por nuestros Tribunales.

El primer capítulo tiene por objeto esclarecer el concepto de Derecho Humanitario, pues para poder hablar de su recepción y aplicación, se debe primero conocer de qué se trata este Derecho. De esta forma, se detalla en qué consiste el Derecho Humanitario, indicando sus fuentes y orígenes, su contenido material, cuál es su importancia como conjunto de normas jurídicas, en qué situaciones se aplica, a quiénes protege, y cómo se hace posible su aplicación.

El capítulo segundo se refiere a la Recepción del Derecho Humanitario. Sin embargo, este tema es preciso situarlo en un marco teórico más amplio, el de las relaciones

entre el Derecho Internacional y los derechos internos. Así pues, con el objeto de contextualizar la recepción del Derecho Humanitario se realiza una síntesis del debate doctrinal que ha provocado en la comunidad internacional las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos de los Estados, problema clásico del Derecho Internacional Público moderno. Luego, se hace una exposición de las diferentes técnicas que permiten la introducción de las normas jurídicas internacionales en los ordenamientos jurídicos internos, mostrando como han sido éstas utilizadas en el Derecho Comparado. Posteriormente, se concluye el capítulo examinando la evolución en Chile a este respecto, haciendo hincapié en el caso del Derecho Humanitario, como tipo específico de norma jurídica internacional.

En el capítulo tercero, se hace un análisis de la aplicación de los Convenios de Ginebra –fuente material más representativa del Derecho Humanitario- por nuestros Tribunales. Ello permite tratar la discusión acerca de si, en la especie, existió o no un conflicto armado, en septiembre de 1973, incluyendo si el Estado de Sitio decretado en la época puede o no asimilarse a una situación de guerra, particularmente a propósito de la utilización de los Tribunales Militares de Tiempo de Guerra durante dicho período. Se tratan los principales Decretos Leyes dictados por la Junta Militar sobre estos tópicos y se analizan fallos atinentes al tema.

Cada capítulo se desarrolla con tal profundidad que podría afirmar que cada uno de ellos puede leerse en forma independiente. En efecto, en sus últimas páginas presentan las conclusiones a las que he llegado con su estudio, debiendo desde ya resaltar las del capítulo segundo, donde se considera fundamental una reforma a la Constitución de 1980, en atención a incluir un acápite que se refiera en forma exclusiva al Derecho Internacional, ya que la creciente interdependencia entre los Estados y el fenómeno de la globalización que se vive, comporta un aumento progresivo del campo de aplicación del Derecho Internacional a costa del derecho interno y, en consecuencia, la necesidad de un nuevo enfoque en la regulación de las relaciones entre ambos sistemas jurídicos.

Regina Ingrid Díaz Tolosa
Santiago de Chile, agosto de 2006.

Capítulo I

El Derecho Humanitario

1. Generalidades

Para poder hablar de la recepción y aplicación del Derecho Humanitario, es pertinente conocer de qué se trata este Derecho, por ello en este capítulo se examina el concepto, indicando sus fuentes y orígenes, su contenido material, cuál es su importancia como conjunto de normas jurídicas, en qué situaciones se aplica, a quiénes protege, y cómo se hace posible su aplicación.

Para desentrañar el contenido de esta rama del Derecho Internacional, primeramente acudamos al significado de las palabras: *Humano* se dice de un hombre que es bueno para sus semejantes; la *humanidad* es un sentimiento de benevolencia activa hacia los hombres; el *humanitarismo*, por su parte, es esa actitud de humanidad erigida en doctrina social y extendida a la totalidad de los hombres; en fin, *Humanitario* es un calificativo aplicable a toda acción bienhechora para el hombre. De esta forma, se puede concluir que el *Derecho Humanitario* se inspira en la moral social, que puede resumirse así: “haced a los demás lo que quisiérais que se hiciese a vosotros mismos”, precepto de todas las grandes religiones y que es también la regla de oro de los positivistas; es por consiguiente una verdad universal. Los ejemplos de humanidad se hallan, bajo formas diversas, en todas las civilizaciones. También los filósofos y las religiones han atribuido al ser humano una dignidad todavía desconocida y han influido en el desarrollo del Derecho Humanitario.¹

La acción humanitaria denota una aspiración nueva que no se confunde con las formas tradicionales de caridad; manifiesta una exigencia de solidaridad con toda la humanidad, y ello tanto más cuanto que el hombre moderno ve peligrar más y más su identidad y su integridad. A ese respecto, se hace referencia no sólo a la multiplicación de

¹ Comité Internacional de la Croix – Rouge: *Comentario al programa de un curso sobre el Derecho Internacional Humanitario* (Genève, Comité Internacional de la Croix – Rouge, 1972) p. 4.

los genocidios, a la proliferación de conflictos, al aumento de la violencia, sino también a la grave amenaza de la manipulación genética, que podría transformar la especie humana. Por ello, lo humanitario, que incumbe tanto al creyente como al ateo, ha pasado al primer plano de las preocupaciones morales.²

El Derecho Internacional Humanitario es el conjunto de disposiciones jurídicas internacionales, escritas o consuetudinarias, que garantizan el respeto a la persona humana y su pleno desarrollo en todos los órdenes.³ Sus principios y normas limitan el uso de la violencia en períodos de conflicto armado.⁴

Su finalidad, es reglamentar las hostilidades y atenuar sus rigores siempre que las necesidades militares lo permitan.⁵ En tiempo de conflicto armado, su objeto es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades –personas que no están, o ya no están, directamente involucradas en las hostilidades; los heridos, los náufragos, los prisioneros de guerra y los civiles- y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra.⁶ Se propone garantizar a los individuos, en todo tiempo, el disfrute de los derechos y libertades fundamentales y preservarles de las calamidades sociales.⁷

Por Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) entiende las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección o

² Meurant, Jacques: “Bibliografía: Dimensión filosófica y religiosa de lo humanitario” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* nº 140, 31 de marzo de 1997 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1997) pp. 234 – 244. [En sitio del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList160/CBB35317FCD7BCE1C1256DE10055C3A9>, consultado en agosto de 2006].

³ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:1).

⁴ Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: *El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos* (Ginebra, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Serie Folletos Informativos sobre los Derechos Humanos nº 13, 1991) p. 1.

⁵ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:1).

⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja: *Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998) p. 3.

⁷ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:1).

protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto armado.⁸

2. Orígenes y fuentes del Derecho Humanitario

2.1. Desarrollo del Derecho Humanitario

A partir del siglo XVI, la repetición de cláusulas humanitarias, contenidas en los “carteles y capitulaciones” que intercambiaban los jefes de ejércitos enemigos, crean un derecho consuetudinario que, para el siglo XVIII, puede resumirse así: los hospitales gozan de inmunidad y están señalados por un banderín cuyo color varía según los ejércitos; los heridos y enfermos no son considerados prisioneros de guerra, reciben asistencia como los pertenecientes al ejército aprehensor y son devueltos una vez restablecidos; los médicos y sus ayudantes, así como los capellanes están exentos de la cautividad y son devueltos a sus líneas; los prisioneros de guerra salen ilesos y son canjeados sin rescate; y, la población civil pacífica debe quedar libre de molestias. Hay que destacar que tales carteles eran contratos de índole esporádica, válidos sólo para un conflicto armado determinado.⁹ En otras palabras, estas capitulaciones, eran *tratados humanitarios*, pero transitorios; mientras durase la guerra entre los países firmantes, los cuales no estaban obligados nuevamente una vez terminado el conflicto armado.¹⁰

Fue la creación de la Cruz Roja la que asestó uno de los golpes más contundentes a la guerra y la que es punto de partida para el desarrollo convencional del Derecho Humanitario,¹¹ dándoles un carácter universal.

⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja (1998:17).

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Por ejemplo, “el tratado de amistad y de comercio, concluido en 1785, en plena paz, entre Prusia y los Estados Unidos, bajo la inspiración de Federico II y de Franklin, ilustres poseedores, tanto el uno como el otro, de ideas filosóficas. El tratado, en la hipótesis de tiempo de guerra protegía a los heridos y prisioneros de acuerdo con las reglas que prefiguraban con bastante exactitud las disposiciones de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, sólo se trataba de un Convenio entre dos Potencias y no de un Reglamento internacional obligatorio para otros Estados”. Coursier, Henri: *Curso de cinco lecciones sobre los Convenios de Ginebra* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1962) p. 3.

¹¹ Comité Internacional de la Cruz Roja (1998:5).

El fundador de la Cruz Roja, Henry Dunant, ciudadano suizo, socorre espontáneamente a los heridos en el campo de batalla de Solferino, el 24 de junio de 1859.¹² A partir de esta experiencia, en 1862, logra emocionar a la comunidad internacional de la época con su obra *Recuerdos de Solferino*. En el libro se formula un doble deseo, que será fundamental para el respeto a la persona humana: 1. Que se constituya en cada país una sociedad voluntaria de socorros que, en período de paz se prepare para ayudar al servicio de sanidad del ejército, en caso de guerra; 2. Que los Estados ratifiquen un *principio convencional y sagrado* que garantice una protección jurídica a los hospitales militares y al personal sanitario. La gran resonancia que tuvo el libro indujo a la formación, en febrero de 1863, de un Comité de cinco personas: Dunant, Moynier, el General Dufour, los doctores Appia y Maunoir.¹³ De esta iniciativa surge el primer Convenio de Ginebra relativo a la protección de los militares heridos o enfermos, aprobados en una Conferencia Diplomática que se celebró en 1864.¹⁴

Esta Conferencia, congrega a 16 Potencias y adopta, el *Convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña*. Este Convenio tiene 10 artículos e introduce en el Derecho lo que Dunant llamaba la *neutralidad*. Los médicos y enfermeros ya no serán considerados como combatientes y quedarán exentos de captura. Las personas civiles que proporcionen socorros a los heridos han de ser respetadas. Los militares heridos o enfermos deben ser atendidos, sea cual fuere su nación. Se reconoce la neutralidad de ambulancias y hospitales militares. La cruz roja sobre fondo blanco será el signo visible de la inmunidad.¹⁵ Los Estados debían favorecer,

¹² De acuerdo al Folleto Informativo sobre Derechos Humanos del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1991:2), “Henry Dunant en su libro *Recuerdo de Solferino*, formula un doble deseo: 1) que se constituya en cada país una sociedad voluntaria de socorros que, en período de paz – todo el genio innovador radica en eso- se prepare para ayudar al servicio de sanidad del ejército, en caso de guerra; 2) que los Estados ratifiquen un principio convencional y sagrado que garantice una protección jurídica a los hospitales militares y al personal sanitario”.

¹³ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:5) agrega que este Comité “es el órgano fundador de la Cruz Roja y el promotor de los Convenios de Ginebra. A partir de 1880, tomará el nombre de Comité Internacional de la Cruz Roja”.

¹⁴ Pasquier, André: “Derecho Internacional Humanitario y actividades del CICR para América Latina y el Caribe” en *II Seminario Interamericano sobre seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos en Centro América* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, 1ª edición) p. 43

¹⁵ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:6).

en sus territorios, la creación de Sociedades particulares, solidarias las unas de las otras, y susceptibles de ejercer una acción que completase la del Servicio de Sanidad.¹⁶

Lo que constituye el mérito y la originalidad de este Convenio es el hecho de haber pretendido resolver, de manera general y permanente, una situación que, hasta ese momento, sólo había dado lugar a la adopción de disposiciones accidentales. Contrariamente a los acuerdos temporales o limitados de que se habló anteriormente, este Convenio era concebido para entrar a formar parte del Derecho Internacional universal en virtud de la ratificación o de la adhesión de todas las Potencias.¹⁷

Las múltiples acciones humanitarias emprendidas desde 1864 hasta la Primera Guerra Mundial, durante las guerras o los disturbios interiores que se produjeron, contribuyeron directamente a mantener, en el Comité Internacional de la Cruz Roja, una reflexión jurídica permanente a fin de determinar las condiciones en las que debía prestarse ayuda y protección a las víctimas de la guerra. De este modo se desarrolló el Derecho Humanitario Internacional.¹⁸

Pronto se hizo evidente la necesidad de ampliar el alcance del Convenio de Ginebra. En 1868, se elaboró un nuevo proyecto de convenio con la intención de extender los principios adoptados cuatro años antes a los conflictos armados en el mar. Por otro lado, la Declaración de San Petersburgo de 1868 instó a los Estados a no utilizar armas que provocan sufrimientos innecesarios. La Declaración prohibió el uso de las balas explosivas.¹⁹

Las conferencias de paz de La Haya en 1899 y 1907 aprobaron convenios que definían las leyes y costumbres de guerra y declaraciones que prohibían determinadas prácticas, incluso el bombardeo de poblaciones indefensas, la utilización de gases venenosos y balas de punta blanda.²⁰

En 1906 el Primer Convenio de Ginebra fue revisado para brindar una mayor protección a las víctimas de la guerra terrestre, así se procede a su primera refundición y a

¹⁶ Coursier, H. (1962:4).

¹⁷ Idem, p. 5.

¹⁸ Pasquier, A. (1985:44).

¹⁹ Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1998:3).

²⁰ Ibídem.

partir de ese año tendrá 33 artículos, y el año siguiente todas sus disposiciones fueron oficialmente extendidas a las situaciones de guerra en el mar.²¹

En 1912, se sometió a una Conferencia Internacional de la Cruz Roja la idea de una reglamentación humanitaria de las guerras civiles, pero no se pudo llegar a ninguna decisión. En la práctica, sin embargo, el CICR hacía lo posible por intervenir a favor de las víctimas de guerras civiles, y en 1921, una nueva Conferencia Internacional de la Cruz Roja reconoció a las víctimas de estos conflictos armados el derecho a recibir socorro, de conformidad a los principios humanitarios, y recomendaba que el CICR obrase en tal sentido. Una de las intervenciones más significativas del CICR en este aspecto fue la acción que llevó a cabo, desde 1936, durante la guerra civil española; se logró entonces cierta humanización del conflicto armado.²² Así, la actuación de los delegados del Comité Internacional de la Cruz Roja durante aquella guerra civil (1936 – 1939), tanto en el lado republicano como en el nacional, prefiguró la ampliación del Derecho Internacional Humanitario a los conflictos armados internos.²³

Por otra parte, la labor del Comité Internacional de la Cruz Roja y de las Cruces Rojas nacionales en pro de los prisioneros de la Primera Guerra Mundial (1914 – 1918)²⁴, originó el tercer Convenio de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra;²⁵ el desastroso costo en vidas humanas que tuvo el conflicto armado convenció a la comunidad internacional de que había que dar más fuerza al Convenio.²⁶ Es un extenso código con cerca de 100 artículos que supone progresos importantes: prohibición de represalias; reglamentación del trabajo y de las sanciones penales; y la instauración de un control a cargo de las Potencias protectoras. Asimismo, el CICR hizo lo posible para que se

²¹ Ibídem.

²² Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972: 9).

²³ Pasquier, A. (1985:45).

²⁴ De acuerdo a Schindler, Dietrich: “Importancia de los Convenios de Ginebra para el mundo contemporáneo” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* nº 836, 31 diciembre de 1999 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999) pp. 715 - 728. [En sitio del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList175/A56DA6A0FD0A605BC1256DE100611C42>, consultado en agosto de 2006], “en aquella época prevalecía la creencia de que la Liga de las Naciones había traído al mundo una paz permanente. Debido a dicha creencia se descartó cualquier consideración relativa a la elaboración de nuevos convenios sobre la guerra. Así pues, no fue hasta 1929 que se aprobaron dos nuevos convenios, uno sobre los heridos y los enfermos y el otro sobre prisioneros de guerra. Con todo, un tercer convenio, quizás el más urgente, relacionado con la protección de los civiles, se topó con la oposición política y no se había aún aprobado cuando, finalmente, el mundo se sumió de nuevo en la guerra”

²⁵ Pasquier, A. (1985:45).

²⁶ Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1998: 3).

concertara un Convenio para la protección de las personas civiles; pero la Conferencia Diplomática que debía ratificarlo oficialmente no pudo reunirse antes de la segunda guerra mundial.²⁷

En cambio, se logró que se admitiera, durante esta última conflagración (1939 – 1945), que el Convenio sobre el trato a los prisioneros de guerra se aplicase por analogía a las personas civiles que ya se encontraban en territorio enemigo al comienzo de las hostilidades. Sin embargo, nada pudo conseguir a favor de las personas civiles de los territorios ocupados, y millones de ellas perecieron;²⁸ la Cruz Roja Internacional, sólo en los últimos días del conflicto armado logró llegar a los campos de concentración alemanes.

La actividad pragmática llevada a cabo por el Movimiento de la Cruz Roja a favor de millones de personas civiles víctimas de la Segunda Guerra Mundial²⁹ y la suerte de tantas víctimas de la guerra conmovió profundamente al mundo, así tan pronto como finalizaron las hostilidades, la Cruz Roja se impuso el deber de someter a los Gobiernos nuevos proyectos de Convenios con el objeto de evitar, de una vez y para siempre, la repetición de estos sufrimientos. El CICR se propuso entonces, de conformidad a sus tradiciones, sacar provecho de la experiencia que había adquirido en el transcurso de tal conflicto armado. Se trataba de revisar los Convenios de Ginebra relativos a los heridos y a los ejércitos en campaña, así como a los prisioneros de guerra, pero también convenía adaptar a las circunstancias el Convenio de la Haya de 1907 relativo a los náufragos. Por otra parte, el Comité elaboró un proyecto de Convenio nuevo, relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.³⁰

Así, en agosto de 1948, se reunió en Estocolmo la XVII Conferencia internacional de la Cruz Roja que había preparado los cuatro proyectos (I Para mejorar la suerte de los heridos y de las fuerzas armadas en campaña, II Para mejorar la suerte de los heridos,

²⁷ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:7).

²⁸ *Idem*, p. 8.

²⁹ La evolución del derecho internacional relacionado con la protección de las víctimas de la guerra y el desarrollo de la guerra se ha visto profundamente afectada por la elaboración de la protección jurídica de los derechos humanos a partir de la segunda guerra mundial, así Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1998:1), destaca que “La aprobación de importantes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos – como la declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)- contribuyó a afirmar la idea de que toda persona tiene derecho al goce de los derechos humanos, ya sea en tiempos de paz o de guerra”.

³⁰ Coursier, H. (1962:10).

enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, III Relativo al trato de los prisioneros de guerra, IV Relativo a la protección de la población civil en tiempo de guerra), los textos aprobados por esta Conferencia fueron transmitidos al Gobierno Suizo el cual convocó una Conferencia Diplomática en Ginebra, en el mes de abril de 1949, tomando como base de discusión estos cuatro proyectos de Convenios.³¹

La Conferencia sesionó en Ginebra durante cuatro meses, revisando los textos anteriores, conformados por los tres primeros Convenios preparados por la CICR, completados, teniendo en cuenta lo que, las experiencias adquiridas en el transcurso de las dos guerras mundiales, permitía estipular a favor de los heridos y enfermos, así como a favor de los prisioneros de guerra. El IV Convenio, nuevo en el Derecho de Ginebra completaba de manera muy afortunada las disposiciones de La Haya sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, ya que esta protección no estaba prevista en dicho derecho más que bajo el punto de vista de la ocupación de un territorio por un ejército enemigo.³² Así, este Convenio es la gran conquista humanitaria de la Conferencia Diplomática de 1949 y constituye un progreso importante del Derecho Internacional Humanitario. Tiende a “garantizar el respeto de la dignidad y a la valía de la persona humana, preservando los derechos que a la misma, por esencia, le pertenecen y las libertades sin las cuales pierde su razón de ser”.³³

Una innovación importante –común a todos los Convenios- es que establecen normas mínimas de observación en los conflictos armados internos.³⁴ Terminada la Segunda Guerra Mundial, cuando además de la lucha entre Estados ya se presentaban frecuentes situaciones de índole nueva, se pensó que, en adelante, habría cada vez menos guerras internacionales y más guerras civiles. Así pues, el CICR concibió la idea de introducir en los Convenios de Ginebra una disposición audaz, el futuro artículo 3º, que pretendía someter al Derecho Internacional un fenómeno nacional.³⁵

Después, de 1949, las numerosas intervenciones del Comité Internacional de la Cruz Roja en los conflictos armados internos o las guerras de liberación en África, Asia, Oriente Medio o Europa motivaron la elaboración de los Protocolos adicionales y su aprobación en

³¹ Idem, p. 11.

³² Ibídem.

³³ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:29).

³⁴ Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1998:4).

1977.³⁶ Debido a las nuevas formas de conflictos armados que surgieron, a menudo agudos y violentos pero en zonas concretas y con la participación de números limitados de tropas y otros combatientes, pedían nuevas medidas, por el carácter cambiante de la lucha armada. Así, pues, la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, reunida en Ginebra de 1974 a 1977, aprobó dos Protocolos Adicionales a los Convenios de 1949.³⁷

El Protocolo Adicional I se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, así completa y desarrolla las disposiciones de los Convenios de Ginebra aplicables en situaciones de conflicto armado internacional.

Por su parte, el Protocolo Adicional II trata de las víctimas de los conflictos armados internos, incluso entre las fuerzas armadas de un gobierno y disidentes u otros grupos organizados que controlan una parte de su territorio, pero no de disturbios y tensiones internas de la forma de tumultos u otros actos de violencia aislados y esporádicos.³⁸ De esta forma el II Protocolo tiende a complementar el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, que a este respecto resulta de una insuficiencia evidente.³⁹

En el período entre el decenio de 1960 y el de 1980, las Naciones Unidas pasaron a participar plenamente en las cuestiones de Derecho Internacional Humanitario y, combinando ese Derecho con el de los Derechos Humanos, hicieron que se aprobaran nuevos instrumentos de Derecho Internacional Humanitario. Pese al importante papel desempeñado por las Naciones Unidas a este respecto, se dejó al CICR la preparación de los Protocolos adicionales y al Gobierno suizo la convocación de la conferencia que los adoptó. La Organización de las Naciones Unidas misma aprobó igualmente durante este período algunos tratados sobre cuestiones relativas a la conducción de la guerra, en particular la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, de 1976⁴⁰ y la Convención sobre prohibiciones o

³⁵ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:9).

³⁶ Pasquier, A. (1985:45).

³⁷ Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1998:4).

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:39).

⁴⁰ Aprobada por la resolución 31/72 de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1976, reimpresso en Schindler, Dietrich/ Toman, J. (directores.): *The laws of armed conflicts*, nº 28 (Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers/Instituto Henry Dunant, 1958, 3ª edición) p. 251.

restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 1980⁴¹.⁴²

Tras el final de la guerra fría en 1989, comenzó un período caracterizado por un desarrollo del Derecho Internacional Humanitario especialmente intenso y casi radical que presenta rasgos casi revolucionarios. Nunca antes las cuestiones humanitarias ni el Derecho Humanitario habían atraído tanto la atención internacional como ocurrió en este período. Y nunca se hizo tan evidente la necesidad de la acción y el derecho humanitarios.⁴³

Desde 1989, la mayoría de los conflictos armados han sido conflictos internos. Durante la guerra fría, la animadversión entre las superpotencias eclipsó todos los demás conflictos. Las divergencias internas, resultado de diferencias étnicas, religiosas o políticas, se mantuvieron bajo control a causa de las amenazas externas o los regímenes totalitarios. Pero cuando terminó dicha guerra. Muchos regímenes se desmoronaron y los conflictos armados internos dejaron de estar contenidos. En varios Estados los grupos rivales, a menudo impulsados por el fanatismo étnico o religioso se trabaron en encarnizadas luchas. Pronto se desvaneció la expectativa de que el final de la guerra fría traería un período de paz y de regímenes democráticos en todo el mundo. Los conflictos armados internos comenzaron a ocasionar problemas humanitarios incluso mayores que los acaecidos durante el período de guerra fría.⁴⁴

Ante esta situación, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, autorizó el uso de la fuerza en varios desastres humanitarios acaecidos desde entonces, y además creó tribunales internacionales⁴⁵ para enjuiciar a las personas responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Actuando de esta manera, el Consejo de Seguridad ha asumido implícitamente la función de guardián supremo del Derecho Internacional Humanitario.⁴⁶

⁴¹ Aprobada el 10 de octubre de 1980, reimpressa en Idem, n° 20, p. 179.

⁴² Schindler, D. (1999).

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Resolución del Consejo de Seguridad n° 827 de 1993, por la que se crea el Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia desde 1991, y la resolución n° 955 de 1994, por la que se crea el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa índole cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

⁴⁶ Schindler, D. (1999).

2.2 Fuentes del Derecho Internacional Humanitario

La fuente principal del Derecho Internacional Humanitario son los *tratados internacionales* celebrados por los Estados y que se encuentran vigentes según las reglas del Derecho de los Tratados. He aquí los principales tratados que forman el Derecho Internacional Humanitario, en orden cronológico a su creación⁴⁷:

AÑO	TRATADO
1864	Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña.
1868	Declaración de San Petersburgo (prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra).
1899	Convenios de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sobre la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864.
1906	Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1864.
1907	Revisión de los Convenios de La Haya de 1899 y aprobación de nuevos Convenios.
1925	Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.
1929	Dos Convenios de Ginebra: I Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1906

⁴⁷ En esta obra, al tratar de la Recepción y Aplicación del Derecho Humanitario, en los capítulos que siguen, se hace sólo referencia a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y a sus dos Protocolos adicionales, pues si bien todos los documentos mencionados más arriba son fuente del Derecho Internacional Humanitario, codifican el derecho de la guerra y se inspiran en principios humanitarios, frenando la violencia, son los Convenios de Ginebra los que se refieren más a la protección de la persona humana, contra los abusos de la fuerza, mientras que los demás tratados establecen reglas sobre el uso en sí de la fuerza. En efecto, el Derecho Internacional Humanitario tiene dos vertientes que corresponden a sus dos objetivos: el de limitar el recurso de ciertos métodos y medios de combate en las hostilidades, y el de proteger a las víctimas del conflicto. Por razones históricas estas vertientes se denominan *Derecho de la Haya* y el *Derecho de Ginebra*, respectivamente. Se suele considerar el *Derecho de la Haya* como sinónimo del “derecho de la guerra” *lato sensu* y el *Derecho de Ginebra* como el “Derecho Humanitario” *sensu stricto*.

	II Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra
1949	Cuatro Convenios de Ginebra: I Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos en las fuerzas armadas en campaña ⁴⁸ II Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar ⁴⁹ III Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra IV Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra
1954	Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Y Primer Protocolo de la Convención anexo (Segundo Protocolo [vid. año 1999]).
1968	Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.
1972	Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción.
1974	Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. ⁵⁰
1976	Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles.
1977	Dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 que mejoran la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y no internacionales (Protocolo II).
1980	Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas

⁴⁸ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:24), clarifica que “el Convenio originario de 1864, ya revisado en 1906 y en 1929, pasó a ser el I Convenio de 1949. No se modifica el principio fundamental del Convenio de 1929: el militar herido o enfermo es inviolable; ha de ser respetado, protegido y atendido, aunque se le sigue considerando prisionero de guerra”.

⁴⁹ Este Convenio adapta las disposiciones del I Convenio a las hostilidades en el mar, con inclusión de una nueva categoría de personas protegidas: los náufragos.

⁵⁰ La Declaración afirma que se considerarán actos criminales todas las formas de represión y los tratos crueles e inhumanos de las mujeres y los niños, incluidos la reclusión, la tortura, las ejecuciones, las detenciones en masa, los castigos colectivos, la destrucción de viviendas y el desalojo forzoso, que cometan los beligerantes en el curso de operaciones militares o en territorios ocupados” Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1998:8).

	convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. A ella se añaden: Protocolo I sobre fragmentos no localizables; Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos; Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias.
1989	Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios.
1993	Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.
1995	Protocolo sobre armas láser cegadoras (Protocolo IV de la Convención de 1980).
1996	Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II enmendado de la Convención de 1980).
1997	Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción.
1998	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
1999	Segundo Protocolo de la Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.
2000	Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño, sobre la participación de los niños en los conflictos armados.

En segundo lugar, se debe mencionar como fuente del Derecho Internacional Humanitario a la *costumbre*, pues las principales normas del derecho internacional de la guerra han logrado carácter consuetudinario que les confiere un título autónomo y separado de vigencia, aunque luego se encuentran estas normas, posterior y repetidamente, codificadas en distintos convenios y demás instrumentos jurídicos.

Por su parte, los *principios generales del derecho* surten también sus efectos en el derecho de la guerra, aplicándose al igual que en las otras ramas del Derecho Internacional Público.

Entre las fuentes subsidiarias de aquel Derecho la *jurisprudencia internacional* representa una importante posibilidad para su interpretación y desarrollo progresivo. Se trata ante todo, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales⁵¹, pero también de la de tribunales nacionales acerca de la normativa internacional incorporada en los respectivos derechos internos de los Estados que las aplican.

En lo que concierne a la *doctrina*, se la considera igualmente como fuente subsidiaria de esta rama del Derecho. Por lo general, se ha de tomar en cuenta la incidencia de la literatura jurídica en toda materia en que sea relevante. En particular, existe una doctrina específicamente dedicada a la interpretación y a la implementación del Derecho Humanitario vigente, que es la llamada *doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja*, que se trata de un conjunto de reglas que elabora el Comité para dar coherencia a su actuación internacional humanitaria. Pueden a su vez servir estas reglas de fundamento a las que luego aceptarán los Estados como normas obligatorias, convencionales o consuetudinarias.

Otra fuente particular del Derecho Internacional Humanitario se encuentra en los *instrumentos aprobados en el marco de las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja* (estatutos, resoluciones, declaraciones, etc.) por el hecho de la particularidad de la composición de este órgano en que, junto a todos los componentes del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, participan de pleno derecho los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, con voto decisivo preponderante.⁵² Sin lugar a dudas, esta participación confiere a las decisiones de la Conferencia Internacional un rango jurídico comparable al de las decisiones de los organismos internacionales gubernamentales en el ámbito del progresivo desarrollo y de la interpretación del Derecho Internacional Humanitario.

⁵¹ Respecto de los tribunales internacionales se puede distinguir entre los que aplican el derecho internacional de la guerra como parte del derecho internacional general – tal y como la Corte Internacional de Justicia de la Haya- y los que, de manera no permanente (ad hoc) son constituidos para conocer las inobservancias y violaciones del derecho de la guerra en situaciones específicas –tales como los tribunales constituidos por los Aliados después de la Segunda Guerra Mundial -.

3. Contenido del Derecho Humanitario

3.1 El Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos

Es pertinente reflexionar sobre las relaciones que existen entre el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos, pues tras un largo período de evolución por separado, estas dos ramas del Derecho Internacional Público, cada uno con características particulares pero con un importante punto en común, cual es la protección de la persona humana, se han acercado progresivamente, después de la Segunda Guerra Mundial, hasta el punto de que sus ámbitos de aplicación se entrelazan, en gran parte.⁵³

Así pues, cabe preguntarse, qué diferencias y qué semejanzas existen entre el Derecho Humanitario y los Derechos Humanos. El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son complementarios. La finalidad de ambos es proteger a la persona humana. Pero, la protegen en circunstancias y según modalidades diferentes.

El Derecho Humanitario se aplica en situaciones de conflicto armado, mientras que los Derechos Humanos o, al menos, algunos de ellos protegen a la persona humana en todo tiempo, haya guerra o paz.⁵⁴

Si el Derecho Humanitario tiene por objeto proteger a las víctimas procurando limitar los sufrimientos provocados por la guerra⁵⁵, los Derechos Humanos protegen a la persona humana y favorecen su completo desarrollo, en todo momento.

⁵² Pictet, Jean: *La Doctrina de la Cruz Roja* (Ginebra, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, 1962) p. 19.

⁵³ Schindler, Dietrich: “El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 31, enero – febrero 1979 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1979) pp. 3 – 15. [En sitio del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList141/FB090D1633CBE71CC1256DE100574B34>, consultado en agosto de 2006].

⁵⁴ Kelsen, Hans: *La paz por medio del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Losada, 1946) p. 27, indica que la paz “es una situación que se caracteriza por la ausencia de la fuerza”; por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja: *Informe acerca de la Mesa Redonda de las instituciones laureadas con el Premio Nobel de la Paz* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1978) p. 16, profundiza, indicando que la paz es “un conjunto dinámico de relaciones de coexistencia y de cooperación entre las naciones y en las naciones, caracterizado no sólo por la ausencia de conflictos armados, sino también por el respeto de los valores humanos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por la preocupación de garantizar a cada uno un máximo de bienestar”.

Por regular situaciones de conflicto armado, al Derecho Humanitario competen, principalmente, el trato debido a las personas que están en poder de la parte adversaria y la conducción de las hostilidades. Por su parte, la principal finalidad de los Derechos Humanos es impedir la arbitrariedad, limitando el dominio del Estado sobre los individuos; no es su objeto regular la conducción de las operaciones militares.

Para garantizar su respeto, el Derecho Humanitario establece mecanismos que instituyen un tipo de control continuo de su aplicación y hace resaltar la cooperación entre las partes en conflicto y un intermediario neutral, con miras a impedir las eventuales violaciones. Es decir, el modo de acción del Comité Internacional de la Cruz Roja, cuyo cometido es, en particular, velar por el respeto del Derecho Humanitario, privilegia la persuasión. Por lo que atañe a los Derechos Humanos, los mecanismos de control son muy variados. En muchos casos, las instituciones previstas se encargan de determinar si un Estado ha respetado o no el derecho. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos está habilitada, especialmente, tras un procedimiento incoado por iniciativa de un individuo, a declarar que la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido violada por una autoridad nacional. Ésta se verá entonces obligada a tomar las oportunas medidas para que en tal situación se respeten, en el ámbito interno, las exigencias de la Convención. Los mecanismos de aplicación de los Derechos Humanos están esencialmente orientados hacia las acciones de reparación de los perjuicios sufridos.

Por lo que atañe al fondo, se ve que en los Convenios de Ginebra se concede a las víctimas de los conflictos armados una mayor protección que la de los convenios de los Derechos Humanos, porque aquéllos están mejor adaptados a las circunstancias particulares de tales conflictos, mientras, las disposiciones de los diversos convenios de Derechos Humanos se elaboraron, en su mayoría, sin tener en cuenta las condiciones propias de los conflictos armados.⁵⁶ En síntesis, los Convenios de Ginebra pueden ofrecer a las personas

⁵⁵ Así, conforme a Schindler, D. (1979), “el derecho internacional humanitario, como parte del derecho de la guerra o del derecho de los conflictos armados, tiende a garantizar a las personas puestas fuera de combate, o que ya no participan en las hostilidades, una protección y un trato humano”.

⁵⁶ De acuerdo a Idem, eso se ve, por ejemplo, “en el hecho de que el Pacto de las Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos no se refiere más que a las personas que están en el territorio de un Estado co-contratante (artículo 2º, párrafo 1º), y no a las personas que están fuera de ese territorio, ampliación que sería indispensable para el caso de un conflicto armado internacional. Es sintomático, asimismo, que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 5º, se omite mencionar, entre los casos admisibles de privación de libertad, la captura de prisioneros de guerra y el internamiento por razones de seguridad. Del

protegidas una protección más amplia y mejor adaptada a las condiciones de un conflicto armado que los convenios de Derechos Humanos. En general, esto es válido también para los conflictos armados no internacionales, si bien el artículo 3º común a estos Convenios no va mucho más lejos que el mínimo irreducible de los Convenios sobre Derechos Humanos, en el Protocolo Adicional II de 1977, se instituye numerosos derechos más amplios.⁵⁷

El derecho de los conflictos armados no tiene por único cometido adaptar ciertos Derechos Humanos a la situación particular de los conflictos armados, ni concretarlos en ese ámbito. Establece de hecho, normas que van más allá del ámbito de los Derechos Humanos, lo mismo que los convenios sobre los Derechos Humanos contienen disposiciones que no son pertinentes en caso de conflicto armado. El derecho de los conflictos armados rige, por ejemplo, el derecho a participar en los combates, la conducción de las operaciones militares, la condición de la guerra económica, particularmente en la guerra marítima, así como las relaciones entre Estados beligerantes y Estados neutrales. Tales cuestiones no tendrán cabida en los Convenios sobre los Derechos Humanos, por su parte, instituyen derechos que no tienen cometido en un conflicto armado. Ese es el caso de los derechos políticos o de ciertas libertades de alcance político, como la libertad de prensa, la libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación.⁵⁸

El carácter de las disposiciones del Derecho Humanitario es mucho más específico que el de las de los Derechos Humanos. El interés recíproco de los Estados en el cumplimiento de las normas del Derecho Humanitario es mucho más claro y evidente que en el caso de los Derechos Humanos. El Derecho Humanitario regula básicamente situaciones de carácter internacional.⁵⁹

Sin embargo, el hecho de que la mayoría de los conflictos armados contemporáneos sean conflictos internos ha acentuado la influencia del Derecho de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional Humanitario, ya que en estos conflictos el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario desempeñan un papel de igual importancia. La mayoría de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario

mismo modo, las prescripciones de los convenios de derechos humanos relativas a los derechos individuales y a sus limitaciones no serían suficientes en un conflicto armado”.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Idem.

son también violaciones de los Derechos Humanos. En la mayor parte de los conflictos armados internos, el Consejo de Seguridad y otros organismos de las Naciones Unidas han hecho llamamientos a las partes beligerantes para que respeten tanto el Derecho Internacional Humanitario como el derecho de los Derechos Humanos.⁶⁰

Así, la convergencia del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contribuye a mostrar que la guerra y la paz, las guerras civiles y los conflictos armados internacionales, el Derecho Internacional y el derecho interno son más y más interdependientes. El derecho de la guerra y el derecho de la paz, el derecho internacional y el derecho interno, cuyos ámbitos de aplicación estaban, en su origen, claramente separados, son hoy, a menudo, aplicables simultáneamente y paralelamente. Así, los Convenios de Ginebra y los Convenios de los Derechos Humanos pueden aplicarse, con frecuencia, de manera acumulativa.⁶¹

A) Cuadro comparativo

	Derecho Internacional Humanitario	Derechos Humanos
Ámbito de aplicación	Es aplicable en tiempo de conflicto armado.	Son aplicables en todo tiempo y lugar; haya guerra o paz.
Ámbito de protección	Protege específicamente a todas las personas afectadas por un conflicto armado, sean militares o civiles, en particular a los heridos, enfermos o personas detenidas en relación con los acontecimientos.	Protegen a todas las personas, en todo momento (derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).
Principal finalidad	Trato debido a las personas que están en poder de la parte adversaria y la conducción de las hostilidades.	Impedir la arbitrariedad, limitando el dominio del Estado sobre los individuos; no es su

⁵⁹ González, Felipe: "Derechos humanos y derecho humanitario: Un análisis comparativo" en *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos* (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Serie Cuadernos de análisis jurídico n° 27, 1993) p. 31.

⁶⁰ Schindler, D. (1999)

⁶¹ Schindler, D. (1979)

		objeto regular la conducción de las operaciones militares.
Restricción al ejercicio de los derechos	El Derecho Internacional Humanitario nunca puede ser derogado o suspendido. El artículo 3º común a los Convenios de Ginebra coincide con el "núcleo duro" de los Derechos Humanos.	El ejercicio de ciertos derechos tales como la libertad de expresión o de asociación, pueden ser suspendidos durante un estado de excepción. No obstante, otros derechos como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura o los tratos inhumanos y degradantes, nunca pueden ser derogados o suspendidos. Este es el llamado "núcleo duro" de los Derechos Humanos.
Mecanismos de control y sanciones	Los Estados Parte en los Convenios de Ginebra, “se comprometen a respetar y hacer respetar” los Convenios⁶², así “como determinar las sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, infracciones graves contra el presente Convenio”.⁶³ La institución neutral encargada de controlar el respeto al Derecho Humanitario es el Comité Internacional de la Cruz Roja. En los últimos años, la Comunidad	Existen mecanismos de supervisión internacional universales como el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, o mecanismos regionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁶² Artículo 1º común a los cuatro Convenios de Ginebra.

⁶³ Artículos 49, 50, 51 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra.

	Internacional ha creado Tribunales Penales Internacionales encargados de juzgar las infracciones graves contra el Derecho Internacional Humanitario.	
--	--	--

3.2 Principios del Derecho Humanitario

En el Derecho de Gentes se distinguen las reglas que son objeto de textos precisos, de un carácter obligatorio y en virtud de las cuales los Estados están obligados a realizar o no algunos actos, de los principios de los que derivan estas reglas.⁶⁴ Así, los Convenios de Ginebra son un instrumento jurídico primordial sobre el que se apoyan el Comité Internacional de la Cruz Roja y sus delegados. Pero estos Convenios, en sí mismos, no son más que la expresión de los principios fundamentales que inspiran la obra de la Cruz Roja y en los cuales se funda su acción, sobre todo, cuando ésta va más allá del texto de los Convenios existentes para adaptarse a situaciones nuevas, todavía no abarcadas por el derecho.⁶⁵

Cabe precisar que los principios, formulados en la costumbre en términos muy generales, pueden llevar consigo cierta imprecisión, por ello tal y como son, no están considerados como parte integrante del derecho internacional positivo. Sin embargo, su cometido es de capital importancia, y se puede decir que se sitúan en un plano más elevado que el propio derecho, ya que son un “manantial de derecho”.⁶⁶ Sin embargo, con frecuencia, al ser concluido un convenio internacional, los principios son enunciados en un preámbulo que indica el objeto y la razón de ser del Convenio. De esta forma, existe el interés de proceder así para facilitar, en caso de que ello sea necesario, elementos de interpretación para permitir la aplicación de las reglas a cualquier situación nueva e imprevista.⁶⁷

⁶⁴ Coursier, H. (1962: 20).

⁶⁵ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:10).

⁶⁶ Coursier, H. (1962: 20).

⁶⁷ Ibídem.

La aplicación de todos los principios – que a continuación se explican - llevan a la conclusión de que todos los Estados se benefician con el Derecho Internacional Humanitario, incluso el país agresor. Asimismo, los principios del Derecho Humanitario, aunque menos desarrollados para los conflictos armados internos, regulan y permiten la asistencia humanitaria, en todo tipo de conflicto armado. En efecto, los principios representan el mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en toda circunstancia, válido incluso para los Estados que no sean partes en los Convenios, dado que expresan la costumbre de los pueblos.⁶⁸

A) Principios de los Convenios de Ginebra (artículos comunes)

Los principios de los Convenios de Ginebra no residen sólo en las frases del preámbulo, sino también en la tradición humanitaria de que Henry Dunant se hizo el intérprete, por ejemplo que “las naciones deben hacerse en tiempo de paz el mayor bien posible y durante la guerra el menor mal posible”. Sólo, de manera excepcional, los principios deben ser buscados en las reglas mismas del Convenio, debido precisamente al carácter primordial de estas reglas y de los términos muy generales en que están formuladas.⁶⁹

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, hubieran debido, si se hubiese seguido la opinión del CICR, constar de un preámbulo en virtud del cual: “el respeto del ser humano y de su dignidad es un principio que impone incluso en ausencia de todo compromiso contractual. Este principio exige que, en tiempo de guerra, las personas que no toman parte directamente de las hostilidades y las que se hallan fuera de combate, por enfermedad, herida, cautiverio, o cualquier otra causa, sean respetadas y protegidas contra los efectos de la guerra, y que las que sufren sean socorridas y cuidadas sin ninguna consideración de nacionalidad, de raza, de religión, de opiniones políticas u otras”.⁷⁰

Esta sugerencia no fue admitida por la Conferencia, no porque estos principios fuesen contrarios a las intenciones de los autores de los Convenios, sino porque éstos

⁶⁸ Pictet, Jean: *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986) pp. 74 y 75.

⁶⁹ Coursier, H. (1962: 21 y 22).

⁷⁰ Idem, p. 23.

tropezaron con dificultades para formularlos de tal forma que conviniesen a todos por igual. En efecto, se trataba de enunciar la razón de ser de la dignidad humana. Para los creyentes, esta razón de ser no era otra sino la creación del hombre a imagen de Dios, para los no creyentes este origen divino de la humanidad no debía ser mencionado. En la imposibilidad de redactar un texto de compromiso, la Conferencia prefirió suprimir el preámbulo. Pero, igualmente en este caso, los principios deben ser hallados en un gran número de reglas de los Convenios propiamente dichos. Estas reglas van tan lejos como es posible en el sentido de la protección humanitaria, sin perder de vista, sin embargo, las necesidades de la guerra y, en realidad, no son sino prescripciones “de principio” acompañadas de fórmulas tales como “en cuanto sea posible”, “en todas las circunstancias posibles”, “si lo juzga necesario”, “se esforzarán” etc.⁷¹

La mayor parte de las disposiciones que son objeto de artículos comunes de los cuatro Convenios tienen el valor de principios. Estos artículos se aplican igualmente a las diferentes categorías de víctimas de la guerra. Por esta razón, han sido redactados en términos idénticos y colocados, en la mayor parte de los casos, en cabeza de casa uno de los cuatro Convenios. Este lugar hace que se les pueda considerar, hasta cierto punto, como si hicieran oficio de preámbulo de estos Convenios.⁷²

A.1) Artículo primero: imperativo de civilización

Este artículo dispone que: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en toda circunstancia”.

Este texto de introducción hace resaltar solemnemente que la ratificación del Convenio consta de ciertos compromisos contraídos por el Estado hacia sí mismo, de conformidad con sus deberes humanitarios e independientemente de toda reciprocidad por parte de las Potencias co-contratantes. Por esta razón, si una Potencia deja de cumplir sus obligaciones, las demás Potencias ligadas también por el Convenio (neutrales, aliadas o enemigas) pueden y deben esforzarse por volverla a llevar hacia el respeto de sus compromisos.⁷³

⁷¹ Idem, pp. 23 y 24.

⁷² Idem, p. 25.

⁷³ Ibídem.

A.2) Artículo segundo: principio de reciprocidad

El texto, en su párrafo 3º dice: “Si una de las Potencias contendientes no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son partes en el mismo quedarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán además obligadas por el Convenio respecto a dicha Potencia, en tanto que ésta acepte y aplique sus disposiciones”.

El objeto de esta cláusula es doble. Primeramente eliminar una costumbre consagrada en el derecho de La Haya por la cláusula “si omnes”⁷⁴ según la cual el Convenio no era aplicable mas que si todas las partes estaban ligadas igualmente. Pero, además, exige que toda Potencia contratante en conflicto contra una Potencia no contratante empiece por conformarse a las disposiciones del Convenio, lo que no puede tener otra consecuencia sino la de hacer obrar de la misma forma a la parte enemiga.⁷⁵

A.3) Artículo tercero: principio de humanidad

Este artículo plasma el principio más fundamental del Derecho Humanitario, el de humanidad, consagrando la necesidad de un mínimo de trato humanitario, incluso en caso de guerra, jamás se debe olvidar que “las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto de la persona humana”⁷⁶:

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en al raza, el color; la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

⁷⁴ Artículo 11 del Convenio III de La Haya de 1899 para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra de 1864.

⁷⁵ Coursier, H. (1962: 26).

⁷⁶ Pictet, J. (1986:77).

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

2. Los heridos y enfermos serán cuidados.

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

Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor, por vía de acuerdos especiales, todo o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.

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

Por trato humano se entiende, esencialmente, la protección de la vida y de la integridad física y mental, sin discriminación, es decir, sin distinción de carácter desfavorable basada, por ejemplo en la raza, el color, el nacimiento, la fortuna, el sexo, etc.⁷⁷

Para garantizar este trato humano, el artículo 3º común enumera una serie de actos prohibidos: los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio, en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; la toma de rehenes; y, por último, los atentados a la dignidad personal, especialmente, los tratos humillantes y degradantes.⁷⁸

A las prohibiciones expuestas hay que añadir las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los Pueblos civilizados. Estas garantías judiciales tienen por objeto proteger de la justicia sumaria, tanto al miembro de las Fuerzas Armadas del Gobierno legal caído en poder de la parte rebelde,

⁷⁷ Salinas Burgos, Hernán: “El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos internos. Nuevos Desarrollos” en Infante, María Teresa y Cave, Rose (compiladoras): *Nuevos estudios de Derecho Internacional Humanitario* (Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, Colección Estudios Internacionales, 1998) p. 81.

⁷⁸ *Ibidem*.

como al combatiente rebelde, que está en una situación muy precaria, dado que en muchos casos se arriesga a una condena a muerte por el sólo hecho de haber tomado las armas.⁷⁹

Así, el razonamiento es el siguiente: la humanidad exige que se prefiera la captura a la herida, la herida a la muerte, que en la medida de lo posible no se ataque a los no combatientes, que se hiera de la manera menos grave y de la manera menos dolorosa, y que la cautividad resulte tan soportable como sea posible.⁸⁰

De este modo, al formular el mínimo de trato humano exigible, incluso de un gobierno con respecto a sus propios ciudadanos sublevados contra él y sin saber, ni tan siquiera, si sus propios soldados recibirán este mínimo por parte de los rebeldes, si cayeran en poder de ellos, los autores del Convenio de Ginebra han proclamado los deberes humanitarios de toda sociedad civilizada. Sin embargo, es evidente que si la parte enemiga no se conformase a los mismos principios, existiría el mayor peligro de que el terrorismo fuese combatido con sus propias armas. Por esta razón, en las situaciones a que se refiere esta disposición del Convenio, el CICR se ha esforzado siempre por obtener, lo más rápidamente posible, el compromiso formal, por parte de las autoridades rebeldes, de conformarse a los principios de los Convenios.⁸¹

Cabe hacer presente que el artículo 3º común deja a las partes en conflicto la posibilidad de poner en vigor, por vía de acuerdos especiales, la totalidad o parte de los Convenios, es decir, ir más allá de este mínimo obligatorio, aplicando las normas más desarrolladas de los conflictos armados internacionales.⁸²

Del análisis del contenido del artículo 3º común se desprende que en éste se establecen normas humanitarias de naturaleza tan fundamental que sin temor a equivocarse puede decirse son verdaderas normas de *ius cogens*⁸³, cuya derogación no es posible en

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Pictet, J. (1986:77).

⁸¹ Coursier, H. (1962: 28).

⁸² Salinas, H. (1998:81).

⁸³ *Ius cogens* son las normas imperativas de Derecho Internacional generalmente conocidas, es decir, aquellas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter (artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, promulgada en Chile por Decreto nº 381 de 1981 y publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981).

ninguna circunstancia y cuya aplicación va mas allá de cualquier vínculo convencional existente.⁸⁴

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986 se pronunció a favor de la existencia de “principios generales básicos de Derecho Humanitario respecto a los que, a su juicio, los Convenios de Ginebra constituyen en ciertos aspectos el desarrollo y en otros la expresión (...), que corresponden a consideraciones elementales de humanidad”.⁸⁵

A.4) Artículo octavo: control de las potencias protectoras

Se debe precisar, que en el caso del Convenio IV, esta disposición, corresponde al artículo 9º del mismo:

“El presente Convenio será aplicado con el concurso y bajo el control de las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes contendientes. A tal efecto, las Potencias protectoras podrán designar, entre sus propios súbditos o entre los de otras Potencias neutrales. Estos delegados deberán quedar sometidos a la aprobación de la Potencia ante la cual han de ejercer su misión.

Las Partes contendientes facilitarán, en la mayor medida de lo posible, la tarea de los representantes o delegados de las Potencias protectoras.

Los representantes o delegados de las Potencias protectoras no deberán rebasar, en ningún caso, los límites de su misión, tal como resulta del presente Convenio; habrán de tener especialmente en cuenta las imperiosas necesidades de seguridad del Estado donde ejercen sus funciones. Sólo exigencias militares imperiosas pueden autorizar, a título excepcional y transitorio, una restricción de su actividad”.

En este artículo, se enuncia que los Convenios serán aplicados “con el concurso y bajo el control de las Potencias protectoras”, es decir de los Estados neutrales encargados de salvaguardar los intereses de las Potencias beligerantes en país enemigo.⁸⁶

Este principio tiende a asegurar a los prisioneros una protección que se acerque a la protección diplomática de que gozan los extranjeros en tiempo de paz.⁸⁷

⁸⁴ Salinas, H. (1998:81 y 82).

⁸⁵ Sentencia dictada en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella. Idem, p. 82.

⁸⁶ Coursier, H. (1962: 29).

Este artículo es completado, especialmente en el artículo 126, por la lista detallada de prerrogativas de que gozan los representantes de las Potencias protectoras para poder visitar, con plena libertad, todos los lugares en que se hallen prisioneros. Estas visitas no pueden ser prohibidas más que por razones militares urgentes y únicamente a título excepcional y temporal.⁸⁸

En caso de que la Potencia protectora faltase o incluso simplemente para completar su acción, ha sido indicado que las disposiciones de los Convenios “no constituyen obstáculo a las actividades humanitarias que el CICR, así como cualquier otro organismo imparcial emprenda para la protección” de las víctimas de la guerra. El artículo 9º (10º del IV Convenio) sanciona la actividad del CICR y su tradicional derecho de iniciativa. Los delegados del CICR disfrutaban de las mismas prerrogativas que los representantes de las Potencias protectoras.⁸⁹

Además, el artículo 10 agrega que en caso de que los prisioneros de guerra no se beneficiaran, sea cual sea la razón, de una Potencia protectora, el Estado en cuyo poder se hallen deberá pedir, ya sea a un Estado neutral, ya sea al organismo imparcial creado o designado por acuerdo entre las partes, que asegure las funciones de la Potencia protectora. Si, incluso así, no pudiera ser asegurada una protección, el Estado en cuyo poder se hallen los prisioneros deberá pedir o por lo menos aceptar que un organismo humanitario, tal como el CICR, ejerza las tareas humanitarias atribuidas a la Potencia protectora.⁹⁰

A.5) Artículo once: conciliación facultativa

Cabe precisar que este artículo corresponde al 12 en el IV Convenio, y se refiere al procedimiento facultativo de conciliación apropiado para resolver los conflictos que pueden surgir en la aplicación de los Convenios:

“En todos los casos en que lo juzguen conveniente en interés de las personas protegidas, especialmente en caso de desacuerdo entre las Partes contendientes sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones del presente Convenio, las Potencias protectoras prestarán sus buenos oficios para allanar la discrepancia.

⁸⁷ Ibídem.

⁸⁸ Idem, p. 30.

⁸⁹ Idem, p. 31.

⁹⁰ Idem, p. 32.

A tal propósito, cada una de las Potencias protectoras podrá, ya sea espontáneamente o por invitación de una Parte, proponer a las Partes contendientes una reunión de sus representantes y, en particular, de las autoridades encargadas de la suerte de los heridos y enfermos, así como de los miembros del personal sanitario y religiosos, si es posible en territorio neutral convenientemente elegido. Las Partes contendientes tendrán la obligación de aceptar las propuestas que a tal efecto se les hagan. Las Potencias protectoras podrán, llegado el caso, proponer a la aprobación de las Partes contendientes una personalidad perteneciente a una Potencia neutral, o una personalidad delegada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que será invitada a participar a la reunión”.

Esta cláusula substituye a una regla más precisa cuya inserción había sido sugerida por algunos en el texto de los Convenios y la cual constaba de la aceptación de la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia en todos los casos litigiosos relativos a la aplicación de los Convenios. La Conferencia no siguió a los promotores de esta sugerencia, pues pensó que el Derecho de Ginebra no se prestaba, de la misma forma que otras partes del Derecho Internacional, a la intervención del Tribunal de La Haya.⁹¹

A.6) Prohibición de represalias

Este principio se encuentra en el artículo 46 del I Convenio, 47 del II, 13 del III y 33 del IV:

“Quedan prohibidas las medidas de represalias contra los heridos, los enfermos, el personal, los edificios y el material protegidos por el Convenio.⁹²

“Quedan prohibidas las medidas de represalias contra heridos, náufragos y contra el personal, los buques y el material que el Convenio protege.⁹³

“Los prisioneros de guerra deberán ser tratados en todas circunstancias humanamente. Queda prohibido, y será considerado como grave infracción al presente Convenio, cualquier acto u omisión ilícita por parte de la Potencia en cuyo poder se encuentren los prisioneros que acarree la muerte o ponga en grave peligro la salud de un

⁹¹ Idem., p. 33.

⁹² Artículo 46 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña, del 12 de agosto de 1949.

⁹³ Artículo 47 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12 de agosto de 1949.

prisionero de guerra en su poder. En particular, no podrá someterse a ningún prisionero de guerra a mutilaciones físicas o a experiencias médicas o científicas, de cualquier naturaleza, que no estén justificadas por el tratamiento médico del cautivo interesado y que no se apliquen en bien suyo.

Los prisioneros de guerra deberán igualmente ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra cualquier acto de violencia o intimidación, contra insultos y contra la curiosidad pública.

Las medidas de represalia contra ellos quedan prohibidas.⁹⁴

“No será castigada ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido ella misma. Las penas colectivas, así como toda medida de intimidación o terrorismo quedan prohibidas.

Queda prohibido el saqueo.

Quedan igualmente prohibidas las medidas de represalias respecto a las personas protegidas o a sus bienes”.⁹⁵

Las represalias son medios coactivos de solución de controversias; medidas que contienen cierto grado de coacción adoptadas por un Estado al objeto de hacer que otro Estado consienta en la solución de una controversia tal como se desea por el primero. Hay diferentes clases de estos medios, esto es, retorsión, represalias, bloqueo pacífico e intervención armada.⁹⁶

Las represalias, *strictu sensu*, son aquellos actos nocivos y por otra parte internacionalmente ilegales de un Estado en contra de otro, permitidas excepcionalmente al objeto de forzar al último a admitir un arreglo satisfactorio de una controversia creada por su propio delito internacional.⁹⁷

Procedentes de la antigua *ley del tali3n* las represalias se consideraban tradicionalmente como una especie de sanción propia del Derecho Internacional por la ausencia, en la comunidad internacional, del poder supraestatal.⁹⁸

⁹⁴ Artículo 13 del Convenio de Ginebra sobre el trato de los prisioneros de guerra, del 12 de agosto de 1949.

⁹⁵ Artículo 33 del Convenio de Ginebra sobre la protecci3n de personas civiles en tiempo de guerra, del 12 de agosto de 1949.

⁹⁶ Oppenheim, L.: *II Tratado de Derecho Internacional P3blico. Controversias, guerra y neutralidad* (Barcelona, Bosch, 1966, 7ª edici3n) p. 137.

⁹⁷ Idem, p. 141.

⁹⁸ Stanislaw, Nahik: *Compendio de Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, 1984) p. 16.

Ahora bien, dada su similitud, nos es pertinente hacer referencia a los actos de retorsión. Estos son la réplica de un Estado a un acto inamistoso realizado por otro, pero jurídicamente lícito, aunque perjudicial, con el propósito de inducirlo a rectificar su conducta.⁹⁹

De esta forma, mientras la retorsión consiste en la represalia por actos descorteses, poco amistoso, de mala fe e injustos por medio de actos de la misma o similar categoría, y no tiene nada que ver con los delitos internacionales, las represalias son actos, en ocasiones ilegales, ejecutados por un Estado con objeto de obtener justicia por un delito internacional mediante la ejecución del derecho por sí mismo.¹⁰⁰

Las represalias son admisibles en todo caso de existir un delito internacional en los que el Estado perjudicado no puede obtener reparación a través de la negociación u otros medios amistosos.¹⁰¹

En caso de guerra, cuando se han agotado todas las protestas y advertencias para impedir que el enemigo siga cometiendo excesos y faltando a las leyes de la guerra, no queda otro recurso que emplear represalias; esto es: cometer, también, ciertos excesos, en determinadas condiciones, y que se justifican solamente por esa extrema necesidad.¹⁰² Las represalias autorizan actos rigurosos, pero no crueles, ni desleales.¹⁰³

Sin embargo, los Convenios de Ginebra introducen la noción de que las represalias no pueden ser ejercidas contra las personas. Así por ejemplo, no pueden ser maltratados los prisioneros de guerra para contestar a las violaciones del Convenio cometidas por el enemigo.¹⁰⁴

Fue posible tal victoria humanitaria porque estos mismos Convenios crearon otros medios apropiados para garantizar el respeto del derecho: sanción y, sobre todo control.¹⁰⁵

⁹⁹ Peña López, Rolando: *II Manual de Derecho Internacional Público* (Concepción, Universidad de Concepción, 1961) p. 138.

¹⁰⁰ Oppenheim, L. (1966, t. II:142).

¹⁰¹ Ruiz Moreno, Isidoro: *II Lecciones de Derecho Internacional Público* (Buenos Aires, El Ateneo, 1935) p. 133.

¹⁰² En palabras de, Sorensen, Max: *Manual de Derecho Internacional Público* (México, Fondo de Cultura Económica, 1945) p. 694., “las represalias en tiempo de guerra son circunstancias prohibidas por las leyes de guerra, que sólo pueden llevarse a cabo excepcionalmente con el fin de obligar al enemigo a cesar la realización de actos ilegales de guerra”.

¹⁰³ Ruiz, I. (1935:133).

¹⁰⁴ Coursier, H. (1962: 34).

¹⁰⁵ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:23).

A.7) Universalidad de la represión

Este principio se encuentra dentro del tratamiento de las sanciones penales, tratadas en el artículo 50 del I Convenio, 51 del II, 130 del III y 147 del IV. En los primeros Convenios el artículo es idéntico, en el III y IV Convenios experimenta algunas variaciones:

“Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes, si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio internacional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.”¹⁰⁶

“Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, siempre que sean cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o privarle de su derecho de ser juzgado regular e imparcialmente a tenor de las prescripciones del presente Convenio.”¹⁰⁷

“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 intencional, 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, privarla de su derecho de ser juzgada normal e 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.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ Artículo 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña, del 12 de agosto de 1949, idéntico al artículo 51 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12 de agosto de 1949.

¹⁰⁷ Artículo 130 del Convenio de Ginebra sobre el trato de los prisioneros de guerra, del 12 de agosto de 1949.

¹⁰⁸ Artículo 147 del Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, del 12 de agosto de 1949.

Estas disposiciones son las que de cierto modo dan comienzo a un Derecho Penal Internacional, convirtiendo para ello en crímenes internacionales las infracciones, que en lenguaje corriente, son designadas corrientemente con la denominación de *crímenes de guerra*.

Estos artículos erigen ante la conciencia internacional el cuadro de las *infracciones graves*, violaciones que, si quedasen sin castigo, significarían la degradación de la personalidad y la supresión del concepto de humanidad.¹⁰⁹

Los Convenios prevén que los gobiernos se comprometan a tomar cuantas disposiciones legislativas sean necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas, que deban ser aplicadas a las personas que hayan cometido, o dado la orden de cometer, una u otra de estas infracciones graves.¹¹⁰

Además, la obligación de indagar y de castigar (en virtud de medidas legislativas que estatuyen sanciones penales apropiadas) obliga a todos los Estados –belligerantes o neutrales- y se aplica a todos los culpables, sea cual fuere el lugar donde la infracción se haya cometido. Se reconoce así que la represión del crimen no es únicamente la que los vencedores infligen a los vencidos.¹¹¹

El texto, por otra parte, dispone que cada Parte contratante tomará también las disposiciones necesarias para que cesen los actos contrarios a los Convenios distintos de las infracciones graves, pero es con respecto a estas últimas sobre la que insisten los Convenios, ya que prevén acerca de ellas la competencia penal de todos los Estados partes en los Convenios. También es posible transferir al culpable ante un tribunal internacional, en caso de que un tribunal de esta clase fuese instituido.¹¹²

Consecuencia de este principio es que la extradición sea un derecho cada vez que el Estado requerido no haya citado al acusado ante sus propios tribunales. Por el hecho de depender así de varias jurisdicciones posibles, estos crímenes tienen menos probabilidades de quedar sin castigo.¹¹³

Una infracción lleva consigo la responsabilidad del Estado al cual puede atribuirse. La originalidad del sistema consiste en la represión de las *infracciones graves*, para las

¹⁰⁹ Coursier, H. (1962: 35).

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Comité International de la Croix – Rouge (1972:22).

¹¹² Coursier, H. (1962: 35).

cuales los Convenios instituyen una doble responsabilidad: la del Estado y la del individuo, que no puede escudarse detrás del principio de *la orden recibida*.¹¹⁴

B) Principios fundamentales de la Cruz Roja

Los principios de los Convenios de Ginebra se unen a los principios de la Cruz Roja, esto es evidente, teniendo en cuenta el cometido que ha desempeñado el movimiento de la Cruz Roja y especialmente el CICR en la preparación de los textos que codifican hoy el Derecho de Ginebra. Por esta razón, los principios de la Cruz Roja son incluso elementos inspiradores de los principios de los Convenios de Ginebra.¹¹⁵

Los Convenios de Ginebra son instrumentos jurídicos primordiales sobre los cuales se apoya el CICR y sus delegados, sin embargo, estos Convenios, en sí mismos, no son más que la expresión de los principios fundamentales que inspiran la obra de la Cruz Roja y en los cuales se funda su acción, sobre todo, cuando ésta va más allá del texto de los Convenios existentes para adaptarse a situaciones nuevas, todavía no abarcadas por el derecho.¹¹⁶

Los principios de la Cruz Roja, en los que está basada la acción de la Cruz Roja, fueron proclamados solemnemente por la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena el año 1965, y se enuncian así:

B.1) Humanidad

El principio de la humanidad ocupa un lugar preponderante en la doctrina de la Cruz Roja y de él dependen todos los demás principios; base fundamental de la institución, le marca al mismo tiempo su ideal, sus motivos y su objetivo.¹¹⁷

La Cruz Roja lucha contra el sufrimiento y la muerte. Exige que, en cualquier circunstancia, se trate al hombre con humanidad¹¹⁸, pues todos los heridos de la guerra

¹¹³ *Ibídem*.

¹¹⁴ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:22).

¹¹⁵ Coursier, H. (1962: 36).

¹¹⁶ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:10).

¹¹⁷ Pictet, Jean: *Los principios de la Cruz Roja* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1956) p. 16.

¹¹⁸ *Ibídem*.

tienen algo en común: su humanidad. Todos son seres humanos y todos merecen ser tratados como personas, sean del bando aliado o del bando enemigo, ahora se trata de atender y ayudar a todas las víctimas porque todas ellas son seres humanos.¹¹⁹

La Cruz Roja dio nacimiento a la preocupación por proporcionar socorro sin discriminación a los heridos en los campos de batalla, esforzándose en sus aspectos internacional y nacional, en hacer lo posible para prevenir y aminorar, en toda circunstancia, los sufrimientos de los hombres. Así, se propone proteger la vida y la salud así como hacer que se respete a la persona humana. Fomenta la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos.¹²⁰

De esta forma, el motor esencial del CICR es su derecho de iniciativa humanitaria, independientemente de la condición de los individuos, el CICR siempre ha visto al hombre que hay detrás del uniforme. Para él el trato de cualquier ser humano no debe en absoluto depender de su estatuto jurídico. En todo tiempo, en todo lugar, hay que evitar los sufrimientos innecesarios y respetar la dignidad del hombre.¹²¹

El principio de humanidad asigna a la Cruz Roja su trabajo de tiempo de guerra, y también, el de tiempo de paz. Rige, en el plano nacional, su obra de asistencia médica y social, así como, en el plano internacional, su obra de protección a los seres indefensos. Comprende acciones reparadoras y preventivas, fomenta el Derecho Humanitario y difunde el espíritu pacífico.

B.2) Igualdad o no-discriminación

El principio de igualdad se halla íntimamente ligado al principio de humanidad. El amor al prójimo, en su expresión más vasta y más excelsa, se extiende a todos los seres y exige que se asista a cuantos tengan necesidad. La igualdad de los hombres ante el dolor es singularmente impresionante: todos son sensibles frente a él, todos están expuestos a

¹¹⁹ Grossrieder, Paul: “¿Un porvenir para el derecho internacional humanitario y sus principios?” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 833, marzo de 1999 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999) pp. 11 – 17. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList172/3784CA4362A656FBC1256DE1005E1A36>, sitio consultado en agosto de 2006].

¹²⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja: *Manual de la Cruz Roja Internacional* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1975, 11ª edición) p. 9.

¹²¹ Grossrieder, P. (1999).

padecerlo y tienen un derecho semejante a que se les alivie. Respecto a cualquier persona, sea la que fuere, la Cruz Roja manifiesta, pues, una similar vocación a prestar servicios. Pero eso, a desdicha igual, la ayuda ha de ser igual. Pero a desdicha desigual, la ayuda ha de ser, para cada uno, proporcional a su miseria y condicionada por la urgencia del caso.¹²²

El principio igualitario ha encontrado expresión desde el primer Convenio de Ginebra de 1864, en el cual se sienta la idea de que los combatientes heridos y enfermos deben ser atendidos sea cual fuere su nacionalidad, y se dispone que los servicios sanitarios deben ser reconocidos como neutrales. Desde entonces, la no discriminación es el principio fundamental del Derecho Internacional Humanitario y obliga a las partes en conflicto armado a tratar a las personas sin distinción alguna, salvo la basada en la urgencia de sus necesidades.

El Movimiento de la Cruz Roja, tanto en su pensamiento como en sus actos, sólo quiere hablar de seres humanos y prestar asistencia sin discriminación alguna a los que más sufren.¹²³ Los individuos deben ser tratados sin ninguna distinción fundada en raza, sexo, nacionalidad, idioma, clase social, fortuna, opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o en cualquier otro criterio análogo. En la práctica, sin embargo, habrá diferencias de trato a favor de los individuos, con objeto de compensar las desigualdades resultantes de su situación personal¹²⁴, de sus necesidades o de su infortunio.¹²⁵ Asimismo, en los Convenios se especifica, que sólo razones de urgencia médica justifican una prioridad en el orden de la asistencia y se hace hincapié en que las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo.¹²⁶

¹²² Pictet, J. (1956:34 y 35).

¹²³ Haug, Hans: “La neutralidad como principio fundamental de la Cruz Roja” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 138, noviembre – diciembre de 1996 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996) pp. 670 – 673. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList156/1253000D1CBCBA20C1256DE10057D3BC>, sitio consultado en agosto de 2006].

¹²⁴ Cabe destacar, que Jean Pictet, Director de Asuntos Generales del Comité Internacional de la Cruz Roja, en la década del 50, clasifica los principios de la Cruz Roja en principios fundamentales y orgánicos, dentro de los primeros agrega el principio de proporcionalidad, el cual no será tratado en esta investigación en acápite aparte, por considerarse que este principio está incluido en el concepto de igualdad –aristotélica- al cual hace referencia en repetidas ocasiones el ordenamiento jurídico chileno.

En palabras de Pictet, J. (1956:42), proporcionalidad implica que la “ayuda disponible debe ser repartida según la importancia relativa de las necesidades individuales y según su orden de urgencia”.

¹²⁵ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:47).

¹²⁶ Pejic, Jelena: “No discriminación y conflicto armado” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 841, marzo de 2001 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001) pp. 183 – 194. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja,

Igualdad no supone una igualdad matemática de los esfuerzos, sino una igualdad en relación con las necesidades; la ayuda no puede ser tal que suponga una liberación de material que beneficie al esfuerzo bélico de alguna de las partes. De ahí que la ayuda deba ser proporcional a las necesidades de la población civil y limitada al sustento, abrigo y medicamentos que ésta necesita.¹²⁷

B.3) Imparcialidad

La Cruz Roja ha de actuar sin favor ni prevención hacia nadie.¹²⁸ De esta forma, si el principio de igualdad veda toda distinción objetiva entre los individuos, es el principio de imparcialidad el que proscribe las distinciones de tipo subjetivo, es decir, derivadas de elementos inherentes a las relaciones particulares del agente y de las personas interesadas. Estas distinciones pueden referirse, por ejemplo, a consideraciones sociales o de opinión, o a una simpatía espontánea.¹²⁹

Por su parte, la no-discriminación es un elemento clave de la imparcialidad, lo cual significa que se reconoce que todas las personas son iguales, que deben ser tratadas como tales y que las necesidades de las víctimas son el único criterio válido para brindarles asistencia y protección.¹³⁰

B.4) Neutralidad

Con el fin de conservar la confianza de todos, la Cruz Roja se abstiene de tomar parte en las hostilidades y nunca se mezcla en las controversias de tipo político, racial, religioso o filosófico.¹³¹

La palabra *neutral* viene del latín *neuter*, que significa, ni lo uno ni lo otro. La neutralidad es una noción esencialmente negativa: califica, ante todo, la abstención de

<http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList182/46629DDD740E3CB2C1256DE100648471>, sitio consultado en agosto de 2006].

¹²⁷ Abril Stoffels, Ruth: “La asistencia humanitaria y los principios jurídicos recogidos en el Derecho Internacional Humanitario” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n° 89 (Madrid, Gráficas Juma, 1998) pp. 31 y 32.

¹²⁸ Pictet, J. (1956:53).

¹²⁹ Idem, p. 58.

¹³⁰ Pejic, J. (2001).

quien se mantiene fuera de un conflicto, que no se pronuncia francamente por una u otra parte.¹³²

La neutralidad ha sido definida como la obligación de no implicarse en las hostilidades; e implica que la única finalidad de la actuación es socorrer a las víctimas, pues la asistencia humanitaria nunca debe suponer una injerencia en el conflicto armado.¹³³

Se consideran neutrales todos los movimientos o todas las instituciones que se abstienen de tomar partido en un conflicto o en un diferendo y que renuncian a toda índole de injerencias. Ello puede ser el resultado de una voluntad de autoprotección, de una consideración de que el bien y el mal lo verdadero y lo falso existen en ambas partes, de una moderación en pro de una causa más importante o de una labor específica. Pero el motivo de la neutralidad puede ser también la indiferencia, el miedo o la cobardía. La neutralidad no es, pues, una virtud en sí.¹³⁴

El móvil del principio de neutralidad según el cual el Movimiento se abstiene de tomar parte en las hostilidades y, en todo tiempo, en las controversias de orden político, racial, religioso e ideológico es la salvaguarda de la confianza general. Quien toma partido corre el riesgo de despertar sospechas e inspirar animosidad en una de las partes, que tal vez lo rechace o le retire la confianza. Sólo donde los componentes del Movimiento pueden contar con la confianza de todos –tanto de las autoridades como de la población- nadie le impedirá acercarse a las víctimas de los conflictos armados y de catástrofes para prestarles a protección y asistencia necesarias. Para el CICR, tener la confianza de los gobiernos de Estados Partes en los Convenios de Ginebra es la condición más importante para su intervención en caso tanto de conflicto armado como de disturbios o tensiones. La confianza es la fuerza moral sin la que el Movimiento no podría vivir, desarrollarse y actuar.¹³⁵

Una actitud neutral es un estímulo y una prueba de confianza. Es también un medio para promover la unidad y la universalidad del Movimiento.¹³⁶

¹³¹ Comité Internacional de la Cruz Roja (1975:9).

¹³² Pictet, J. (1956:61).

¹³³ Abril, R. (1998:30).

¹³⁴ Haug, H. (1996).

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Idem.

El propio carácter humanitario de la actuación impide a los actores tomar parte directa o indirecta en las hostilidades, pero no está claro que esta neutralidad les obligue a permanecer completamente pasivos cuando una de las partes realiza actos contrarios al Derecho Internacional General como son los actos de genocidio. Parece que en este campo el concepto de neutralidad está cambiando e incluso está siendo desplazado por otro nuevo principio como es el de *no-partidismo*.¹³⁷

Lo importante de este *principio de no-partidismo* es que la acción responda al sufrimiento humano con la mera intención de socorrer al que lo necesita, sin pretender con ella obtener un provecho político, sectario o de otro tipo.¹³⁸

La índole del movimiento es, en primer lugar, apolítica. Ni por su razón de ser ni por su cometido ha de influir en el desarrollo del orden jurídico y social ni ha de tomar parte en las luchas por el poder en el plano nacional o internacional. El CICR tampoco está relacionado con religiones o iglesias aunque su ideal humanitario se base en dogmas religiosos. Los emblemas de la cruz roja y de la media luna roja no son, contrariamente a las apariencias, símbolos religiosos. El Movimiento no tiene, sobre todo, orientación racista y se aleja de todo odio o glorificación racial. Por último, hay que puntualizar que el Movimiento no se atiene a una ideología. No se somete a sistema filosófico alguno. Sólo se atienen a su propio ideal, que es realizar una acción humanitaria eficaz y desinteresada.¹³⁹

B.5) Independencia

La Cruz Roja debe ser independiente de todo poder y libre de cualquier influencia, so pena de dejar de ser ella misma, la Cruz Roja debe ser dueña de sus decisiones, de sus gestos y de sus palabras. Para poder señalar mejor el camino de la caridad y de su justicia, ha de romper ciertos contactos con los poderes instituidos. Necesita sentirse libre para seguir sus móviles puramente humanitarios, aplicar siempre los principios que le son propios, mostrarse igualitaria respecto de todos los seres y mantenerse universalista. Esta independencia será también prenda de su neutralidad¹⁴⁰; la autonomía de los organismos de

¹³⁷ Abril, R. (1998:34).

¹³⁸ Idem, p. 31.

¹³⁹ Haug, H. (1996)

¹⁴⁰ Pictet, J. (1956:82).

la Cruz Roja y de la Media Luna Roja con respecto a Estados, organizaciones internacionales, partidos políticos y poderes económicos son condiciones esenciales para su neutralidad. Una posición neutral será mucho más firme si la institución debe salvaguardar y demostrar su independencia.¹⁴¹

Si bien las Sociedades nacionales mantengan estrechos lazos con sus gobiernos, ya que les prestan su concurso como auxiliares de servicios públicos, deben conservar su carácter autónomo y privado¹⁴², que les permita obrar siempre según los principios de la Cruz Roja.

B.6) Universalidad

La obra de la Cruz Roja debe extenderse a todos los hombres, en todos los países. Así, la noción de universalidad contiene dos ideas: extenderse a todos y extenderse por todas partes. La primera reviste una significación fundamental para la Cruz Roja: su ideal prescribe abrir los brazos a cuantos vengan a pedirle ayuda. El amor al prójimo, bajo su forma ideal, va a todos los hombres, sean quienes sean. De esta forma, los principios de humanidad e igualdad implican, pues, el de universalidad, como consecuencia natural y necesaria. La segunda idea se deriva de la primera: es a fin de llegar a todos los hombres por lo que la acción caritativa debe poder ser ejercida en cada trozo de la superficie terráquea.¹⁴³

Este principio es puesto en evidencia por la ausencia de preámbulo en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. En efecto, para que todas las delegaciones pudieran firmar estos textos, fue preciso eliminar todo lo que hubiera podido suscitar un conflicto de ideas capaz de viciar el acuerdo de las partes. El alcance universal de los Convenios de Ginebra tenía tal importancia que convenía cuidarlo, dejando para ello a cada firmante la tarea de formular, por sí mismo y de conformidad con sus preferencias ideológicas, los principios del Convenio. Lo esencial era establecer reglas comunes de ellos que ligaran,

¹⁴¹ Haug, H. (1996)

¹⁴² Pictet, J. (1956:83).

¹⁴³ Idem., p. 86.

efectivamente, de la misma forma a todas las naciones entre sí. Así los Convenios de Ginebra han sido concluidos para todos los tiempos y para todos los países.¹⁴⁴

Por otra parte, la Cruz Roja es una institución universal dentro de la cual todas las Sociedades tiene derechos iguales y el deber de ayudarse recíprocamente.¹⁴⁵

B.7) Unidad

En cada país sólo puede existir una sola Sociedad de la Cruz Roja; ésta debe ser accesible a todos y extender su acción humanitaria a la totalidad del territorio.¹⁴⁶ Así pues, ya en 1869, instituyó la II Conferencia Internacional de la Cruz Roja que “debe buscarse la unión íntima y sólida de todas las sociedades caritativas de cada nación en un conjunto bien compacto, a fin de intensificar su eficacia tanto durante la guerra como durante la paz”.¹⁴⁷

Por razones prácticas e imperiosas, es necesario, que en cada territorio la Sociedad de la Cruz Roja sea una sola en su género, pues de ello depende la eficacia de su obra caritativa.¹⁴⁸

No pudiendo haber, en cada país, más que una sola Sociedad de la Cruz Roja, síguese que habrá de abarcar en su esfera de actividad el territorio todo entero y sus dependencias. El principio universalista referente a la plataforma internacional, se transforma, en el ámbito nacional, en el postulado de la totalidad o generalidad de la acción.¹⁴⁹

4. Funciones o importancia del Derecho Humanitario

Al preguntarse cuál es la importancia del Derecho Humanitario o cuáles son las funciones que desempeña hay que investigar no sólo sus finalidades sino, más allá de ellas, las razones que generaron la aprobación por los Estados de este cuerpo de normas que, de

¹⁴⁴ Coursier, H. (1962: 24).

¹⁴⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja (1975:10).

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ Pictet, J. (1956:138).

¹⁴⁸ *Idem*, p. 139.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 141.

la manera más obvia, conlleva la autolimitación de la soberanía estatal en un área tan delicada como la guerra.

De esta forma, se debe tener presente que el Derecho Internacional Humanitario –a diferencia de todas las demás ramas del Derecho Internacional Público, que ambicionan resolver, sin hacer uso del recurso de la fuerza, los conflictos potenciales- tienen como propósito someter al dominio de las leyes una situación de violencia actual.

Cabe destacar que este Derecho sirve de complemento internacional a las insuficiencias, las carencias y las falencias del derecho interno del propio Estado, que aparezcan con motivo de un conflicto bélico en su territorio.

Los Estados se concertan en el ámbito internacional para mejorar la protección ante una situación en que ya no confían en la eficacia de sus propios sistemas jurídicos internos, así el Derecho Humanitario tiene la función organizadora de las relaciones entre los Estados (o dentro de un Estado entre las partes en conflicto) en situación de conflicto armado. Hay que emplear todos los esfuerzos para humanizar los conflictos bélicos, proteger a la población civil, defender a los heridos, darle trato correcto a los prisioneros, en fin, que el individuo tenga derecho a unas garantías procesales mínimas, de manera que sus derechos no sólo estén tutelados en teoría, sino que existan instituciones que los defiendan de los excesos de la fuerza en el momento del conflicto armado.¹⁵⁰

Incluso en la guerra, y con respecto al enemigo, los hombres deben observar determinadas reglas de humanidad, reglas que están expresadas principalmente en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.¹⁵¹ Así, el Derecho Internacional Humanitario tiene una función protectora que consiste en brindar amparo a las personas humanas (y en cierta medida a los bienes).

En resumen, el Derecho Humanitario tiene por objeto evitar el sufrimiento inútil y mantener la dignidad de la persona en circunstancias en que, precisamente, estas dos

¹⁵⁰ Uribe Vargas, Diego: “Problemas de Derechos Humanos y Seguridad del Estado en Centro América y el resto del mundo: una comparación” en *II Seminario Interamericano sobre seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos en Centro América* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, 1ª edición) p. 67.

¹⁵¹ Coursier, H. (1962: A).

nociones serían especialmente difíciles de mantener, o sea, en las situaciones de guerra. Su finalidad es prolongar la paz hasta dentro de la guerra.¹⁵²

5. Situaciones de aplicabilidad del Derecho Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario es aplicable en dos situaciones o, lo que es lo mismo, tiene dos regímenes de protección: conflictos armados de carácter internacional y conflictos armados de carácter interno.

Sin embargo, después de los sucesos acaecidos luego de terminada la guerra fría - según se explica en el acápite destinado al análisis del desarrollo del Derecho Humanitario (cap. I, 2.1)- la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales ha perdido mucha de su importancia. En efecto, el derecho de los conflictos armados internos se ha alineado cada vez más con el derecho de los conflictos armados internacionales. Una de las causas de esta novedad ha sido la proliferación de conflictos armados internos y la gravedad cada vez mayor de sus repercusiones en la comunidad internacional. Ya no se pueden considerar, como solía hacerse, como meramente asuntos internos de los respectivos Estados. Por otra parte, la total disposición a acudir a la violencia armada en los conflictos internos se ha vuelto generalizada y tan extrema que las diferencias entre éstos y las guerras internacionales han disminuido constantemente.¹⁵³

De esta forma, el Tribunal Penal Internacional en su *Decisión para la Antigua Yugoslavia*, del 2 de octubre de 1995, concluyó que muchos principios aplicables originalmente a los conflictos armados internacionales habían pasado a ser, con el transcurso del tiempo, normas consuetudinarias aplicables también en conflictos armados no internacionales.¹⁵⁴

A pesar de este avance que ha experimentado el Derecho Humanitario en las últimas dos décadas, se cree pertinente tratar en acápite independientes las situaciones en las que se puede aplicar el Derecho Humanitario, pues una de las razones que esgrimen nuestros Tribunales al declarar inaplicables los Convenios de Ginebra -como se denota del examen

¹⁵² Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza: *Seminario sobre la actividad de la Cruz Roja a favor de las víctimas de los conflictos armados* (Ginebra, Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza, 1965) p. 26.

¹⁵³ Schindler, D. (1999)

de la jurisprudencia (cap. III)- es sostener que Chile no se encontraba en un conflicto armado interno en el período en que rigió Estado de Sitio en nuestro país durante el Gobierno Militar.

5.1 Conflicto armado internacional

Conflicto armado internacional, primera situación a la que se aplica el Derecho Internacional Humanitario está definida en el artículo 2º común a los cuatro Convenios de Ginebra como “...la guerra declarada o cualquier otro conflicto que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas...”. En otras palabras los Convenios no sólo entran en vigor para las guerras declaradas oficialmente, sino a partir del momento en que, de hecho, surjan las hostilidades. Así, se observa que la definición de guerra interestatal es objetiva y evita cautelosamente las referencias a la calificación dada por las partes a la situación bélica.

Por otra parte, cabe destacar, que la guerra de liberación nacional, como se define en el artículo 1º del Protocolo Adicional I, se equipara a un conflicto armado internacional: “...El presente Protocolo se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden 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...”.

En estos casos, de conflicto armado internacional entre dos o más Estados, se aplican los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977.

Son también aplicables todas las reglas consuetudinarias, como las reglas del Derecho de la Haya, en la medida en que, aunque no sea reconocido, exista, por lo menos de *facto*, un estado de beligerancia entre las dos partes en conflicto.

En estas situaciones, el Derecho Internacional Humanitario está destinado, principalmente, a las partes en conflicto y protege a todo individuo o categoría de individuos que no participa, o ya no participa de forma activa, en el conflicto bélico, es decir: militares heridos o enfermos en la guerra terrestre, así como a miembros de los

¹⁵⁴ Idem.

servicios sanitarios de las fuerzas armadas; militares heridos, enfermos o náufragos en la guerra marítima, así como a miembros de los servicios sanitarios de las fuerzas navales; prisioneros de guerra; población civil, por ejemplo: personas civiles extranjeras en el territorio de las partes en conflicto, incluidos los refugiados; personas civiles en los territorios ocupados; detenidos y civiles internados; personal sanitario, religioso, de los organismos de protección civil.

5.2 Conflicto armado no internacional

Además de las guerras regulares, ha habido siempre conflictos armados semejantes, pero que el derecho tradicional no consideraba como tales. Recibían los apelativos de rebeliones, luchas intestinas, insurrecciones, revoluciones y, más tarde, guerras civiles. En todo tiempo, tales guerras han provocado proporcionalmente más sufrimientos que los conflictos bélicos internacionales con razón del odio y del encarnizamiento correspondientes. No obstante quedaban fuera del derecho de gentes. No fue sino a finales del siglo XVIII cuando surgió la idea de que cierto número de reglas humanitarias debían aplicarse en los conflictos bélicos cuyos antagonistas fuesen el soberano y los súbditos que contra él hubieren tomado las armas.¹⁵⁵

Así, los Convenios de Ginebra han sido previstos para el tiempo de guerra, pero fuera de los casos de conflicto armado externo, existen estas conflagraciones internas, en las cuales las personas se encuentran ante los mismos peligros que en una guerra externa, por ende requieren de las mismas garantías para la protección de sus derechos fundamentales y dignidad humana.

Conflicto armado no internacional, se encuentra definido en el artículo 1º del Protocolo Adicional II de 1977, como una situación en la “...que tiene lugar en el territorio de una Alta Parte Contratante 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 les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

¹⁵⁵ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972: 8).

Esta definición del Protocolo II sobre la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en la situación de conflicto armado no internacional realza el nivel que le atribuye a la misma el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra, reafirmando y desarrollando sus disposiciones. En los términos de aquel artículo, basta que un conflicto bélico no internacional ocurra dentro del territorio de un Estado entre dos grupos identificables, sin la exigencia de que el bando opositor ejerza un dominio sobre una parte del territorio estatal y tenga capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. Por ello, en caso de conflicto armado sin carácter internacional, se aplica el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II de 1977, siempre y cuando este último instrumento esté en vigencia para el Estado. Y de esta forma, se garantiza un mínimo de trato humanitario, en estas situaciones, al serles aplicable el artículo 3º común a los cuatro Convenios¹⁵⁶ y el Protocolo Adicional II; aunque las condiciones de aplicación del Protocolo II son más estrictas que las previstas en el artículo 3º,¹⁵⁷ el Protocolo desarrolla y completa el artículo 3º común sin modificar sus condiciones de aplicación.

El Protocolo II excluye expresamente en el artículo 1º, párrafo 2º, ciertas situaciones de su aplicación: “El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. Sin embargo, tal exclusión no conlleva la imposibilidad de aplicar indirectamente sus disposiciones o bien de inspirarse en sus principios fundamentales para su aplicación por analogía. De todos modos sigue aplicándose como un fundamental punto de partida de protección mínima el artículo 3º común.¹⁵⁸

¹⁵⁶ “En el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se establecen las normas aplicables en las situaciones de conflicto armado no internacional, que es, actualmente, la forma más común de conflicto. Se dispone que los principios básicos que deben guiar el comportamiento de las partes en conflicto con las personas que no participan en él son el trato humano y la no-discriminación. Asimismo, se hace una lista de normas que, según la Corte Internacional de Justicia, son una expresión de *consideraciones elementales de humanidad*. Por lo tanto, son vinculantes no sólo porque dimanen del derecho de los tratados, sino por ser parte del derecho internacional consuetudinario, que pertenece a la categoría de *ius cogens*”. Pejic, J. (2001).

¹⁵⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja (1998:8).

¹⁵⁸ Fraidenraij, Susana: “Convención sobre prohibición o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados” en Infante – Cave (1998), p. 10.

Es oportuno recordar aquí los términos del artículo 3º común, pues facilitará la investigación en este aspecto:

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color; la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios;
- b) La toma de rehenes;
- e) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- f) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los Pueblos civilizados.

2. Los heridos y enfermos serán cuidados.

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

Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor, por vía de acuerdos especiales, todo o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.

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

Así el artículo hace referencia a un *conflicto armado de carácter no internacional*, es decir, en los hechos y en la práctica, éste es aplicable a las confrontaciones armadas abiertas que tengan baja intensidad entre fuerzas armadas relativamente organizadas o grupos armados, que se suscitan exclusivamente dentro del territorio de un estado en

particular.¹⁵⁹ Ha de tratarse de una situación análoga a la guerra. No se podría apelar al artículo 3º en caso de motines de carácter local y pasajero.¹⁶⁰

El Derecho Humanitario está destinado, en estas situaciones, a las fuerzas armadas, regulares o no, que no tomen parte, o hayan dejado de tomar parte activa, en las hostilidades, por ejemplo: combatientes heridos o enfermos; personas privadas de libertad a causa del conflicto bélico; población civil; personal sanitario y religioso.

Se debe reconocer que la aplicación del artículo 3º puede plantear numerosas dificultades, pues no siempre se puede determinar fácilmente lo que es preciso entender por conflicto armado no internacional, ello correspondería a las Potencias Partes en los Convenios, ellas mismas deberían decir lo que entienden por ello, pues lógicamente sólo los Estados son competentes para indicar el sentido que ellos dan a los Tratados internacionales establecidos entre ellos.¹⁶¹

Una respuesta inicial puede ser encontrada en los trabajos preparatorios del artículo 3º. Durante los cuales los participantes en la Conferencia Diplomática de 1949, y aquellos que les precedieron en la elaboración de los anteproyectos de esta disposición, han enunciado un cierto número de criterios. La intervención de las Fuerzas Armadas regulares, el hecho de que la rebelión esté organizada, de que la insurrección esté dirigida por un grupo de mando responsable, eventualmente un Poder civil, al lado de los Poderes militares, la duración de los combates, la amplitud de las pérdidas sufridas por las Fuerzas en lucha, son elementos que permiten evaluar la situación.¹⁶²

Ahora bien, el artículo 3º, si bien garantiza un mínimo de trato humano “a las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa”, no extiende en modo alguno a estas personas el estatuto de prisioneros de guerra, a menos que las Partes en conflicto se pongan de acuerdo a este respecto “por vía de acuerdos especiales”.¹⁶³

Los conflictos armados sin carácter internacional son clasificados por la doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja como sigue:

¹⁵⁹ González, Felipe (1993:35).

¹⁶⁰ Comité Internacional de la Croix – Rouge (1972:20).

¹⁶¹ Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza (1965:162).

¹⁶² Idem, p. 163.

A) Disturbios interiores

Ciertamente, es bastante difícil, e incluso poco oportuno, querer definir la noción de *disturbios interiores*. Sin embargo, se puede considerar que esta situación se realiza en particular cuando los disturbios tienen cierta gravedad, cuando provocan actos de violencia, cuando duran cierto tiempo (un simple motín sería excluido), cuando hay lucha entre grupos organizados y, sobre todo, cuando estos acontecimientos causan víctimas.¹⁶⁴

Sin embargo, el CICR, por su parte, ha procurado dar definiciones. Sobre la base de sus observaciones, el CICR, presentó, a la Primera Conferencia de Expertos Gubernamentales (1971), la descripción siguiente de *disturbios interiores*: “Se trata de situaciones en las que, sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin carácter internacional, existe sin embargo, a nivel interior, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden tener formas variables, que van desde la generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas, para restablecer el orden interno. El número elevado de víctimas ha hecho necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias”.¹⁶⁵

El Derecho Internacional Humanitario no se aplica a las situaciones de violencia interna que no alcancen la intensidad de un conflicto armado. Así lo señala el Protocolo II, en su artículo 1º, párrafo 2º, excluyendo los disturbios interiores y las tensiones internas. En estos casos, se pueden invocar las disposiciones del derecho de los Derechos Humanos, así como la legislación interna.¹⁶⁶

Sin embargo, la X Conferencia Internacional de la Cruz Roja, en 1921, declaró en una de sus resoluciones, lo que sigue concerniente a esta clase de conflicto: “La Cruz Roja, que está por encima de toda rivalidad política, social, confesional, de raza, de clase y de

¹⁶³ Coursier, H. (1962: 76).

¹⁶⁴ Idem, pp. 31 y 32.

¹⁶⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja: *EL CICR, la Liga y el informe sobre la Reevaluación del Cometido de la Cruz Roja* (Ginebra, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo – abril 1978 a enero – febrero 1979) p. 26.

¹⁶⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja (1998:17).

nacionalidad, afirma su derecho y su deber de acción de socorro en caso de guerra civil, y de perturbaciones sociales y revolucionarias.

La Cruz Roja reconoce que todas las víctimas de la guerra civil o de las perturbaciones mencionadas, sin ninguna excepción, tienen el derecho de ser socorridas, de conformidad con los principios generales de la Cruz Roja”.¹⁶⁷

Así, la Resolución cubre los disturbios interiores, en general, e incluso especifica *disturbios sociales o revolucionarios*.¹⁶⁸

Por otra parte, según el Informe Tansley¹⁶⁹, el CICR debe prestar su protección que califica de *ad hoc* para distinguirla de la protección dispensada en virtud de los Convenios.¹⁷⁰

En 1971, en la Primera Conferencia de Expertos Gubernamentales, también se quiso definir o describir las *tensiones internas*: “Puede decirse que se trata en particular de situaciones de tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.), o de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores. Situaciones que presentan todas o algunas de las siguientes características: detenciones masivas, número elevado de detenidos políticos, probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de garantías judiciales fundamentales, sea por la prolongación de un estado de excepción sea por una situación de hecho; denuncias de desaparición de personas”.¹⁷¹

En resumen, según algunos expertos, hay *disturbios interiores* cuando, aunque no haya conflicto armado, el Estado utiliza la fuerza armada para mantener el orden; hay *tensión interna* cuando, aunque no haya disturbios interiores, el empleo de la fuerza es una medida preventiva para mantener el respeto de la ley y del orden.¹⁷²

En este tipo de situaciones, el CICR tiende, efectivamente, a desplegar una actividad de protección *ad hoc*. Despliega esa actividad en virtud de su derecho de iniciativa humanitaria universalmente reconocido, de varias resoluciones de Conferencias

¹⁶⁷ Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza (1965:159 y 160).

¹⁶⁸ Idem, p. 160.

¹⁶⁹ “El CICR y la Liga encargaron un estudio a un Comité Mixto para la reevaluación del Consejo de la Cruz Roja, nombrando como director a D: Tansley. El grupo de estudio trabajó de febrero de 1973 a junio de 1975. Durante el período visitaron 45 países, siguiéndose las actividades de la Cruz Roja. Los resultados del estudio se publicaron en julio de 1975, en un *informe Final: Una Agenda para la Cruz Roja*, firmado por Tansley, por lo cual con frecuencia es llamado *Informe Tansley*”, Comité Internacional de la Cruz Roja (1978-1979:3).

¹⁷⁰ Idem, p. 25.

¹⁷¹ Idem, pp. 26 y 27.

¹⁷² Idem, p. 27.

Internacionales de la Cruz Roja y basándose en el artículo VI, párrafo 5º de los Estatutos de la Cruz Roja Internacional en el cual consta que el CICR es una “Institución neutral, cuya actividad humanitaria se ejerce especialmente en caso de guerra, de guerra civil o de perturbaciones interiores...”.¹⁷³

El Estado al que el CICR ofrece sus servicios, en tales circunstancias, no tienen la obligación formal de aceptarlos. Se autorizará al CICR a actuar, pues, con el beneplácito del Estado y basándose en una relación de confianza. Por otra parte, en algunas ocasiones, el CICR emprenderá una acción en un país, a invitación del Gobierno interesado.¹⁷⁴

En resumen, fuera de las situaciones de aplicabilidad directa y formal del Derecho Internacional Humanitario existen otras, en las cuales son intocables los principios de este Derecho, el cual puede ser aplicable por vía de la analogía, aunque esta aplicación no se fundamente en las reglas positivas de los instrumentos humanitarios sino en los idóneos mecanismos instituidos por la comunidad internacional. Así, los principios fundamentales de los Convenios de Ginebra pueden servir de modelos de procedimientos jurídicos o inspirar la elaboración de las normas aplicables, de tal modo que se justifica hablar de la aplicabilidad por analogía e incluso de la aplicabilidad indirecta del Derecho Internacional Humanitario en estas situaciones.

B) Guerra civil

Se trata de un conflicto armado de orden interior que pone frente a frente a verdaderas Fuerzas Armadas. Esta clase de conflicto puede ser tan mortífero, en razón misma de los elementos y de las pasiones que en él están mezclados, puede provocar tantas víctimas, que es casi innecesario recordar que la Cruz Roja ha marcado desde hace mucho tiempo y por numerosas resoluciones de sus Conferencias Internacionales, su deseo de intervenir humanamente en las situaciones de esta clase.¹⁷⁵

La Resolución de Ginebra de 1921, ya citada, conceptúa el cometido de la Cruz Roja en caso de guerra civil: “En cada país donde estalla una guerra civil, es la Sociedad Nacional de la Cruz Roja del mismo país la que tiene, en primer lugar, el deber de hacer

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ *Ibíd.*

¹⁷⁵ Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza (1965:32).

frente de la manera más completa a las necesidades de socorro que tienen las víctimas y, al efecto, es indispensable que esta Sociedad sea considerada como libre de acción imparcial en beneficio de todas las víctimas...”.¹⁷⁶

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, se vio muy pronto que habría cada vez menos guerras internacionales y cada vez más guerras civiles: no cabe duda que la subversión ha llegado a ser el arma favorita. Fue así como al CICR tuvo la idea de introducir en el derecho positivo una disposición –artículo 3º común- que trataría de someter al derecho internacional un fenómeno nacional.¹⁷⁷

De esta forma el Derecho Humanitario entra en una etapa decisiva en la evolución del derecho moderno, que tiende a limitar la soberanía del Estado en beneficio del individuo. El sistema consistió en distinguir entre los principios fundamentales de los Convenios –reglas de humanidad que tienen valor absoluto- cuya observancia se impone en todas las circunstancias, y las demás disposiciones, que las Partes deberán hacer lo posible por poner, total o parcialmente, en vigor, mediante acuerdos especiales.¹⁷⁸

C) Conflicto armado regional de orden internacional pero limitado o conflicto armado interno internacionalizado

Los conflictos armados internos pueden rebasar las fronteras del territorio en que se desarrollan y a causa de la interferencia extranjera, la magnitud de los problemas humanitarios que plantean, pueden transformarse en un asunto que muy pronto sobrepase los propios intereses de las partes en conflicto.¹⁷⁹

En efecto, desde la Guerra Civil española (1936 – 1939), el mundo ha sido testigo de un número creciente de conflictos armados internos en que participan Estados extranjeros, lo que ha permitido que se hable de una categoría distinta: los conflictos armados internos internacionalizados.¹⁸⁰

Afortunadamente, desde 1945, el mundo ha conocido pocos casos de conflictos de esta clase. Por otra parte, es necesario señalar que a menudo, no existe una neta diferencia

¹⁷⁶ Idem, p. 168.

¹⁷⁷ Pictet, Jean (1986:60).

¹⁷⁸ Ibídem.

¹⁷⁹ Salinas, H. (1998:78).

entre guerra civil y guerra internacional localizada; los conflictos bélicos interiores toman, frecuentemente, bajo uno u otro título, un carácter internacional, sobre todo por la ayuda extranjera que recibe cada parte en conflicto.¹⁸¹

6. Medios para aplicar el Derecho Humanitario

A pesar de la universalidad de los Convenios de Ginebra y del alto nivel de adhesión de los Protocolos Adicionales de 1977, existe una importante brecha entre el *deber ser* establecidos por sus normas y el *ser*. Así, las violaciones a sus disposiciones se producen, en ciertos casos por omisión y en otros por ignorancia o indiferencia.¹⁸²

Para las situaciones de conflicto armado hay tres tipos de medios o mecanismos para hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario: los preventivos, los represivos y los de control. Se comentarán cada uno de ellos, especificando las medidas que los Estado pueden tomar para cumplir su obligación – estipulada en el artículo 1º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo Adicional I de 1977 – de hacer respetar este derecho.

Se debe señalar no obstante que, debido a la ratificación casi universal de los Convenios de Ginebra y al número cada vez mayor de Estados Partes en sus Protocolos adicionales, así como la trascendencia de los principios humanitarios y, por lo tanto, a la índole *erga omnes* de la obligación de respetarlos, todos los Estados tienen derecho a asegurarse de que todos los demás Estados respeten el derecho consuetudinario.¹⁸³

El artículo 1º común impone a las Altas Partes Contratantes la obligación de actuar, pero no se especifica ninguna línea de acción concreta. No se da indicación alguna de la manera en que pueden hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza (1965:168).

¹⁸¹ Idem, p. 32.

¹⁸² Fraidenraij, S. (1998:12).

¹⁸³ Palwankar, Umesh: “Medidas que pueden tomar los Estados para cumplir su obligación de hacer respetar el derecho internacional humanitario” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* nº 121, enero – febrero de 1994 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1994) pp. 10 – 27. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList141/25AA457D079E1AC3C1256DE10056AE52>, sitio consultado en agosto de 2006].

¹⁸⁴ Ibídem.

Cabe destacar que según los términos del artículo 1º (“en todas las circunstancias”, es decir, siempre que es aplicable el Derecho Internacional Humanitario) y en virtud del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, la obligación de hacerlos respetar se refiere tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales.¹⁸⁵

6.1 Medios preventivos

Los Estados pueden cumplir su obligación de garantizar el respeto del Derecho Internacional Humanitario tomando medidas destinadas a ayudar a otros Estados a respetar el derecho, especialmente en tiempo de paz y, eventualmente, en situaciones de conflicto armado de larga duración. Esas medidas podrían ser, por ejemplo: poner a disposición asesores jurídicos para que ayuden a desarrollar o a adoptar la legislación nacional y los códigos penales a fin de que se aplique eficazmente el Derecho Internacional Humanitario, así como para que formen a asesores jurídicos en las fuerzas armadas; enseñar el Derecho Internacional Humanitario como parte de una forma de cooperación militar; llevar a cabo seminarios zonales y mundiales con la participación de los Estados, a fin de examinar los problemas específicos asociados al respeto debido al Derecho Internacional Humanitario y ayudar a elaborar y a poner al día bancos zonales de datos (o un único banco mundial de datos) sobre los diferentes aspectos relacionados con las medidas nacionales y su aplicación, que sean accesibles a cualquier Estado que necesite información.¹⁸⁶

En resumen, los mecanismos de prevención son, en particular: difusión del Derecho Humanitario; formación de personal calificado, con miras a facilitar la aplicación del Derecho Humanitario, y nombramiento de asesores jurídicos en las fuerzas armadas; adopción de medidas legislativas y reglamentarias que permitan garantizar el respeto del Derecho Humanitario; traducción de los textos convencionales.

De esta forma, en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la media Luna Roja realizada en Ginebra en diciembre de 1995, se aprobó una resolución titulada *Del Derecho a la Acción*, tendiente a establecer las pautas de conducta a seguir para lograr su aplicación eficaz. En esta resolución se proponen como vías de acción, el estímulo de

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ *Ibíd.*

maneras, mediante la adhesión universal a los instrumentos del Derecho Internacional Humanitario y la difusión de sus contenidos, entre otras la enseñanza, la capacitación y el perfeccionamiento. La tarea que surge como fundamental es la previa adecuación de las legislaciones nacionales a las disposiciones internacionales vigentes.¹⁸⁷

6.2 Medios de control

Los medios de control previstos para toda la duración de los conflictos bélicos y que permiten velar constantemente por la observancia de las disposiciones del Derecho Humanitario mediante: intervención de las Potencias protectoras o de sus sustitutos; acción del Comité Internacional de la Cruz Roja,¹⁸⁸ es otro medio de aplicación del Derecho Humanitario.

Así pues, una Potencia protectora es un Estado encargado por una de las partes en un conflicto armado de salvaguardar sus intereses en cuestiones humanitarias ante la otra parte o las partes en el mismo conflicto. Aunque es cierto que la designación de las Potencias protectoras depende de las partes en conflicto, terceros Estados pueden, no obstante, alentar a los beligerantes a que recurran a dicho sistema, presentándoles unilateralmente propuestas al respecto o haciendo que las Naciones Unidas se interesen en ello.¹⁸⁹

Los representantes de la Cruz Roja tienen derecho a trasladarse a todos los lugares donde haya prisioneros de guerra o personas civiles protegidas, y a conversar con los prisioneros o con los internados sin testigos. Sus informes y sus recomendaciones son confidenciales, lo que permite a los Estados aceptar más fácilmente las visitas. En general, se atienden las recomendaciones o reclamaciones así formuladas.¹⁹⁰

Si, en un conflicto bélico internacional, las Partes están obligadas a admitir órganos de control, en un conflicto armado no internacional, un organismo humanitario imparcial, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, puede únicamente ofrecer sus servicios a las Partes implicadas. En cambio, el Comité Internacional de la Cruz Roja tiene derecho, a

¹⁸⁷ Fraidenraij, S. (1998:12).

¹⁸⁸ González, F. (1993:15).

¹⁸⁹ Palwankar, U. (1994)

¹⁹⁰ Schindler, D. (1979).

tomar, por sí mismo, iniciativas para proteger a personas afectadas por el conflicto bélico. Hace uso de su derecho en todos los conflictos armados, para proporcionar socorros materiales, para canjear prisioneros de guerra, o para visitar a personas privadas de libertad.¹⁹¹

6.3 Medios represivos

En cuanto a los medios de represión, cuyo principio se expresa en la obligación que tienen las partes en conflicto bélico de impedir y de hacer que cese toda violencia, cabe destacar: la obligación de reprimir, recurriendo a tribunales nacionales, las infracciones graves consideradas como crímenes de guerra¹⁹²; la responsabilidad penal y disciplinaria de los superiores y el deber que tienen los jefes militares de reprimir y de denunciar las infracciones; la asistencia mutua judicial entre Estados en materia penal.

Así pues, los Estados pueden castigar a las personas responsables de violaciones apelando directamente al Derecho Internacional. Conforme lo establecen los Convenios, las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, pueden ser sancionadas en cualquier Estado en que el presunto culpable se encuentre, siguiendo el principio de *juzgar o dar a juzgar*, dado que la jurisdicción en materia de crímenes de guerra es de carácter universal. Corresponde entonces a cada Estado instrumentar los mecanismos jurídicos necesarios que vuelvan operativa esta norma.¹⁹³ Los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I de 1977 imponen a las Partes contratantes la obligación de dictar sanciones penales tendentes a reprimir las infracciones graves y a perseguir a sus autores.¹⁹⁴

Pero también es de destacar que los gobiernos tienen una responsabilidad colectiva en esta materia. Un gobierno que toma conocimiento de una violación grave cometida por otro, cumple con dicha responsabilidad instando al infractor a modificar o hacer cesar su conducta, a través de diversos actos tales como gestiones diplomáticas públicas o confidenciales, bilaterales o multilaterales; o bien apoyando la adopción de declaraciones o resoluciones de organismos internacionales universales o regionales. También puede

¹⁹¹ Ibídem.

¹⁹² González, F. (1993:16).

¹⁹³ Fraidenraij, S. (1998:13).

¹⁹⁴ Schindler, D. (1979).

recurrir a la utilización de los mecanismos internacionales de supervisión de los Derechos Humanos, ya sea de las Naciones Unidas o regionales. Otro modo de ejercer esta responsabilidad es dando cumplimiento a las decisiones del Consejo de Seguridad o las recomendaciones de la Asamblea General que contemplen, por ejemplo, la suspensión de la asistencia técnica o económica, de las relaciones diplomáticas, etc. También apoyando la labor del CICR, de los organismos de las Naciones Unidas o de otras organizaciones humanitarias.¹⁹⁵

Estas medidas jurídicamente lícitas, que se han nombrado a modo de ejemplo, pueden clasificarse en cuatro amplias categorías. La primera incluye *medidas para ejercer presión diplomática*. La segunda, *medidas coercitivas* que pueden tomar los Estados mismos. La tercera, acciones que pueden emprender los Estados en *cooperación con organizaciones internacionales*. La cuarta categoría es diferente a estas tres, porque no se refiere a medidas destinadas a restablecer el respeto del Derecho Internacional por un Estado que lo viola, sino más bien al aspecto de la obligación de hacerlo respetar, que impone a los Estados el deber, al menos moral, de contribuir a las acciones asistenciales que se emprendan de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario. En este caso, deben considerarse estas medidas como *contribuciones a los esfuerzos humanitarios*.¹⁹⁶

Las medidas para ejercer presión diplomática pueden ser, por ejemplo: enérgicas y repetidas protestas por el mayor número posible de Partes a los embajadores que representan al Estado en cuestión en los respectivos países y, a la inversa, por los representantes de esas Partes acreditados ante el Gobierno de dicho Estado; denuncia pública, efectuada por una o más Partes o una organización zonal especialmente influyente, de la violación del Derecho Internacional Humanitario¹⁹⁷; presión diplomática sobre el autor de la violación por medio de intermediarios¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Fraidenraij, S. (1998:13).

¹⁹⁶ Palwankar, U. (1994).

¹⁹⁷ Un ejemplo concreto y verídico, sería la declaración hecha por los Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad, el 20 de diciembre de 1990, referente a la deportación de personas civiles palestinas de los territorios ocupados, que se encuentra transcrita en Ibídem, “Consideramos que dichas deportaciones son una violación del IV Convenio de Ginebra...Instamos encarecidamente al Gobierno de Israel a que suspenda, inmediata y permanentemente, las deportaciones, y a que observe todas las disposiciones del IV Convenio de Ginebra en todos los territorios que mantiene ocupados desde el 5 de junio de 1967”.

¹⁹⁸ En Ibídem, se señala como ejemplo concreto y real “las medidas que tomó Suiza para persuadir a la URSS, a China y a Francia a ejercer presión sobre los Estados árabes en el asunto de Zerka, cuando tres aviones civiles fueron secuestrados, el año, 1979, por movimientos palestinos”.

Como posibles medidas de coerción, podemos nombrar: expulsión de diplomáticos¹⁹⁹; ruptura de las relaciones diplomáticas²⁰⁰; interrupción de negociaciones diplomáticas en curso o negativa a ratificar acuerdos ya firmados²⁰¹; no renovación de privilegios o acuerdos comerciales²⁰²; reducción o suspensión de la ayuda pública al Estado en cuestión²⁰³; restricción o prohibición del comercio de armas, de transferencia de tecnología militar y de cooperación científica²⁰⁴; restricciones de las exportaciones o de las importaciones del Estado que comete las violaciones, o bien, una prohibición total de las relaciones comerciales²⁰⁵; prohibición de inversiones²⁰⁶; entre otras.

También, existen acciones que se pueden emprender en conjunto con organizaciones internacionales, especialmente los concernidos por los Derechos Humanos, por ejemplo la Comisión Europea, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, y la Organización de las Naciones Unidas. Ello se reconoce implícitamente en el artículo 89 del Protocolo Adicional I: “En situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

¹⁹⁹ *Ibidem*, menciona como ejemplo concreto el asunto de los rehenes en la Embajada de Estados Unidos en Teherán (1979 – 1980),” Estados Unidos expulsó a algunos miembros del personal diplomático iraní residentes en Washington.”

²⁰⁰ *Ibidem*, en el asunto de los rehenes en la Embajada de Estados Unidos en Teherán (1979 – 1980), Estados Unidos, poco después, de expulsar a algunos miembros del personal diplomático iraní residentes en Washington, “rompió las relaciones diplomáticas con Irán”.

²⁰¹ *Ibidem*, señala como ejemplo concreto y verídico el siguiente: “Tras la invasión de Afganistán (1979), el Senado estadounidense se negó a examinar los acuerdos SALT II, firmados por la URSS y los Estados Unidos”.

²⁰² *Ibidem*, “Estados Unidos decidió, en 1981, no renovar su acuerdo marítimo bilateral con la URSS, e introdujo, a partir de 1982, restricciones a la admisión de embarcaciones de la URSS en puertos estadounidenses, tras la represión en Polonia”.

²⁰³ *Ibidem*, “Como reacción ante la matanza que perpetró la milicia y otras violaciones de los derechos humanos en Surinam, los Países Bajos suspendieron, en diciembre de 1982, la aplicación de un programa de ayuda, de una duración de 10 a 15 años, a favor de esos país”.

²⁰⁴ *Ibidem*, “La Comunidad Europea tomó, el 4 de agosto de 1990, una serie de decisiones contra Irak, que incluía, entre otras, un embargo sobre la venta de armas y otro material militar, así como la suspensión de toda cooperación técnica y científica”.

²⁰⁵ *Ibidem*, “Tras la invasión de Afganistán (1979, Estados Unidos decretó un embargo sobre los cereales contra la URSS; durante el conflicto de las Malvinas (1982), la Comunidad Europea impuso una prohibición total a las importaciones de Argentina; Estados Unidos suspendió, en 1978, las relaciones comerciales con Uganda como respuesta a las violaciones de los derechos humanos”.

²⁰⁶ *Ibidem*, “Francia impuso, en 1985, una prohibición sobre todas las nuevas inversiones en Sudáfrica, tras una intensificación de la represión relacionada con el apartheid”.

Las acciones que contribuyen a esfuerzos humanitarios pueden adoptar la forma sea de apoyo (financiero o material a organizaciones permanentes, como el CICR) a organizaciones implicadas en la asistencia humanitaria sea de acción práctica para facilitar dicha asistencia, por ejemplo, los Estados de la zona concernida pueden poner a disposición sus infraestructuras logísticas (aeropuertos, puertos, redes de telecomunicación) y médicas (hospitales, personal).²⁰⁷

Finalmente, cabe mencionar que, hay otros medios de aplicación que pueden ser, a la vez, preventivos, de control o de represión; estos últimos dimanar principalmente de la obligación que los Estados tienen de hacer respetar el Derecho Humanitario. Son: procedimiento de encuesta; Comisión Internacional de Encuesta; procedimientos de examen relativos a la aplicación y a la interpretación de las disposiciones del derecho; cooperación con las Naciones Unidas. Asimismo, los esfuerzos desplegados por la diplomacia y la presión de los medios de información y de la opinión pública también contribuyen a la aplicación del Derecho Humanitario.

7. Conclusiones

a) El Derecho Humanitario es un conjunto de normas -plasmadas en la costumbre, en principios generales, o en acuerdos internacionales- destinadas a resolver los problemas humanitarios derivados directamente de los conflictos armados, cuyo propósito es proteger a las personas y a los bienes que se ven –o pueden verse- afectados por un conflicto armado y limitar el derecho de las partes en conflicto a elegir los medios y métodos de guerra. De este modo garantizan el respeto a la persona humana y su pleno desarrollo en todos los órdenes.

b) El objeto del Derecho Internacional Humanitario es reglamentar los conflictos armados, sean o no internacionales. Y de esta forma, la comunidad internacional, a través de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, pretende mitigar los horrores de la guerra, sometiendo al dominio de las leyes una situación de violencia actual.

²⁰⁷ Idem, p. 19.

c) El Derecho Humanitario existe como derecho consuetudinario desde el siglo XVI, recién en el siglo XIX surge como derecho convencional, siendo fundamental en la discusión y creación de acuerdos internacionales la Cruz Roja Internacional.

Los tratados fundamentales del Derecho Internacional Humanitario son los cuatro Convenios de Ginebra, pues se refieren a la protección de la persona humana, contra los abusos de la fuerza. De esta forma, estos Convenios tienen una estrecha vinculación con los tratados de Derechos Humanos, haciéndose complementarios, con relación a la protección de la persona en los conflictos armados. De hecho en todo conflicto armado, las legislaciones internas de los Estados permiten restringir o limitar el ejercicio de ciertos derechos, siendo muchas veces más amplia la protección que otorgan los Convenios de Ginebra en la materia.

d) Los Convenios de Ginebra son primordiales en cuanto son la expresión de los principios fundamentales que inspiran las obras humanitarias, lo cual facilita elementos de interpretación para permitir la aplicación de las reglas a cualquier situación nueva e imprevista, regulando y permitiendo la asistencia humanitaria.

Así, los principios representan el mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en toda circunstancia, válido incluso para los Estados que no sean partes en los Convenios, dado que expresan la costumbre de los pueblos.

Capítulo II

Recepción del Derecho Humanitario

1. Generalidades

La recepción del Derecho Humanitario, es decir, su introducción en el ordenamiento jurídico chileno, es preciso situarla en un marco más amplio, el de las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos, de forma que sea posible la aplicación *in concreto* del Derecho Humanitario en un ordenamiento jurídico en particular.

Así pues, más allá de los problemas específicos que suscita la recepción del Derecho Humanitario en Chile, la cuestión se halla enmarcada dentro del amplio debate doctrinal sobre la unidad y pluralidad de ordenamientos jurídicos, sobre las relaciones intersistemáticas y sobre las posibles consecuencias que genera el Derecho Internacional en los derechos internos.

De esta forma, con el objeto de contextualizar la recepción del Derecho Humanitario a continuación se realiza una síntesis del debate doctrinal que ha provocado en la comunidad internacional las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos, problema clásico del Derecho Internacional moderno. Asimismo, se hará una breve referencia a la recepción en sentido estricto, es decir, a las diferentes técnicas que permiten la introducción del Derecho Internacional en el derecho interno, que sirven para que las normas jurídicas internacionales pasen a formar parte de los ordenamientos jurídicos internos; ejemplificando las distintas técnicas en las situaciones particulares que se pueden encontrar en Derecho Comparado. Posteriormente, luego de haber desarrollado el contexto, se tratará de la evolución en Chile a este respecto, haciendo hincapié en el caso del Derecho Humanitario, como tipo específico de norma jurídica internacional.

2. Relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos

En las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional se estudia el tema de la independencia o interconexión entre ambos sistemas jurídicos, distinguiéndose

un intenso y ya antiguo debate académico que ha dividido a la doctrina en dos posiciones confrontadas: *dualismo* y *monismo*.

2.1 Doctrina dualista o pluralista

Cronológicamente, la más antigua postura es la *dualista o pluralista*²⁰⁸ que, enunciada por el jurista alemán Triepel a fines del siglo XIX, y complementada por el italiano Anzilotti, considera que el Derecho Internacional y el derecho interno son dos órdenes jurídicos diferentes, ordenamientos jurídicos paralelos, absolutamente separados el uno del otro, que poseen no sólo fundamentos de validez, sino también destinatarios y tribunales diferentes. Así, las normas internacionales tienen sus propias fuentes, diferentes a las del derecho de los Estados: el Derecho Internacional emana del acuerdo entre Estados, el derecho interno deriva de la voluntad exclusiva de un Estado; los sujetos a los cuales ellas se dirigen son diferentes: en el uno, a los Estados; en el otro, a los individuos, únicos receptores y destinatarios del derecho interno; sus tribunales son diferentes: en el primer caso éstos se constituyen luego de creado el conflicto y funcionan mientras éste exista; en el segundo caso, los entes juzgadores existen con antelación y funcionan ordinariamente.

De ello extraen los creadores que existen en la práctica dos sistemas jurídicos distintos, que funcionan en dos planos diferentes: externo e interno de los Estados. Por ello, ambos no pueden jamás entrar en conflicto, pues existen como dos líneas paralelas que jamás llegarán a tocarse.

Formulada la doctrina en pleno auge del concepto de soberanía, lleva a Triepel a señalar que frente al derecho interno, si existe otra fuente diferente a éste, “puesto que no existe un Estado mundial por encima de los Estados soberanos, no puede ser una fuente jurídica estatal y, por ello, tal fuente diferirá del derecho interno en la naturaleza de las relaciones reguladas, ya que si ambos derivan de “fuentes distintas han de tener un contenido diferente”... Derecho Internacional y derecho interno no sólo son partes diferentes del Derecho, sino sistemas jurídicos diferentes. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca”.²⁰⁹

²⁰⁸ Algunos autores prefieren hablar de *teorías pluralistas*, a la vista de la pluralidad de ordenamientos nacionales; se puede considerar ambos rótulos como descriptivos de una misma posición doctrinal.

²⁰⁹ Verdross, Alfred: *Derecho Internacional Público* (Madrid, Editorial Aguilar, 1976, 6ª edición) p. 95.

La oposición por razones de las fuentes y del contenido entre el derecho interno y el Derecho Internacional, calificada como dualismo o pluralismo, hace convivir al Derecho Internacional con tantos ordenamientos jurídicos como Estados existan en las relaciones internacionales.²¹⁰

En la actualidad, atendiendo el desarrollo del Derecho Internacional, esta posición dualista parece insostenible, aunque en muchas ocasiones informa ampliamente determinadas Constituciones de los Estados, entre otras, la chilena de 1925 y la posterior de 1980.²¹¹

2.2 Doctrina monista o unitaria

A la teoría dualista se le opone posteriormente –a principios del siglo XX- la doctrina *monista*, expuesta especialmente por el jurista vienés Hans Kelsen.

El *monismo jurídico* concibe las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos no como las relaciones de dos ordenamientos jurídicos diferentes y separados, sino formando parte de un único ordenamiento. Bajo el presupuesto de la unidad del derecho, se propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente. La unidad implica que las normas se hallan subordinadas una a otras, formando un solo ordenamiento jurídico; ello excluye la posibilidad de plantearse el problema de la aplicación directa ya que el Derecho Internacional integraría, sin más, el orden jurídico estadual.

De esta forma, las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno han de ser de subordinación, de manera tal que se pueden plantear dos hipótesis jurídicas: el derecho interno prima sobre el Derecho Internacional o a la inversa. Así, en doctrina se distingue entre *Monismo con primacía del derecho interno* o *Tendencia nacionalista*²¹² y *Monismo con primacía del Derecho Internacional* o *Tendencia internacionalista*.

²¹⁰ Nogueira Alcalá, Humberto: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 43, septiembre – diciembre 1995 (Bilbao, Boon S.A., 1995) p. 129.

²¹¹ Gaete González, Eugenio Alberto: “Derecho Internacional y derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, nºs 2 y 3, tomo I, 1996 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996) p. 263.

²¹² De acuerdo a la opinión del profesor Llanos Mansilla, Hugo: *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977) p. 398, esta teoría es “sólo un seudomonismo, por cuanto

La primacía del derecho interno sobre el Derecho Internacional está basada en la teoría de la autolimitación del Estado y en el reconocimiento del Derecho Internacional por el Estado: “El Derecho Internacional en definitiva deriva de la legislación interna de los Estados, pues resulta de acuerdos de los Estados Partes. Por la ausencia de autoridad superestatal, cada Estado determina libremente cuáles son sus obligaciones internacionales y es, en principio, juez único de la forma de ejecutarlas.”²¹³

La primacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno se explica porque el Derecho Internacional regula las relaciones entre Estados jurídicamente iguales, y en él existen normas que tienen una existencia objetiva²¹⁴, independiente de la voluntad de los Estados: “Es el derecho interno el que deriva del Derecho Internacional, ya que este último es concebido como un orden jurídico jerárquicamente superior. El derecho interno, siguiendo la fórmula kelseniana, es una derivación o delegación del Derecho Internacional”.²¹⁵

Existen dos vertientes dentro de la doctrina monista, a saber: *monismo radical o extremo* expuesto por Kelsen, y un *monismo moderado o estructurado* desarrollado por Verdross y Kunz.

Para Hans Kelsen, el derecho nacional y el Derecho Internacional no constituyen dos derechos independientes, sino uno solo, siendo ello posible únicamente a condición de que el fundamento de validez de ambos fuese común. Así se explica que, en principio, toda norma estatal contraria al Derecho Internacional es nula: “si se considera al Estado como obligado por Derecho Internacional a llevar a cabo un acto de contenido determinado y no lleva a cabo éste, sino otro de contenido opuesto o se abstiene de llevarlo a cabo, este acto o esta abstención son jurídicamente nulos, inexistentes sin más...”.²¹⁶ En resumen, no es

en caso de conflicto prima siempre el derecho de los Estados, con lo cual la aplicación se transforma en dualista”.

²¹³ Rousseau, Charles: *Derecho Internacional Público* (Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, 3ª edición) p. 13.

²¹⁴ Conforme a Hernández, Ángel: *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación. Su recepción en el ordenamiento jurídico español* (Madrid, Tecnos, 1997) pp. 71 y 72, el carácter objetivo del Derecho Internacional frente a los Estados “no consiste sólo en una objetividad formal, sino que implica a la vez que tiene una fuente propia, diferente a la del derecho interno. Esto conlleva a la necesidad de abandonar la teoría del reconocimiento del Derecho Internacional, ya que éste es objetivamente válido”.

²¹⁵ Rousseau, Ch. (1966:14).

²¹⁶ Kelsen, Hans: *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts*, 1920, citado por Verdross, A. (1976:96).

posible que exista un derecho interno que se oponga al Derecho Internacional, pues en caso de conflicto el derecho interno adolecería *ipso facto* de nulidad.

Para Verdross, en cambio, siempre existe la posibilidad de conflicto entre el Derecho Internacional y el Derecho de los Estados, pero ellos son solucionables en virtud de la unidad del sistema jurídico, sobre la base de la primacía del Derecho Internacional. En efecto, ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico – internacional invocando su derecho interno. De ahí que los órganos internacionales competentes puedan imponer al Estado que promulgó una ley opuesta al Derecho Internacional que proceda a su derogación o, por lo menos, a su no aplicación.²¹⁷ De esta forma, la primacía del Derecho Internacional que sostiene no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, pero ante el Derecho Internacional tienen la consideración de meros hechos, que pueden ser conformes o contrarios al Derecho Internacional y, en el caso de que sean contrarios a este último, dan lugar a una responsabilidad del Estado que las estableció.²¹⁸

Kunz, por su parte, precisa que en el Derecho Internacional general vigente no hay un procedimiento para invalidar una norma del Derecho Nacional que esté en contradicción con una norma del Derecho Internacional Supraordenado. Pero esta violación constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y le expone a las sanciones del Derecho Internacional general.²¹⁹

2.3 Conclusiones

El debate inacabable y aún sin resolver entre las teorías modernas antagónicas es un reflejo de sus insuficiencias tanto teóricas como prácticas. Las diferencias entre el monismo y el dualismo son teóricas, conceptuales, y no parecen haber inspirado divergencias significativas en la aplicación del Derecho Internacional en los Estados.

De este modo, la práctica internacional no confirma ni al dualismo ni al monismo sino que más bien desmiente a ambos. El Derecho Internacional no ha asumido ni una posición dualista ni monista; a su vez no ha establecido una norma común acerca de la

²¹⁷ Idem, p. 97.

²¹⁸ Verdross, Alfred: *Droit international public et Droit interne* 1952, pp. 219 – 230, citado por Nogueira, H. (1995:129 y 130).

forma de hacer imperativa en el derecho interno la norma emanada del Derecho Internacional, dejando esto a la normativa doméstica de cada Estado.

Así, la relación entre ambos ordenamientos es, fundamentalmente, una cuestión de cada Estado, de cada derecho estatal concreto, más que del sistema político internacional.

El Derecho Internacional se limita a establecer que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales, pero no entra a reglamentar la manera en cómo aquéllos introducen la norma a su esfera jurídica propia.²²⁰

Al Derecho Internacional le resulta indiferente el medio, pero no el resultado: la falta de adaptación de la legislación interna a las obligaciones internacionales cuando ello es necesario para su aplicación genera responsabilidad internacional del Estado.

3. Recepción del Derecho Internacional en los derechos internos

Ya examinadas someramente las distintas interpretaciones de las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos internos, se analiza a continuación las distintas técnicas jurídicas que hacen posible la introducción de las normas internacionales en los ordenamientos jurídicos internos, con el fin de hacer posteriormente posible su aplicación.

La *recepción*, en sentido amplio, es el proceso de introducción del Derecho Internacional en el derecho interno, de publicación interna de las normas internacionales, si es necesario, de relaciones con las demás normas del sistema jurídico interno, eventualmente de ejecución normativa, y de aplicación de las normas internacionales por los órganos internos. La recepción consiste en la incorporación de las normas internacionales y en la adaptación técnica del derecho interno al Derecho Internacional. La recepción permite que el Derecho Internacional tenga consecuencias jurídicas en el ámbito interno de los Estados, es decir, que sea aplicable en los ordenamientos jurídicos internos. La eficacia del orden jurídico internacional depende de su aplicación en los órdenes

²¹⁹ Kunz: *II Teoría del Derecho Internacional* (La Habana, Academia de Derecho Comparado e Internacional, 1954) p. 631, citado por Nogueira, H. (1995:130).

²²⁰ Riveros Marín, Edgardo: “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno. Notas sobre el caso chileno” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, n°s 2 y 3, tomo I, 1996 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996) p. 407.

internos, ya que el Derecho Internacional es un derecho incompleto que necesita del derecho interno para funcionar.²²¹

Para facilitar la aplicación de las normas jurídicas internacionales en el plano interno puede ser conveniente que ellas sean introducidas, en alguna forma, en el ordenamiento jurídico interno.²²²

En principio pertenece al sistema jurídico de cada Estado prever los medios más apropiados para asegurar la aplicación del Derecho Internacional en el ámbito nacional. Cada derecho interno es el encargado de aplicar el Derecho Internacional en su ámbito de validez territorial y goza para ello de total libertad a la hora de determinar los medios que van a hacer posible tal aplicación.²²³ Por tanto, la aplicación depende de la legislación -sea de rango constitucional o de rango ordinario- o de la práctica judicial y administrativa, que el derecho interno de cada Estado haga de la recepción.

Los Estados pueden disponer la directa aplicación de las normas internacionales, o bien, establecer que las normas internacionales deben ser incorporadas a través de disposiciones de derecho interno que operen la transformación de las normas internacionales en normas internas.

En ese sentido, para regular la aplicación del Derecho Internacional Público en la puesta en práctica interna de los Estados, ha surgido distintos mecanismo para su ejecución. Generalmente dichos sistemas están sujetos al arbitrio de los Estados y establecidos en sus Cartas Magnas, las cuales, además determinan la jerarquía dada a las normas internacionales por ellas.²²⁴

3.1 Recepción automática o general

La doctrina monista establece la incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno.²²⁵ Afirma Kelsen, una norma de Derecho Internacional puede ser automáticamente aplicable en el plano interno si se basta a sí misma.²²⁶

²²¹ Hernández, Á. (1997:79 y 80).

²²² Benadava, Santiago: *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, 2ª edición) p. 66.

²²³ Rodrigo Hernández, A. (1997:80).

²²⁴ Gaete, E. (1996:264).

²²⁵ Nogueira, H. (1995:130).

La *recepción automática o adopción* consiste en la integración de las normas jurídicas internacionales en el derecho interno sin necesidad de ninguna medida legislativa interna particular, como normas internacionales sin modificar su contenido. Así, las normas internacionales se integran en los ordenamientos internos en calidad de normas internacionales desde el momento mismo de su creación en el ordenamiento jurídico internacional, salvo que el Derecho Constitucional de cada Estado disponga su incorporación en otro momento.²²⁷

La doctrina de la incorporación automática tuvo su origen en Inglaterra, en el siglo XVIII, al afirmarse que el derecho de gentes en toda su extensión es y forma parte del derecho de Inglaterra. Luego, esta doctrina ha ejercido gran influencia en muchos Estados, especialmente en aquellos herederos del imperio británico.²²⁸

De este modo, el Derecho Internacional pasa a formar parte integrante del Derecho del Estado, *ipso facto*, y sin que sea necesario que se encuentre dotada de un mecanismo especial. Ello evita que el Derecho Internacional requiera de prueba dentro del Derecho interno y rige *in actum*.²²⁹

Las normas internacionales se pueden introducir en los ordenamientos internos sin necesidad de regulación interna alguna; tales normas se incorporan mediante un mecanismo general y permanente cuyo fundamento es una *costumbre judicial*.²³⁰

Un segundo procedimiento de adopción es el que permite la introducción de las normas internacionales por medio de un mecanismo general y permanente que tiene *regulación constitucional expresa*.²³¹

Un tercer procedimiento de recepción automática consiste en la introducción del Derecho Internacional en el derecho interno con la exigencia constitucional de la *previa publicación interna* de las normas internacionales; una publicación que tienen valor declarativo, que no cambia el carácter de normas internacionales de tales normas y que es una condición de eficacia, un requisito para su aplicación por los órganos internos.²³²

²²⁶ Benadava, S. (1982:64).

²²⁷ Rodrigo Hernández, A. (1997:81).

²²⁸ Gaete, E. (1996:262).

²²⁹ Idem, p. 266.

²³⁰ Rodrigo Hernández, A. (1997:81).

²³¹ Ibídem.

²³² Idem, p. 82.

Ya Kelsen, señalaba que si bien una norma de Derecho Internacional fuese automáticamente aplicable en el derecho interno por bastarse a sí misma, en algunos casos el derecho del Estado puede requerir que tal aplicación sea precedida de un acto interno de implementación, como la publicación de un tratado. Pero afirma “un acto interno de implementación no es un acto de transformación”. La transformación de una norma internacional en una norma interna sólo es necesaria cuando el derecho nacional prescriba que los órganos judiciales y administrativos del Estado sólo pueden aplicar normas internas y no reglas internacionales.²³³

Esta modalidad de recepción automática se caracteriza porque las normas internacionales son introducidas en el ordenamiento jurídico interno en calidad de tales, y son obligatorias para todos los órganos del Estado y para los particulares. La formalidad de su publicación interna en nada afecta la validez de los tratados, a su carácter de normas internacionales, ni supone transformación alguna en normas internas.²³⁴

La introducción de las normas internacionales en los derechos internos por medio del método de la recepción automática, al permitir que tales normas conserven en los ordenamientos internos dicho carácter, incide en las relaciones entre ambos tipos de normas y su interpretación. Las normas internacionales gozan en los derechos internos, al menos, de primacía indirecta respecto a las normas internas por medio de la institución de la responsabilidad internacional del Estado si éste la incumple o aplica una norma estatal contraria a una internacional. Además, las normas de Derecho Internacional incorporadas de forma automática y en calidad de normas internacionales han de ser interpretadas de acuerdo con las normas generales de interpretación existentes en el ordenamiento jurídico internacional.²³⁵

3.2 Recepción especial o transformación

Por su parte, los dualistas sostienen que las normas de Derecho Internacional no son parte del derecho de un Estado, ni aplicables directamente dentro del mismo; para que el contenido de una norma internacional pueda tener aplicación dentro de un Estado es

²³³ Benadava, S. (1982:64).

²³⁴ Rodrigo Hernández, A. (1997:107).

²³⁵ Idem, p. 82.

necesario que ella se transforme en norma interna que admita o incorpore la norma internacional a su ordenamiento jurídico.²³⁶

En otras palabras, las normas jurídicas internacionales son irrelevantes en derecho interno y precisan de un acto especial de recepción para que puedan ser aplicadas en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.²³⁷ Una norma internacional no puede ser directamente obligatoria ni aplicable en el orden jurídico interno, ni forma parte del ordenamiento jurídico de un Estado; un Estado no puede invocar válidamente una norma de derecho interno en el marco de un litigio entre Estados, como tampoco puede beneficiarse de una norma de Derecho Internacional ante una jurisdicción nacional.²³⁸

La *transformación* es una técnica de recepción de las normas internacionales en los ordenamientos internos en los casos en que expresamente está exigido y regulado por el Derecho Constitucional. Consiste en la incorporación de las normas internacionales mediante la creación en el derecho interno de una norma idéntica a la norma internacional o de una norma que desarrolle y complete la norma internacional, es decir, en la integración en el ordenamiento jurídico interno por medio de una medida legislativa particular. De esta forma la transformación no sólo incorpora las normas internacionales en los derechos internos, sino que es un acto creador de una nueva norma.²³⁹

Así, este método de incorporación del Derecho Internacional, cuidando la soberanía del Estado, trata de cambiar el destinatario de la norma; ya no será el Estado, sino los ciudadanos del mismo, por haberse transformado la disposición imperativa en una de orden interno.²⁴⁰

Desde un punto de vista teórico, las Constituciones adherentes a la doctrina dualista requieren, para otorgar validez al tratado desde un punto de vista interno, de un sistema de transformación de la norma, y así ésta, de disposición convencional internacional, pasará a ser simplemente una norma legal.²⁴¹

²³⁶ Benadava, S. (1982:63).

²³⁷ Carrillo Salcedo, Juan Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público* (Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1991) p. 149.

²³⁸ Orrego Bauza, Francisco: *Los tratados internacionales en la Constitución Política de 1980* (Santiago, Memoria Pontificia Universidad Católica de Chile, 1991) pp. 28 y 29.

²³⁹ Rodrigo Hernández, A. (1997:82 y 83).

²⁴⁰ Gaete, E. (1996:263).

²⁴¹ Idem, p. 270.

De esta forma, un acto de derecho interno *transforma* el tratado internacional, cambiando en cierto modo su naturaleza, al hacerlo un elemento de la legislación interna.²⁴² Es la norma interna la que da origen a la aplicabilidad de la norma internacional, y no es ésta última la que se aplicaría por derecho propio.²⁴³

Ahora bien, la transformación del Derecho Internacional en derecho interno puede instrumentalizarse por medio de varios procedimientos, pues la norma internacional particular debe ser aplicada internamente dentro del Estado, para lo cual éste debe legalizar o reglamentar tal acto.²⁴⁴

El primero consiste en la utilización del procedimiento interno normal de producción jurídica a través del cual se reformula la norma internacional en una norma interna idéntica y paralela a aquella, o bien tal norma internacional se reformula y desarrolla normativamente en una nueva norma interna cuando el carácter normativo de dicha norma internacional (aquellas normas que no son directamente aplicables) lo exija para su aplicación.²⁴⁵

En palabras más sencillas, un acto interno -ley o reglamento- reproduce las estipulaciones del tratado en su totalidad o sólo en parte. En este caso, las estipulaciones reproducidas pasan a ser simple y llanamente disposiciones legislativas o reglamentarias internas. Por lo tanto, se aplican a partir de la entrada en vigor de la ley o reglamento que las contienen y reproduce, no en cuanto a estipulación internacional sino en cuanto a disposiciones internas. Es la manera más simple de transformar el tratado en un elemento del derecho interno. Así, no se aplicará el tratado si no la ley que reproduce la sustancia del tratado.²⁴⁶

El segundo procedimiento de integración del Derecho Internacional en el derecho interno mediante su transformación es la *orden de ejecución*. Ésta es un acto jurídico, un acto de naturaleza legislativa, mediante el cual se ordena la ejecución de una norma internacional que se reproduce entera como anexo.²⁴⁷

²⁴² Orrego, F. (1991:71).

²⁴³ Idem, p. 29.

²⁴⁴ Gaete, E. (1996:266).

²⁴⁵ Rodrigo Hernández, A. (1997:83).

²⁴⁶ Orrego, F. (1991:71).

²⁴⁷ Rodrigo Hernández, A. (1997:83).

Esta segunda técnica se aleja levemente de la teoría dualista, a diferencia del mecanismo anterior, no se reproduce el tratado como ley, sino que una ley declara que un tratado es aplicable en general en el derecho interno, publicando el texto del tratado simplemente como un anexo de la ley. De esta forma, el tratado se hace aplicable sólo por la referencia que se hace ahí en la ley, por tanto el tratado no es aplicable por sí mismo. La leve diferencia existente entre ambos mecanismos, tienen importancia con relación a la naturaleza jurídica del tratado, pues en este segundo caso, el tratado no pierde el carácter de tal.

4. Recepción del Derecho Internacional en Derecho Comparado

Tanto en este acápite como en el siguiente nos referimos a la incorporación del Derecho Internacional en los ordenamientos jurídicos internos, dividiéndolo en derecho consuetudinario y convencional, pues tanto en Derecho Comparado como en Chile, el mecanismo varía dependiendo de qué tipo de derecho se trate.

Debido a que es común que los autores den distintas interpretaciones a lo que significa consuetudinario y qué es convencional, y aunque quizá a nosotros nos pareciera obvio, creemos oportuno aclarar qué se entenderá por cada concepto en este estudio. Nos referimos a *Derecho Internacional consuetudinario* como sinónimo de Derecho Internacional común o general, incluyendo la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Mientras *que Derecho Internacional convencional* es usado para referirse a todo acuerdo de voluntades entre Estados, lo que normalmente se conoce como tratados, convenciones o acuerdos internacionales.

Ahora bien, respecto a la incorporación del Derecho Internacional al ámbito interno, es el derecho interno particular el que establece los modos y cauces de la relación entre ambos derechos. Y los modos de esa relación dependen básicamente de la Constitución de cada Estado.

Así, se trata de presentar por vía paradigmática las soluciones constitucionales de algunos Estados que por su influencia en general, nos puedan orientar mejor en el conocimiento de este aspecto de nuestro Derecho Constitucional, así como también nos

proporcionen una mayor información sobre esta parte importante de la Teoría del Derecho Internacional Público.

De esta forma, el Derecho Comparado nos muestra que no existe una solución única. Una primera diferencia surge de la forma de incorporar el derecho consuetudinario y el convencional. En efecto, mientras la fórmula más arraigada respecto a la incorporación del Derecho Internacional general es la de la automaticidad, en el caso del Derecho Internacional convencional²⁴⁸ no existe unanimidad al respecto, coexistiendo incorporación automática y transformación, como mecanismos de recepción del Derecho Internacional en el derecho interno.

4.1 Gran Bretaña

A) Derecho internacional consuetudinario

Gran Bretaña y Estados Unidos pueden ser paradigma para el extenso mundo de tradición jurídica anglosajona. La posición de apertura de estos Derechos hacia el Derecho Internacional se explica bien desde la influencia decisiva que ellos han tenido en la formulación de muchas reglas jurídico internacionales. Puesto que en todos estos países una parte importante de su Derecho nacional no es derecho escrito (statute law) sino derecho consuetudinario (common law) el mundo jurídico anglosajón enfrenta de un modo particular sus relaciones con el Derecho Internacional general.

De esta forma, en Inglaterra no existe disposición legal escrita que establezca la recepción global del *Derecho Internacional consuetudinario* en el derecho inglés. Sin embargo, señala Oppenheim que el common law considera que todas las reglas de Derecho Internacional consuetudinario que son universalmente reconocidas, o que en todo caso, han recibido el asentimiento del país son *per se* parte del derecho interno.²⁴⁹ De esta forma el *Derecho Internacional consuetudinario* se incorpora al igual que en Estados Unidos por *recepción* automática a través de la *costumbre judicial*.

²⁴⁸ Riveros, E. (1996:407).

²⁴⁹ Benadava, S. (1982:68).

Aún hoy es válida en Inglaterra la doctrina del common law expuesta por Blackstone en aquella concisa y admirable frase: “el derecho de gentes forma parte del derecho nacional”. Los tribunales la han aplicado reiteradamente y nunca ha sido negado por los jueces.²⁵⁰

El primer precedente que se conoce en este sentido es el pronunciamiento del Lord Chancellor Talbot en el caso *Barbuit* (1735) en el cual afirmó que “el derecho de gentes en toda su extensión es y forma parte del derecho de Inglaterra”.²⁵¹

El origen de esta doctrina, según la cual el derecho de gentes forma parte del common law inglés se encuentra en dos antiguas ideas: una según la cual el derecho de gentes era el derecho natural aplicado a las relaciones entre soberanos, y otra que considera al common law como un conjunto de principios fundados en la razón.²⁵²

Sin embargo, cabe precisar, que la doctrina de la incorporación tiene cabida respecto del Derecho Internacional consuetudinario, siempre y cuando no entre en conflicto con una ley o con un precedente judicial vinculante, pues de ser así, prevalecen estos últimos.²⁵³

B) Derecho internacional convencional

En cuanto al *Derecho internacional convencional* se utiliza el mecanismo de incorporación de *transformación*. Así, Gran Bretaña representa el país más cercano a la doctrina dualista clásica: los tratados obligatorios que forman parte del Derecho Internacional no forman parte del derecho nacional, a menos que así lo disponga el Poder Legislativo.²⁵⁴

En el Reino Unido, la facultad de concluir o ratificar tratados corresponde a la reina, que actúa siguiendo el consejo de sus ministros. El Parlamento no juega ningún papel en la conclusión o ratificación de tratados. En consecuencia, si los tratados se convirtieran automáticamente en parte del orden jurídico interno inglés, la Corona podría alterar el

²⁵⁰ Oppenheim, L.: *I Tratado de Derecho Internacional Público* (Barcelona, Bosch, 1966, 7ª edición) p. 40.

²⁵¹ Akehurst, Michael: *Introducción al Derecho Internacional* (Madrid, Alianza Editorial, 1972) p. 77.

²⁵² Benadava, S. (1982:69).

²⁵³ Interpretación de las palabras de Brownlie, Ian: *Principles of public international law* (Oxford, Clarendon Press, 1966) p. 39, “the dominant principle, normally characterized as the doctrine of incorporation, is that customary rules are to be considered part of the law and enforced as such, with the qualification that they are incorporated only so far as is not inconsistent with Acts of Parliament or prior judicial decisions of final authority”; En el mismo sentido *Vid.* Akehurst, M. (1972:78 y 79).

Derecho inglés sin el consentimiento del Parlamento²⁵⁵, lo que sería contrario al principio básico del Derecho Constitucional británico, que atribuye al Parlamento el monopolio del poder legislativo. Por ello, cuando un tratado ocasiona modificaciones en el derecho inglés, es necesario que el Parlamento adopte una ley para que el ordenamiento inglés se ajuste al tratado.²⁵⁶

De esta forma, un tratado produce efectos de Derecho Internacional cuando ha sido ratificado por la reina, pero no surte ningún efecto en derecho interno hasta que se haya adoptado por el Parlamento una ley dirigida a darle efecto.²⁵⁷

En resumen, en cuanto a la conclusión de acuerdos internacionales, la Corona inglesa conserva su libertad de acción. Pero si un tratado internacional modifica los derechos y deberes de los particulares, afecta a las cargas públicas y sistema impositivo o exige modificación del common law o del derecho escrito, la Corona necesita la previa aprobación parlamentaria antes de ratificarlo. Finalmente, en el caso de conflicto entre el contenido normativo de un tratado internacional y una ley posterior del Parlamento, prevalece ésta sobre aquél.

4.2 Estados Unidos

A) Derecho internacional consuetudinario

En Estados Unidos, el *Derecho internacional consuetudinario* se integra en el derecho americano de forma automática por la *costumbre judicial* condensada en el adagio *International Law is Part of the Law of the Land*.

De esta forma, en Estados Unidos, como país de tradición anglosajona, las reglas generales del Derecho Internacional forman parte del Derecho del país y en cuanto tales son aplicadas de oficio por los tribunales.

²⁵⁴ Oppenheim, L. (1966, t. I: 41).

²⁵⁵ Cfr. Brownlie, I. (1966:43 y 44), “if transformation doctrines were not applied, the Crown could legislate for the subject without parliamentary consent. As a consequence treaties are only part of English law if an enabling Act of Parliament has been passed. This rule applies to treaties which affect private rights or liabilities, result in a charge on public funds, or require modification of the common law or statute for their enforcement in the courts. The rule does not apply to treaties relating to the conduct of war or treaties of cession”.

²⁵⁶ Akehurst, M. (1972:75).

B) Derecho internacional convencional

Otro procedimiento de *recepción automática* es el que permite la introducción de las normas internacionales por medio de un mecanismo general y permanente que tiene *regulación constitucional expresa*. Así pues, a través de este mecanismo se incorpora el *Derecho internacional convencional* en Estados Unidos por obra del artículo 6.2 de la Constitución de 1787: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

La Corte Suprema norteamericana ha hecho una buena comprensión de este artículo, así queda de manifiesto en la sentencia *Foster versus Neilson* de 1829, donde se indica claramente que los tratados son directamente aplicables, sin que sea necesario que una legislación interna, adoptada por el Congreso, recoja nuevamente su contenido: “Un tratado es, por naturaleza, un contrato, no un acto legislativo. Equivale a una ley de la legislatura cada vez que produce sus efectos sin ayuda de ninguna disposición legislativa”.²⁵⁸

Por otra parte, la Constitución de los Estados Unidos dispone en su artículo 2.2 que “el Presidente tendrá el poder, con el asesoramiento y consentimiento del Senado, para hacer tratados, a condición de que sean aprobados por las dos terceras partes de los senadores presentes”. De esta forma, el poder legislativo participa en el proceso de ratificación, en forma tal que la ratificación se convierte en un acto legislativo y el tratado surte efectos simultáneamente en Derecho Internacional y en derecho interno. En otras palabras, los tratados ratificados, de acuerdo con la Constitución, se convierten automáticamente en parte del derecho interno de los Estados Unidos.²⁵⁹

A modo de resumen, cabe destacar lo que Oppenheim señala: “en los Estados Unidos, el principio según el cual el Derecho Internacional forma parte del Derecho

²⁵⁷ Idem, p. 76.

²⁵⁸ *I La Constitución de los Estados Unidos de América. Anotada con la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos* (Buenos Aires, Editorial Guillermo Fraile Ltda., 1949) p. 431, citado por Orrego, F. (1991:44).

Nacional ha sido admitido con claridad. El Derecho Internacional consuetudinario reconocido universalmente o que, en todo caso, ha obtenido el asentimiento de los Estados Unidos, así como todos los convenios internacionales ratificados por los Estados Unidos, tienen fuerza de obligar ante los tribunales americanos, incluso, si son opuestos a las leyes americanas anteriores, puesto que, con arreglo a la práctica de los Estados Unidos, el Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, predomina sobre el Derecho Interno anterior. Por otra parte las leyes americanas obligan a los tribunales de los Estados Unidos, incluso si están en pugna con el Derecho Internacional anterior establecido por la costumbre o por los convenios, porque una ley votada por el Congreso prevalece sobre la ley internacional anterior, aun cuando, en los casos dudosos, se presume que el Congreso no ha tenido la intención de anular el Derecho Internacional”.²⁶⁰

4.3 España

A) Derecho internacional consuetudinario

La Constitución española de 1978 carece de una disposición genérica que proclame de modo directo la vigencia de las normas de *Derecho internacional consuetudinario* en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, algunos artículos contienen referencias indirectas al Derecho internacional general: *in fine* el artículo 96, párrafo 1º: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”; y, sobre todo, el párrafo 2º del artículo 10, que se refiere no sólo a los tratados y acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por España sino, además, a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, lo que sin duda supone una remisión al Derecho Internacional general del que la Declaración forma parte integrante:²⁶¹ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la

²⁵⁹ Akehurst, M. (1972:76).

²⁶⁰ Oppenheim, L. (1966, t. I.:43).

²⁶¹ Carrillo, J. (1991:155).

Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.”

B) Derecho internacional convencional

La Carta española de 1978, en su Capítulo III (artículos 93 a 96) *De los Tratados Internacionales*, se refiere al proceso de conclusión de los tratados internacionales. De esta forma, los artículos 93, 94 y 95, se refieren a la forma de celebrarlos, las exigencias para ello, y qué ocurre en caso de que el contenido de las normas internacionales sea inconstitucional:

“Artículo 93: Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión;

Artículo 94:

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político,
- b) Tratados o convenios de carácter militar,
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I,
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública,
- e) Tratados o convenios que supongan modificaciones o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios;

Artículo 95:

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.

Por su parte, del artículo 96.1 de la Constitución española de 1978, se desprende que el *Derecho internacional convencional* se integra al derecho interno, a través de *recepción automática con exigencia de publicación interna previa*. El artículo 96, también trata del rango que tienen las normas internacionales, del mecanismo de derogación o modificación y de la denuncia: “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”.

Respecto a la *publicación*, el artículo 1.5 del Código Civil español dispone que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación interna en el Boletín Oficial del Estado”.

La lectura e interpretación de los artículos 96.1 de la Constitución y artículo 1.5 del Código Civil, ha abierto entre los españoles un debate doctrinal, reducido a una disputa teórica en términos de monismo y dualismo: Para los *dualistas*, entre ellos González Campos, la publicación opera "como condición esencial para la integración de esta normativa internacional en el orden interno". En esta perspectiva, la publicación se convierte de alguna forma en un acto constitutivo de aplicación del tratado; para los *monistas*, entre ellos Rodríguez Zapata²⁶², los tratados, "a pesar de ser normas perfectas y jurídicamente relevantes están sometidas a la condición suspensiva de su publicación en el

²⁶² Vid. Rodríguez Zapata, Jorge y otros: *I Derecho Político español según la Constitución de 1978. Constitución y fuentes del derecho* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1996) pp. 619 – 621.

Boletín Oficial del Estado. A la producción del evento condicionante subordina nuestro ordenamiento el despliegue de la plenitud de sus efectos jurídicos".²⁶³

En cuanto a la publicación, el derecho español exige que para que las normas contenidas en el tratado pasen a formar parte del ordenamiento jurídico interno, la publicación del texto íntegro del tratado. Ello envuelve la obligación del gobierno de publicar, junto con el texto íntegro del tratado, aquellos acuerdos *anexos* o *complementarios* del mismo. Por otra parte, se impone una publicación continuada en el Boletín Oficial del Estado de los actos posteriores a la entrada en vigor del tratado, con la finalidad de que el juez conozca, en cualquier momento, los Estados que son partes en el mismo, mediante comunicaciones periódicas.²⁶⁴

Respecto al momento y a la forma de efectuarse la publicación, se debe distinguir:

1. Aquellos tratados respecto de los cuales -según el artículo 93 de la Constitución- se exige la autorización de las Cortes Generales mediante Ley Orgánica, debería publicarse la ley de autorización adoptada por las Cortes, y una comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores indicando la fecha de entrada en vigor del tratado, insertándose el texto en el Boletín Oficial del Estado a continuación de la ley de autorización; 2. En los otros tratados, la publicación suele hacerse en la práctica interna posterior a la entrada en vigor de la Constitución, mediante la simple inserción en el Boletín Oficial del Estado del texto íntegro del tratado, junto con la comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores relativa a su entrada en vigor, procurando en lo posible que coincidan la entrada en vigor internacional e interna de los tratados.²⁶⁵

Así, un tratado no publicado, al no haberse incorporado aun al ordenamiento interno, no es aplicable a la ciudadanía, a la que no se puede exigir por tanto que cumpla con las obligaciones que del mismo se deriven para ella. Por el contrario, el tratado no publicado si puede producir otros efectos previos. Entre ellos la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios que pudiera haber irrogado a los

²⁶³Para más detalle, acerca de esta disputa, Vid. Sánchez Rodríguez, Luis: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español. Teoría y práctica* (Madrid, International Law Association, sección española, 1984) pp. 48 – 93.

²⁶⁴ Carrillo, J. (1991:114).

²⁶⁵ Idem, pp. 115 y 116.

particulares la falta de publicación. La publicación tardía o la publicación incompleta de un tratado también puede dar lugar a responsabilidad.²⁶⁶

4.4 Alemania

A) Derecho internacional consuetudinario

Tanto respecto de las normas internacionales consuetudinarias, como en el caso de las normas convencionales, la doctrina alemana se divide, interpretando los artículos de la Constitución alemana que se refieren al tema (25 y 59 de la Ley Fundamental de Bonn), según las inclinaciones monistas o dualistas de los autores. Sin embargo, analizando las normas, creemos que lo correcto sería afirmar que respecto al *Derecho Internacional consuetudinario*, el mecanismo es la *recepción automática*, mientras que el *Derecho Internacional convencional* se incorpora por vía de la *transformación*.

De esta forma, por el artículo 25 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, se incorpora el *Derecho Internacional consuetudinario* en Alemania, a través de un mecanismo de *recepción automática que tiene regulación constitucional expresa*: “Las reglas generales del Derecho Internacional forman parte integrante del Derecho Federal. Prevalecen sobre las leyes y hacen nacer derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.²⁶⁷

Por *reglas generales del Derecho Internacional*²⁶⁸, se entienden aquellas que hayan sido aceptadas como obligatorias por la mayoría de los Estados de la comunidad internacional, sin que sea necesaria una expresa aceptación por parte de Alemania; basta con que ésta no haya hecho oposición a dicha norma.

Las normas de Derecho Internacional sólo en algunos casos son evidentes; en muchos casos habrá que comenzar por determinar su existencia y alcance. La Ley Fundamental de Bonn encomienda esta tarea al Tribunal Constitucional Federal²⁶⁹: “Si en

²⁶⁶ Rodríguez, J. y otros (1996:621).

²⁶⁷ Vid. Rodrigo Hernández, A. (1997:81).

²⁶⁸ Para detalle acerca de la determinación de las reglas generales de Derecho Internacional Vid. Stern, Klaus: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987) pp. 820 a 827.

²⁶⁹ Para ver como ha decidido el Tribunal Constitucional Federal algunos casos Vid. Idem, pp. 831 – 836.

el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo, el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”.²⁷⁰

En general, el Tribunal Constitucional determina el carácter general de una regla de Derecho Internacional basándose en la generalidad de su fuerza de obligar, no sobre la base de la generalidad de su contenido. De este modo reglas generales de Derecho Internacional son aquellas que son aceptadas por la amplia mayoría de los Estados. No es absolutamente necesario que la República Federal Alemana se cuente dentro de dicha mayoría. Predominantemente se trata del Derecho Internacional consuetudinario de validez universal, completado por principios generales de derechos reconocidos.²⁷¹

El texto constitucional hace dos pronunciamientos básicos sobre estas normas: Las declara parte integrante del Derecho federal, y, además, afirma que crean derechos y deberes, de modo inmediato, en los habitantes del territorio de la Federación. Ninguno de estos dos importantes efectos está exigido por el Derecho internacional.

Por lo que a la *integración* respecta, se debate la significación y efecto integrador del artículo 25. Quienes mantienen todavía una *posición dualista*, interpretan al mencionado artículo en el sentido de la *transformación*; éste sería el acto estatal necesario, bien que de carácter general que haría de las normas generales del Derecho internacional reglas internas alemanas con todas sus consecuencias. El efecto sería el mismo que el del acto singular de transformación en la ley de ratificación de cada tratado internacional. Quienes mantienen una *posición monista* entienden el artículo 25 en el sentido de la teoría de la *incorporación o del acto de ejecución*²⁷². La norma internacional sigue conservando su propia naturaleza y en modo alguno sería una regla jurídica interna alemana.²⁷³

²⁷⁰ Artículo 100.2 de la Ley Fundamental de Bonn.

²⁷¹ Stern, K. (1987:823 y 824).

²⁷² En esta investigación se prefirió situar al *acto de ejecución* dentro de una modalidad del mecanismo de transformación, pues el tratado se hace aplicable sólo por la referencia que se hace de él en la ley; el tratado no es aplicable por sí mismo. Sin embargo, también se hizo hincapié de que esta modalidad se alejaba de la teoría dualista, pues el acto de ejecución no cambia la naturaleza jurídica de la norma internacional. Otros autores lo estudian como un tercer mecanismo de incorporación, ecléctico entre recepción automática y transformación: “la teoría de la ejecución exige un acto jurídico intraestatal para la incorporación de Derecho Internacional. Sin embargo, no transforma el Derecho Internacional; éste sigue siendo Derecho internacional nacional. El acto jurídico intraestatal tienen exclusivamente la función de una orden de ejecución, que da vía libre a la aplicación intraestatal del Derecho Internacional”. Idem, p. 811.

²⁷³ Para más detalle al respecto, Vid. Idem, p. 818.

Una postura sincrética, tiende a diferenciar: La incorporación de las reglas generales del Derecho Internacional al sistema jurídico interno alemán es automática y despliega en él sus efectos de vincular a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, la capacidad de generar derechos y deberes individuales, no depende ya del texto constitucional, sino de la idoneidad de la propia regla internacional. La integración o validez o vigencia es condición necesaria, pero no suficiente para la aplicación de una norma general internacional.

Por otra parte, el artículo 25 de la Ley Federal de Bonn precisa el *rango normativo* de las reglas generales de Derecho Internacional, diciendo que prevalecen sobre las leyes (federales), pero no sobre la Constitución. Por esta razón, el artículo 25 permite la tesis de la equiparación a las reglas constitucionales o la de la construcción de un Derecho intermedio inferior a la Constitución y superior a la de las leyes federales.

De esta forma, cualquiera sea la teoría a la que se otorgue preferencia, en lo que hace a los efectos prácticos hay unanimidad acerca de que la regla de Derecho Internacional incorporada goza de primacía frente al Derecho nacional. Del mismo modo se ha impuesto en gran medida la opinión de que el derecho internacional incorporado debe ser interpretado y aplicado a partir de sí mismo, es decir, según los principios internacionales y no, pues, los nacionales.²⁷⁴

B) Derecho internacional convencional

Respecto a las *normas internacionales convencionales*, de acuerdo al artículo 59.2 de la Constitución alemana, se incorporan al derecho interno por la técnica de la *transformación*: “Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal requieren la aprobación o participación, a través de una ley federal, de los respectivos órganos competentes para la legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal”.²⁷⁵

²⁷⁴ Idem, p. 814.

²⁷⁵ Respecto a la integración del Derecho Internacional convencional, *Vid.* Idem, pp. 836 – 847.

En otras palabras, los tratados internacionales se incorporan al derecho alemán por medio de una ley federal que desempeña dos funciones: la primera, autoriza al Presidente Federal a ratificar el tratado y a obligarse internacionalmente²⁷⁶, y, la segunda, transforma e incorpora las normas del tratado en normas internas alemanas haciéndolas vinculantes para todos los destinatarios de la norma.²⁷⁷

De nuevo aquí las escuelas se dividen, respecto al sentido y alcance de esta disposición, pues los partidarios de *la teoría dualista* la interpretan en el sentido de la *transformación*, mientras que los *monistas* la entienden según la *teoría de la ejecución de la obligación internacional*: La ley interna deja intacto el carácter convencional de tales normas, aunque le añade la fuerza obligatoria.

También se ha encontrado una postura ecléctica, que sostienen que la Constitución alemana combina una inspiración dualista y un resultado práctico cercano al monismo: el fundamento jurídico del tratado es un acto legislativo interno, lo que corresponde a un concepto dualista; el resultado práctico se aleja muy poco del monismo, porque en Alemania la mayoría de los tratados importantes se someten a una aprobación legislativa. Así, por el efecto de la ley de aprobación, el tratado se introduce en el derecho interno, y pasa a ser aplicable, no en virtud propia, sino que sólo en la medida que es objeto de una aprobación dada por el legislador nacional. Por tanto, es un acto interno el que constituye el fundamento jurídico del valor del tratado en el derecho interno. El resultado práctico en la mayoría de los casos, consiste en que hay una coincidencia de la entrada en vigor del tratado en el Derecho Internacional y en el derecho interno.²⁷⁸

Finalmente, como en la doctrina alemana, existen distintas interpretaciones de las normas constitucionales citadas, para una mejor comprensión se debe tener presente que los artículos citados tienen como antecedentes inmediatos las respectivas disposiciones de la Constitución Imperial de 1871 y de la Constitución de Weimar, que estaban inspiradas por la *teoría dualista de la transformación*. La *orientación monista* en los textos constitucionales de la Ley Fundamental vigente fue animada por el propósito de anclar a la

²⁷⁶ De esta forma, “la ley de aprobación tiene una función de habilitación: el Presidente Federal es autorizado a ratificar el tratado tras la promulgación de la Ley”. Idem, p. 816.

²⁷⁷ Idem, p. 846.

²⁷⁸ Ibídem.

ex República Federal Alemana en el ámbito de las democracias occidentales, respetuosas del Derecho Internacional.

4.5 Francia

A) Derecho internacional consuetudinario

La Constitución francesa actualmente vigente no se refiere a la situación del *Derecho Internacional consuetudinario*, sin embargo la Constitución de 1946 hacía una remisión en su Preámbulo, lo cual hacía sostener por la doctrina la tesis de que el mecanismo de incorporación al derecho francés de esta clase de normas era la *recepción automática*.²⁷⁹

B) Derecho internacional convencional

La Constitución francesa de 1958, destina al Título VI *De los tratados y acuerdos internacionales*, la regulación del proceso de conclusión de los tratados:

“Artículo 52: El Presidente de la República negociará y ratificará los tratados.

Será informado de toda negociación encaminada a la concertación de un acuerdo internacional no sujeto a ratificación;

Artículo 53: No podrán ser ratificados ni aprobados sino en virtud de una ley los tratados de paz, los tratados de comercio, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas y los que entrañen cesión, canje o acceso territorial.

No surtirán efecto sino después de haber sido ratificados o aprobados.

²⁷⁹ Libre interpretación de las palabras de Favoreu, Louis y otros: *Droit constitutionnel* (París, Ediciones Dalloz, 1998) p. 193, “... formule elliptique du préambule de 1946: “La France se conforme aux règles du droit public international” – comme libérait précisément de toute formalité de réception, d’incorporation ou d’intégration, l’ensemble des règles coutumières et principes non écrits du droit international.

En France donc, on doit considérer que la simple référence qui y est faite par le Préambule de 1946, vaut incorporation automatique dans le système des sources des règles et principes non écrits du droit international”

Ninguna cesión, canje o accesión territorial será válida sin el consentimiento de las poblaciones interesadas;

Artículo 53-1: La República podrá concertar con los Estados europeos que están unidos por compromisos idénticos a los suyos en materia de asilo y de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, acuerdos que determinen sus respectivas competencias para el examen de las solicitudes de asilo que le sean presentadas.

No obstante, aunque la solicitud no entre en el ámbito de su competencia en virtud de estos acuerdos, las autoridades de la República estarán siempre facultadas para dar asilo a todo extranjero perseguido por su acción en favor de la libertad o que solicite la protección de Francia por cualquier otro motivo;

Artículo 53-2: La República podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo con las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998;

Artículo 54: Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos asambleas o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa revisión de la Constitución.”

Y dentro del mismo título, en su artículo 55 señala que el mecanismo de incorporación para el *Derecho Internacional convencional* es el de *recepción automática, previa publicación interna*, y que estos tratados tendrán una jerarquía superior al de las leyes: “Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva para cada tratado o acuerdo, de su aplicación por la otra parte”.

De esta forma, la publicación del acuerdo internacional es el acto de recepción de la norma convencional en el derecho francés. Confiriéndoles un valor superior al de la ley interna francesa, siempre que se respete la exigencia de la reciprocidad, probablemente,

porque la norma convencional aunque incorporada sigue siendo regla internacional y no interna.²⁸⁰

En síntesis la aplicabilidad de un tratado internacional depende de tres condiciones: publicación, reciprocidad y carácter self executing de la regla internacional:

1. El tratado o acuerdo internacional se ha de publicar en el Journal Officiel, pero puede ser sustituida ésta por la publicación oficial en una organización internacional cuando Francia sea uno de los Estados miembros de dicha organización, como es el caso en las Comunidades europeas.²⁸¹

La publicación no es sólo condición necesaria para que un particular pueda alegar en su favor una cláusula de un tratado internacional, lo es también para que la responsabilidad no causal del Estado francés quede comprometida por el hecho de la conclusión de un tratado.

2. La condición de reciprocidad en la aplicación, es conforme a la naturaleza internacional de la norma que se aplica dentro del Derecho interno francés. La regla convencional internacional carece de la autonomía que posee el precepto legal interno. Sería un contrasentido aplicar en el Derecho interno un tratado que en el plano internacional ha dejado de estar vigente. El problema es que tal condición de reciprocidad es de difícil manejo práctico por el juez interno, existe dificultad en la fijación misma del alcance de la reciprocidad, y respecto a la determinación de la autoridad competente para apreciar la existencia o inexistencia de esta condición.²⁸²

3. La mera publicación oficial interna garantiza en el Derecho francés la integración del acuerdo en el sistema jurídico interno, pero esta es una condición necesaria aunque no suficiente. Preciso es que la norma sea en si misma apta para establecer derechos y deberes subjetivos en los particulares, y no lo es cuando una cláusula convencional regula exclusivamente relaciones entre Estados, o marca las directrices por las que ulteriormente la actividad normativa de cada Estado desarrolla la obligación internacional imperfecta que el acuerdo configura. El carácter self executing o no de una norma es cuestión a veces

²⁸⁰ Cfr. Maus, Didier: *Institutions politiques françaises* (París, Masson, 1990) p. 271.

²⁸¹ Vid. Favoreu, L. y otros (1998:190 y 191).

²⁸² Cfr. Debbasch, Charles y otros: *Droit constitutionnel et institutions politiques* (París, Editorial Económica, 1990, 3ª edición) p. 517.

espinosa no sólo por la dificultad técnico - jurídica, sino por las implicaciones políticas que ello comporta.

4.6 Cuadro resumen de las técnicas de recepción del Derecho Internacional en Derecho Comparado

	Derecho Internacional	
	Consuetudinario	Convencional
Estados Unidos	Recepción automática por costumbre judicial.	Recepción automática por regulación constitucional expresa.
Gran Bretaña	Recepción automática por costumbre judicial.	Recepción especial o transformación.
España	Vacío constitucional.	Recepción automática previa publicación interna.
Alemania	Recepción automática por regulación constitucional expresa.	Recepción especial o transformación.
Francia	Vacío constitucional.	Recepción automática previa publicación interna.

5. Recepción del Derecho Internacional en Chile, especial mención al Derecho Humanitario

5.1 Constitución Política de la República de 1833²⁸³

A) Derecho internacional consuetudinario

Desde los albores de la República chilena la doctrina ha sostenido uniformemente el principio de la incorporación global y automática del Derecho Internacional

²⁸³ Publicada en el Diario Oficial el 25 de mayo de 1833.

consuetudinario en el derecho interno chileno.²⁸⁴ Asimismo, la incorporación automática ha sido reconocida por la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, e incluso por parte de la práctica gubernamental chilena.²⁸⁵

En efecto, ya en 1833 el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile expresaba en una comunicación dirigida al Encargado de Negocios de Chile en Francia: “el derecho común de las naciones es una ley de la República en todo aquello en que sus leyes particulares o sus convenciones con las potencias extranjeras no lo han derogado. El Ejecutivo, pues, en tanto la legislatura no lo restrinja, se halla en la necesidad de reconocerlo en toda su extensión que generalmente se le atribuye y si por su sola voluntad estrechase sus límites, se arrogaría facultades que la Constitución del Estado atribuye exclusivamente a la legislatura”. Y en el mismo año el Presidente de la República expresaba al Congreso Nacional: “que el derecho común de gentes es en realidad una parte integrante de la legislación del Estado”.²⁸⁶

Idéntico principio es sostenido por Andrés Bello: “en una nación y en una época dada el derecho de gentes sea una parte de la jurisprudencia patria, no admite duda”.²⁸⁷

Manuel Ballesteros, por su parte, sostiene el mismo principio, pero se inclina por la primacía del Derecho Internacional sobre la legislación nacional: “y con sólo ser un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquéllas cuestiones regidas por él”.²⁸⁸

La jurisprudencia aceptó esta doctrina de la incorporación automática, pero en el orden legislativo interno las prácticas internacionales debían ser aplicadas en defecto de tratados o leyes especiales sobre la materia. Así, por ejemplo, en 1913 la Corte Suprema consideró arreglado a derecho un informe de su Fiscal que expresaba: “Hay que observar, ante todo, que la práctica internacional sólo puede ser tomada en cuenta a falta de tratados o

²⁸⁴ Bustos Valderrama, Crisólogo: “La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional chileno” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 11, nº 2 – 3, 1984 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984) p. 527.

²⁸⁵ Gaete, E. (1996:266).

²⁸⁶ Crughaga Ossa, Alberto: *Jurisprudencia de la Cancillería Chilena* (Santiago, 1935, p. 73), citado por Bustos, C. (1984:527).

²⁸⁷ Bello, Andrés: *Tratado de Derecho Internacional*, 1866 citado por Ibídem.

²⁸⁸ Ballesteros, Manuel: *La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile* (Santiago, 1980, p. 571) citado por Llanos, H. (1977:429).

leyes especiales sobre una materia determinada. Existiendo unas y otras, las simples prácticas carecen de importancia”.²⁸⁹

B) Derecho internacional convencional

La Constitución Política de 1833 no hace referencia explícita a la recepción o incorporación de los tratados internacionales al derecho interno, sólo existe un artículo que se refiere a la tramitación de los mismos, a través de la firma del Presidente de la República, la aprobación del Congreso y la posterior ratificación del tratado por parte del Estado de Chile.

Así, de acuerdo al artículo 82 n° 19 de la Constitución, eran atribuciones especiales del Presidente de la República “mantener las relaciones políticas con las naciones extranjeras, recibir sus ministros, admitir sus cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratos de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones. Los tratados antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso (...)”.

Para poder entender los conceptos mencionados, y por ende el mecanismo establecido, es necesario introducirse en *el Derecho de los Tratados*. Esta es una materia codificada en mayor parte en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*²⁹⁰.

La doctrina reconoce seis etapas en la conclusión de un tratado solemne: la negociación, la firma, la aprobación, la ratificación, el canje o el depósito del instrumento de ratificación y el registro.

La *negociación* está constituida por todas aquellas gestiones, estipulaciones y juegos de ofertas y contraofertas que se hacen sujetos de Derecho Internacional, hasta fijar el texto que represente el acuerdo de voluntades de las partes contratantes.

El texto acordado, luego es *firmado* por los plenipotenciarios negociadores, siendo de acuerdo al artículo 12 de la Convención de Viena una forma de manifestación de la voluntad de un Estado.

²⁸⁹ Bustos, C. (1984:528).

²⁹⁰ Adoptada el 22 de mayo de 1969, promulgada en Chile por Decreto n° 381 de 1981 y publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981. La materia en cuestión está tratada especialmente en los artículos 6° a 18.

La *aprobación* corresponde a la manifestación de cada Estado, a través de los órganos internos competentes, de obligarse internacionalmente por el tratado.

Desde el punto de vista constitucional chileno, se entiende por *ratificación* la declaración formulada por el Presidente de la República en un instrumento de que el tratado aprobado por el Congreso Nacional es aceptado por él. Con esta ratificación el Presidente de la República certifica que el tratado ha cumplido con los trámites prescritos por la Constitución.²⁹¹ Ahora bien, según el artículo 2º de la Convención de Viena, la ratificación es “el acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”.

El *canje o depósito del instrumento de ratificación* es la forma de poner en conocimiento la ratificación.

Finalmente el tratado se registra en la secretaría de la Organización de las Naciones Unidas, quien se encarga de su publicación.²⁹²

En cuanto al motivo que tuvo el legislador para exigir la aprobación del Congreso antes de que el tratado sea ratificado, nos parece que esta medida se debe a la naturaleza misma que presenta el tratado: un acto celebrado entre Estados que, sin embargo, va a producir efectos respecto de los individuos de cada Estado. Si bien el Presidente de la República tiene a su cargo la dirección de las relaciones exteriores, el Congreso, por su parte, representa a la ciudadanía y en esa calidad debe aprobar el tratado antes de que surta efectos respecto de sus representados.

La aprobación otorgada por el Congreso es una autorización para ratificar, por ende no implica la obligación de hacerlo; de ahí que si el Presidente de la República considera inconveniente la ratificación, una vez obtenida la aprobación, se abstendrá de verificarla, por ejemplo si se considera que las circunstancias han cambiado convirtiendo en inconveniente un acto anteriormente ventajoso. Todo esto no es sino una consecuencia de la facultad de dirigir las relaciones internacionales, entregada por la Constitución al Presidente de la República.

²⁹¹ Llanos Mansilla, Hugo: “Vigencia de los tratados en Chile” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 4, 1977 (Santiago, Pontificia universidad Católica de Chile, 1977) p. 183.

²⁹² Para más detalle respecto al proceso de conclusión de los tratados Vid. División jurídico – legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: *II Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz – Tagle* (Santiago, División jurídico – legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2000) pp. 149 – 161.

En esta Constitución no se establece con claridad la forma en que debían tramitarse los tratados para su aprobación por el Congreso, pero la costumbre era sujetarlo a los mismos trámites seguidos para las leyes.²⁹³

En lo referente a la *recepción del Derecho Humanitario*, cabe hacer notar, que el primer tratado en materia de Derecho Humanitario data de 1864, entonces se ha de concluir que entre 1833, fecha de promulgación de la Carta Fundamental en estudio, y 1864, fecha en el que se genera el *Primer Convenio de Ginebra*, el Derecho Humanitario de recepcionaba en Chile a modo de *costumbre internacional*, pues este Derecho en sí era un derecho consuetudinario. A partir de 1864, entonces se podría utilizar el mecanismo de tramitación explicado con anterioridad.

Debido a la guerra que Chile sostiene contra Perú, a través de decreto expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el 28 de junio de 1879, se acepta el *Convenio de Ginebra del 22 de Agosto de 1864, sobre ambulancias y hospitales militares*; ello consta en la publicación del Diario Oficial del 07 de julio de 1879:

“Considerando que las estipulaciones del Convenio de Ginebra obedecen a elevados sentimientos de humanidad, dignos de ser acatados por toda nación civilizada; considerando que el Gobierno del Perú ha manifestado ya su adhesión a las estipulaciones del Convenio; considerando que la observancia por ambos beligerantes de las humanitarias y generosas disposiciones que aquél consigna, contribuiría a suavizar los males irreparables de la lucha en que ambos países se encuentran empeñados, he acordado y decreto:

Primero.- Acéptense por el Gobierno de Chile, en la guerra que sostienen contra el Perú, los ocho artículos del Convenio Internacional de Ginebra, fecha 22 de agosto de 1864, que copiados a la letra dicen así: (...) ²⁹⁴.

Segundo.- Por los Ministerios respectivos se expedirán las órdenes y providencias conducentes a la fiel observancia por parte de Chile de las estipulaciones que preceden. *Tercero.-* Tan pronto como el Gobierno de Chile tenga constancia oficial de que Bolivia se adhiere también por su parte a las conclusiones del Convenio citado, las disposiciones del presente decreto se harán extensivas a las ambulancias, hospitales militares y personal ocupado en el servicio sanitario del ejército de aquella República”.

²⁹³ Orrego, F. (1991:184).

²⁹⁴ Se transcribe el Convenio de Ginebra de 1864.

Por publicación en el Diario Oficial del 3 de agosto de 1879, se hace extensiva a las ambulancias y hospitales militares de Bolivia, la aplicación de los artículos de la Convención de Ginebra:

“Apareciendo de la nota del señor Encargado de Negocios de Bélgica, de fecha 18 del presente mes²⁹⁵, que el Gobierno de Bolivia ha declarado adherir a la Convención de Ginebra de 1864, que reconoce la neutralidad de las ambulancias, hospitales militares y personal del servicio sanitario en campaña; y estando, por consiguiente, cumplidos los requisitos que exige el artículo 3º del decreto supremo de fecha 28 de junio próximo pasado, decreto:

Se hacen extensivas a las ambulancias, hospitales militares y personal del servicio sanitario de Bolivia las disposiciones consignadas en el supremo decreto de 28 de junio del presente año, en los mismo casos y bajo las mismas condiciones establecidas en dicho decreto para las ambulancias, hospitales militares y personal del servicio sanitario del Perú”.

Luego, se aprueba la *Convención para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña*, publicado en el Diario Oficial el 2 de abril de 1909:

“Por cuanto (...), se concluyó y firmó en Ginebra el 6 de julio de 1906, una Convención para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos en los ejércitos en campaña, seguida de un Protocolo final; (...) y por cuanto han sido aprobados por el Congreso Nacional, y dicha aprobación ha sido notificada al Consejo Federal Suizo, con fecha 3 de marzo de 1909; Por tanto, en virtud de la facultad que me confiere el artículo 75, parte 19 de la Constitución Política del Estado, dispongo y mando que se cumplan y lleven a efecto en todas sus partes como leyes de la República (...).”.

5.2 Constitución de 1925²⁹⁶

A) Derecho internacional consuetudinario

En cuanto al Derecho Internacional consuetudinario, en esta época sigue rigiendo la doctrina de la incorporación automática y global en el derecho interno chileno, siendo aceptada por la jurisprudencia. Sólo cabe agregar, que esta incorporación es también

²⁹⁵ El Decreto tiene fecha 24 de julio de 1879.

²⁹⁶ Publicada en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 1925.

permanente y continua, vale decir, no limitada en el tiempo y sujeta a cualquier variación que experimenten en su propio contenido las normas internacionales.²⁹⁷

Así pues, en el año 1932 la Corte Suprema, en reclamación interpuesta por el Agregado Comercial de Francia, hizo suyo el dictamen de su Fiscal: “(...) En efecto, la exención civil es impuesta como uno de los efectos del principio denominado de la extraterritorialidad, o del de las inmunidades diplomáticas, por el derecho internacional, cuyas normas, coexisten con las del derecho interno, son aplicables en el orden de las relaciones por él (derecho internacional) regidas, cualquiera sea la forma de su constitución, a menos que en la legislación escrita de un Estado existan preceptos que excluyan expresamente algunas de ellas, los cuales serán entonces para ese Estado la correspondiente regla de derecho internacional”.²⁹⁸

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, en 1949 falló en el recurso de amparo presentado por Juan Lechín y otros: “(...) los principios del derecho internacional son de general aplicación, tienen una manifiesta preeminencia en el derecho público contemporáneo y suplen el silencio de las leyes ante situaciones no previstas por ella”.²⁹⁹

En 1955, la Corte Suprema no sólo acepta el principio de la recepción automática del Derecho Internacional en nuestro derecho interno, sino que, en el juicio *Lauritzen con Fisco*, sostienen la primacía en el orden interno de las reglas de Derecho Internacional común sobre la ley interna: “(...) aún en el supuesto de que pudieran tener aplicación las leyes internas, los principios del derecho internacional tienen prevalencia en estos casos como se verá oportunamente (...)”.³⁰⁰

En un fallo recaído en un caso de extradición activa la Corte Suprema, en 1959, fue aún más lejos al expresar: “Que, por lo tanto, y de acuerdo con el artículo 637 del Código de Procedimiento Penal, es forzoso recurrir a los principios de derecho internacional para obtener un pronunciamiento acerca de la extradición de que se trata, principios que, por otra

²⁹⁷ Veloso Figueroa, Adolfo: “Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno” en *Revista de Derecho*, n° 165, enero – diciembre 1977 (Concepción, Universidad de Concepción, 1977) p. 268.

²⁹⁸ *Gaceta de los Tribunales*, segundo semestre, 1932, p. 186.

²⁹⁹ *Idem*, 1949, p. 445.

³⁰⁰ Llanos, H. (libro 1977:427).

parte, priman siempre sobre los preceptos del Derecho Interno del Estado. La costumbre internacional ha sido invariable en este sentido”.³⁰¹

En 1963, en el caso de la extradición de Walter Rauff, el voto disidente del Ministro Ortiz Sandoval expresa: “Que como existe un principio de derecho Internacional relativo a la prescripción, las disposiciones que se contienen en los diferentes tratados no son más que cláusulas convencionales con pleno vigor entre los contratantes, pero no pueden ser aplicados en desmedro de los principios del Derecho Internacional, cuando éstos deben servir de base para resolver un asunto”.³⁰²

Así, en los fallos de ésta época la jurisprudencia no sólo denota la aceptación de la teoría de la recepción automática, sino también reconoce la primacía del Derecho Internacional consuetudinario sobre el derecho interno chileno, así, por ejemplo lo reafirmó la Corte Suprema en 1969, dejando sin efecto una sentencia del Juzgado del Trabajo, en contra de la República de China, por salarios y beneficios de un empleado chileno, reconociendo el principio del Derecho Internacional, universalmente reconocido, de que ni las Naciones Soberanas ni sus Gobernantes están sometidos a la jurisdicción de otros países.³⁰³ El mismo principio mantuvo en sus fallos de 1975 en un juicio contra el embajador de Cuba, para declarar nula la compraventa en 1972 de una propiedad que servía como local de la misión cubana, sosteniendo que el juez carecía de jurisdicción para conocer de esa demanda y para pronunciare la sentencia.³⁰⁴

B) Derecho internacional convencional

En cuanto a la incorporación del Derecho Internacional convencional, se ha estimado pertinente dividir la vigencia de la Constitución de 1925 en dos períodos: uno entre los años 1925 a 1973, y otro entre los años 1973 y 1980, pues a raíz de que el 11 de septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas de Chile derrocan el gobierno de Salvador Allende Gossens, asumiendo el mando de la Nación la Junta de Gobierno presidida por el

³⁰¹ *LVI Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2ª parte, sección 4º, p. 66.

³⁰² *LX Revista de Derecho y Jurisprudencia*, p. 112 y ss. citado por Bustos, C, (1984:529).

³⁰³ Caso embajada de la República de China. *Revista Fallos del Mes*, septiembre 1969, pp. 223 y 224.

³⁰⁴ Caso Presidente del Consejo de Defensa del Estado. *Revista Fallos del Mes*, junio 1975, p. 90.

Comandante en Jefe del Ejército, General Augusto Pinochet Ugarte, la legislación al respecto cambia, al ser uso la mencionada Junta de su Poder Constituyente.

B.1) 1925 - 1973

Bajo la Carta de 1925, el sistema es idéntico al estipulado en la Constitución de 1833, se omite el tema de la incorporación de los tratados al derecho nacional, y sólo se refiere a su conclusión. Así, el artículo 72 n° 16 señalaba como atribución especial del Presidente de la República “mantener las relaciones políticas con las potencias extranjeras, recibir sus agentes, admitir sus cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratos de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones. Los tratados antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso (...)”.

La única novedad respecto de la Carta Política anterior es que dentro de las atribuciones exclusivas del Congreso, se señalaba que la aprobación del Congreso de los tratados internacionales se haría al igual que la tramitación de las leyes. De esta manera, el artículo 43 n° 5 de la Constitución de 1925³⁰⁵: “Son atribuciones exclusivas del Congreso, aprobar o desechar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. Este acuerdo tendrá en el Congreso los mismos trámites de una ley.”

En síntesis, de acuerdo a la Carta de 1925, el Presidente de la República, a su vez, firmaba y ratificaba los tratados; la ratificación podía hacerla sólo después de la aprobación del Congreso. La decisión tomada por el Congreso debía hacerse por acuerdo y no por ley. Y se dispone expresamente que la tramitación del acuerdo en el Congreso será el mismo que tienen las leyes. Ello implicaba, que el mero rechazo del tratado en la Cámara de Origen no importaba su rechazo o desaprobación por el Congreso, sino que el tratado debía pasar a la otra Cámara, pues se entendía que el artículo 47 de la Constitución³⁰⁶ no se aplicaba a proyectos de acuerdo. El alcance de la intervención de las Cámaras se reducía a

³⁰⁵ Por Reforma Constitucional de 1971, Ley n° 17.450, el artículo pasa a ser el 39 n° 9, y queda redactado de la siguiente forma: “Son atribuciones del Congreso: Aprobar y desechar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. Se tendrá por otorgado el acuerdo del Congreso, si éste no se pronunciare dentro de 30 días después de declarada la urgencia por el Presidente de la República”.

³⁰⁶ Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Chile de 1925: “El proyecto que fuere desechado en la Cámara de su origen, no podrá renovarse sino después de un año”.

aprobar o desechar los tratados, no estaba facultado el Congreso para modificar de ninguna manera el tratado concluido por el Presidente, porque implicaba introducirle al tratado por la sola voluntad unilateral de Chile, una alteración, enmienda o adición.³⁰⁷

Debido a una costumbre nacional, influida por la práctica francesa, los tratados, luego de haber sido aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República, eran promulgados mediante Decreto Supremo.³⁰⁸

El primer antecedente de derecho positivo, que exige la promulgación data de 1926; el Decreto Supremo n° 328 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Boletín de Leyes y Decretos del 21 de junio de 1926, fija la promulgación de los acuerdos internacionales. El artículo 1° del Decreto señalaba la forma de promulgar los acuerdos internacionales aprobados por el Congreso: “La promulgación de los acuerdos internacionales en los casos que éstos necesiten de aprobación del Congreso, se efectuará después de la ratificación hecha por el Presidente de la República y del canje de los respectivos instrumentos”. Por su parte, el numeral 2°, indicaba las menciones del decreto promulgatorio; este individualizaba el tratado, indicando fecha y lugar de su firma, aprobación por el Congreso, y fecha y lugar de ratificación, ordenaba su cumplimiento y que se llevara a efecto en todas sus partes como ley de la República.

Esta promulgación sólo tenía importancia para la validez interna de los tratados, ya que servía para ratificar la regularidad de su conclusión y para ordenar su ejecución dentro del territorio nacional.³⁰⁹

En relación con la *incorporación del Derecho Humanitario*, a través del Decreto promulgatorio n° 416, publicado en el Diario Oficial el 4 de junio de 1934, se ratifica la *Convención relativa al mejoramiento de la suerte de heridos y enfermos de los ejércitos en campaña*:

“Por cuanto la República de Chile, firmó el 27 de julio de 1929 una Convención relativa al mejoramiento de la suerte de los heridos y de los enfermos en los Ejércitos en campaña (...) Y por cuanto, dicha Convención ha sido ratificada, por mi (Alessandri Palma) previa la aprobación del Congreso Nacional y as respectivas ratificaciones fueron depositadas. Por tanto, y en uso de la facultad que me confiere el número 16 del artículo

³⁰⁷ Vid. Silva Bascuñán, Alejandro: *III Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 2ª edición).

³⁰⁸ Orrego, F. (1991:191).

³⁰⁹ *Ibidem*.

72 de la Constitución Política del Estado, dispongo y mando se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como ley de la República (...).

Por su parte, los *cuatro Convenios de Ginebra* fueron suscritos por Chile el 12 de agosto de 1949, a través del Decreto Supremo promulgatorio n° 752, se fija el texto revisado de los Convenios, publicándose en íntegro los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951 en el Diario Oficial:

“(...) en uso de la facultad que me confiere la Parte 16 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado, dispongo y mando se cumplan y lleven a efecto en todas sus partes como leyes de la República, publicándose copias autorizadas de sus textos en el Diario Oficial”.

Luego, en 1972, se publicaron en el Diario Oficial, la *Convención sobre el estatuto de los refugiados y su Protocolo*. La Convención fue promulgada por el Decreto Supremo n° 287 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 8 de junio de 1972, y fue publicado en el Diario Oficial el 19 de julio de 1972:

“Por cuanto el gobierno de la República de Chile adhirió el 28 de enero de 1972 a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, suscrita en Ginebra con fecha 28 de julio de 1951 (...). Y por cuanto el instrumento de adhesión de dicho Convenio se depositó en la Secretaría General de las Naciones Unidas, el 28 de enero de 1972, previa aprobación del Honorable Congreso Nacional, según consta en el oficio n° 1.370 de 20 de septiembre de 1971 de la Honorable Cámara de Diputados (...). Por tanto, y en uso de la facultad que me concede el n° 16 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto con las reservas y con la declaración interpretativa mencionada, como Ley de la República, publicándose copia autorizada de su texto en el Diario Oficial”.

Su Protocolo fue publicado al día siguiente y fue promulgado por el Decreto Supremo n° 293 del Ministerio de Relaciones Exteriores:

“Por cuanto el Gobierno de la República de Chile adhirió el 27 de abril de 1972 al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado por resolución n° 2198 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 16 de diciembre de 1966; y por cuanto el instrumento de adhesión a dicho Protocolo se depositó en la Secretaría General de las Naciones Unidas el 27 de abril de 1972, previa aprobación del Honorable Congreso Nacional, según consta en el oficio n° 1.369 de 20 de septiembre de 1971 de la Honorable

Cámara de Diputados, (...).Por tanto, y en uso de la facultad que me confiere el n° 16 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto como Ley de la República, publicándose copia autorizada de su texto en el Diario Oficial”.

B.2) 1973 - 1980

La Junta de Gobierno asumía el mando de la Nación, a través del Decreto Ley n° 1 del 11 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 1973.

El artículo 3° de este decreto señalaba que la Constitución de 1925 seguiría vigente³¹⁰, sin embargo, el Decreto Ley n° 128 del 12 de noviembre de 1973, establecía un mecanismo de modificación de la misma: “El ordenamiento jurídico contenido en la Constitución y en las leyes de la República continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado en la forma prevista en el artículo siguiente; (...) Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporados a ella”.³¹¹

La disposición anteriormente transcrita fue luego complementada por el Decreto Ley n° 788, publicado en el Diario Oficial del 4 de diciembre de 1974: “Declárese que los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarias o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución”.³¹²

Así, este Decreto agregaba que, en el futuro, sólo tendrían el carácter de modificatorios de la Constitución aquellos decretos leyes que de manera explícita señalaran que la Junta de Gobierno los dictaba en el ejercicio de la potestad constituyente.³¹³

³¹⁰ Artículo 3° del Decreto Ley n° 1 de 11 de septiembre de 1973, que contiene el Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, publicada en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 1973: “La Junta en el ejercicio de su misión, garantizará la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y respetará la Constitución y las Leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone”.

³¹¹ Artículo 2° y 3°, inciso 2° del Decreto Ley n° 128 de 1973.

³¹² Artículo 1° del Decreto Ley n° 788 de 1974.

³¹³ Artículo 3° del Decreto Ley n° 788 de 1974: “Los decretos leyes que se dicten en el futuro y que puedan ser contrarios, u oponerse, o ser distintos, en forma expresa o tácita, total o parcial, a alguna norma de la Constitución Política del Estado, tendrán el efecto de modificarla en lo pertinente sólo si de manera explícita se señala que la Junta de Gobierno lo dicta en el ejercicio de la Potestad Constituyente que le corresponde”.

En el tema que nos ocupa, el Decreto Ley n° 247 de 31 de diciembre de 1973, publicado en el Diario Oficial el 17 de enero de 1974, establece normas sobre tratados internacionales.³¹⁴ Por ende, deroga tácitamente los artículos 72 n° 16 y 43 n° 5 de la Constitución de 1925, al contener preceptos distintos respecto al sistema de conclusión de los tratados internacionales y la forma de incorporarlos al orden interno.

De conformidad al artículo 3°, los tratados internacionales debían ser sometidos a la aprobación de la Junta de Gobierno en razón de tener ésta facultades legislativas, aprobación que se hacía mediante la dictación de un Decreto Ley, el que debía llevar la firma de todos los miembros de la Junta y la del Ministro de Relaciones Exteriores. Ahora, si la materia del tratado recaía en asuntos de la competencia de otras Secretarías de Estado, el decreto debía llevar además la firma de los Ministros de Estados correspondientes.

El artículo 4°, por su parte, disponía que, aprobado el tratado por la Junta de Gobierno, el instrumento de ratificación sería firmado por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores.

En su artículo 5°, introduce la obligación de los trámites de promulgación y de publicación de los tratados internacionales: “(...) una vez que se haya efectuado el canje o depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y se lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho decreto supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial”. De esta forma se consagra en una norma lo que antes sólo exigían la práctica administrativa y judicial, argumentándose que los tratados internacionales debían cumplir con todos los trámites exigidos a una ley para poder ser aplicados.

Cabe destacar, que el mencionado Decreto, no establecía un plazo para dar cumplimiento a los trámites de promulgación y publicación, por tanto surgían problemas en aquellos casos en que el Presidente de la República no promulgaba o no publicaba un tratado internacional ya ratificado, con lo cual se contraía un compromiso internacional que carecía de eficacia interna.

³¹⁴ Una de las razones esgrimidas para su dictación aparece en el Visto 2° del Decreto: “La necesidad de establecer un procedimiento jurídico para la suscripción, aprobación, ratificación y promulgación de los tratados internacionales, que se concilie con la actual situación del país”.

De esta forma, las normas legales del Decreto Ley en estudio, modificaron totalmente, en ausencia de un Congreso Nacional, la entrada en vigencia de los tratados suscritos por Chile, teniendo el mencionado Decreto rango constitucional.

En cuanto a la *incorporación del Derecho Internacional Humanitario*, el 22 de abril de 1980 se depositó el instrumento de ratificación de la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción*. El Decreto Ley n° 3.176 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que aprueba la Convención, se promulgó el 1 de febrero de 1980, el cual se publicó en el Diario Oficial el 11 de marzo de 1980:

“Visto: Lo dispuesto en los decretos leyes n°s. 1 y 128, de 1973; 527 y 247, de 1974; 991, de 1976, y

Considerando: La importancia de que el Estado de Chile sea parte del acuerdo que prohíbe el uso de armas bacteriológicas y tóxicas, pues con ello contribuye a la paz mundial y al desarrollo de las naciones en un clima de confianza internacional, La Junta de Gobierno de la República de Chile ha acordado dictar el siguiente

Decreto ley: Artículo único.- Apruébase la "Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción", suscrita por Chile el 10 de Abril de 1972”.

5.3 Carta Fundamental de 1980

A) Derecho internacional consuetudinario

En primer lugar, cabe destacar que la Constitución Política de 1980 sólo se ha preocupado, en sus disposiciones, de los tratados internacionales, es decir, de las convenciones entre Estados, ignorando la existencia de otras fuentes del Derecho de Gentes, que por el mero silencio del legislador no dejan de ser aplicables en el ámbito jurídico chileno.³¹⁵

Al respecto, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución consideró la posibilidad de incluir en su Preámbulo la declaración siguiente: “Chile adhiere a los principios y normas universalmente aceptados del Derecho internacional”.³¹⁶ Sin embargo,

³¹⁵ Bustos, C. (1984:523 y 524).

³¹⁶ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión n° 48, p.7.

tal declaración fue objeto de una prevención concebida en los siguientes términos: “Los principios y normas universalmente aceptados del Derecho Internacional están constituidos por tratados, principios generales de derecho internacional y declaraciones de organismos internacionales. Estimo de la mayor peligrosidad para nuestro país una declaración de esta naturaleza. Chile adhiere y cumple los tratados que suscribe, pero no puede adherir en blanco a acuerdos de organismos internacionales que, si bien en muchas oportunidades tienden a resguardar la comunidad internacional, en otras no constituyen más que acuerdos de carácter político”.³¹⁷

La prevención contribuyó a la eliminación de la declaración del texto constitucional, pero ella se fundamentó en conceptos equivocados respecto de lo que son los principios y normas universalmente aceptados del Derecho Internacional, respecto de la naturaleza jurídica de las declaraciones y acuerdos de los organismos internacionales y respecto de la fuerza obligatoria de los mismos.³¹⁸

Las fuentes formales del Derecho Internacional, de acuerdo al artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia son las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Si todas ellas plantean el mismo problema respecto de su incorporación en el derecho interno de los Estados, parece lógico pensar que las cartas fundamentales deben dar una solución a este problema respecto de todas las fuentes.³¹⁹

Sin embargo, la costumbre internacional y los principios generales de derecho forman parte de la legislación interna chilena, ya sea porque la propia ley³²⁰, para un número limitado de casos específicos³²¹, así lo establece, ya sea porque nuestra doctrina y

³¹⁷ Prevención hecha por la Señora Luz Bulnes Aldunate, miembro de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República en Idem, sesión n° 409, p. 3408.

³¹⁸ Bustos, C. (1984:524).

³¹⁹ Idem, p. 525.

³²⁰ Algunos autores, cuando se refieren al caso donde los tribunales aplican el Derecho Internacional por mandato de la propia ley nacional, se refieren a un mecanismo de *reenvío expreso*.

³²¹ Así por ejemplo, artículo 60 inciso 2° del Código Civil: “La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional”; artículo 585 del Código Civil: “Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional”; artículo 1° del Código de Procedimiento Penal: “Los tribunales de la República ejercen jurisdicción sobre los chilenos y sobre los extranjeros para el efecto de juzgar los delitos que se cometan en su territorio, salvo los casos exceptuados por leyes especiales, tratados y convenciones internacionales en que Chile es parte o por las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional”; 637 del Código de Procedimiento Penal:

jurisprudencia han reconocido que dicha incorporación se produce en forma automática y global.³²²

B) Derecho internacional convencional

En cuanto al Derecho internacional convencional, se ha estimado pedagógico dividir la vigencia de la Constitución de 1980, en cuanto a la recepción del Derecho Internacional, en dos períodos, pues en el primero se aplican –en esta materia- las disposiciones transitorias de la Constitución, y en el segundo las disposiciones permanentes de la misma.

B.1) 1981 - 1989

Este es un período especial de vigencia de la Constitución de 1980, pues según la disposición transitoria 13° de la misma, “durante este período serán aplicables todos los preceptos de la Constitución, con las modificaciones y salvedades que se indican en las disposiciones transitorias (...)”.

En cuanto a la recepción del Derecho Internacional en Chile, la disposición transitoria 18° señala que “... la Junta de Gobierno ejercerá por la unanimidad de sus miembros, (...): d. Aprobar o desechar los tratados internacionales, antes de la ratificación presidencial”. Ello lo ratifica la disposición transitoria 21°, letra b) que señala que será aplicable el artículo 50 n° 1 de La Constitución, pero que la referencia hecha al Congreso Nacional será hecha a la Junta de Gobierno.

En el terreno de las relaciones entre Derecho Internacional y derecho interno, sigue rigiendo la tesis sostenida por el Decreto Ley n° 247 de 1973 que exige los trámites de

“Recibido el proceso por la Corte Suprema, lo pasará en vista al fiscal para que dictamine si es o no procedente la petición de extradición en conformidad a los tratados celebrados con la nación en que el procesado se encontrare refugiado, o en defecto de tratado, con arreglo a los principios del Derecho Internacional”; artículo 647 del Código de Procedimiento Penal: “(...) establecer si el delito que se le imputa es de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad a los principios del Derecho Internacional”, artículo 651 del Código de Procedimiento Penal: “Terminada la investigación, se comunicarán los antecedentes al Ministerio Público, quien, en vista de ellos y con arreglo a los tratados o principios del Derecho Internacional, pedirá que se deniegue o se otorgue la extradición solicitada”.

³²² Bustos, C. (1984:526).

promulgación y publicación de los tratados internacionales, para que estos se entiendan incorporados al derecho interno y, por lo tanto, adquieran fuerza de ley.

B.2) 1990 en adelante

Si bien, la Constitución de 1980 rige desde el 11 de marzo de 1981, las disposiciones permanentes de la misma que se refieren a la recepción del Derecho Internacional, en la práctica, no rigen sino hasta 1990, ello por obra de la disposición transitoria 18º en relación con la disposición transitoria 13º, las cuales han sido analizadas en el acápite anterior.

Esta Constitución, en sus disposiciones permanentes, sigue el mismo criterio de las anteriores, así el artículo 32 n° 17³²³, señala como atribución especial del Presidente de la República “conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 n° 1 (...)”.

En este caso la novedad se encuentra en el artículo 50 n° 1 de la Carta Política, donde se señalan las atribuciones exclusivas del Congreso, pues es más detallado que en las Constituciones anteriores:

“Son atribuciones exclusivas del Congreso: Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento...”.

³²³ Artículo conforme a la Constitución Política de la República, publicada en el Diario Oficial el 24 de octubre de 1980.

Cabe hacer notar que actualmente, tras la Reforma Constitucional del año 2005, por Decreto Supremo n° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2005, el artículo 32 n° 17, pasó a ser el 32 n° 15, y asimismo, el 50 n° 1, ahora es el 54 n° 1. Con todo, este último, que se refiere a las atribuciones exclusivas del Congreso, sufre ciertas modificaciones, importando en nuestro estudio, que la aprobación de un tratado “requerirá en cada Cámara, de los quórum que corresponda de acuerdo al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.³²⁴

Por otra parte, se ha de destacar la incorporación del inciso 2° al artículo 5° de la Constitución de 1980, por el artículo único de la Ley de Reforma Constitucional n° 18.825, de 17 de agosto de 1989: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, pues garantiza plenamente los derechos que emanan de la naturaleza humana.³²⁵

En cuanto a los trámites de promulgación y publicación de los tratados internacionales, el Decreto Ley n° 247 de 1973, que los disponía de forma obligatoria, fue derogado por el artículo único de la Ley n° 18.903, publicada en el Diario Oficial el 19 de enero de 1990, volviendo a la situación vigente antes del Decreto Ley mencionado, es decir, a la práctica de promulgar y publicar los tratados internacionales sin que ninguna norma lo ordene en forma expresa.

Con relación al *Derecho Humanitario*, los *Protocolos Adicionales a los Cuatro Convenios de Ginebra* fueron publicados en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1991, después de ser promulgados por el Decreto Supremo n° 752 del Ministerio de Relaciones Exteriores:

“Por cuanto con fecha 12 de diciembre de 1977 el Gobierno de la República de Chile suscribió los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 e agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter

³²⁴ Vid. artículo 54 n° 1 de la Constitución Política de 1980, post reforma 2005. El subrayado es nuestro.

³²⁵ Cfr. Gaete, E. (1996:266).

internacional (Protocolo II), adoptados el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, celebrada en Ginebra, Suiza. Y por cuanto, dichos protocolos han sido aceptados por mí, previa aprobación del Congreso Nacional, según consta en el oficio n° 175 de la Honorable Cámara de Diputados, de 18 de diciembre de 1990; y el instrumento de ratificación se depositó con fecha 24 de abril de 1991 con la siguiente Declaración: “El Estado de Chile declara conforme al artículo 90 del Protocolo I que acepta la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta con respecto a cualquier Alta Parte Contratante que acepte la misma obligación”. Por tanto, en uso de la facultad que me confieren los artículos 32 n° 17 y 50 n° 1 de la Constitución Política de la República, dispongo y mando que se cumplan y lleven a efecto como Ley y que se publique copia autorizada de sus textos en el Diario Oficial”.

La ratificación por la República de Chile de los Protocolos Adicionales, no sólo implica un paso lógico, en las nuevas circunstancias del país (democracia), para completar la vigencia de los instrumentos internacionales de la protección de la persona humana en el derecho interno, sino también porque todos los países vecinos ya eran Parte en estos instrumentos. De esta forma su ratificación, se inscribe dentro del marco de que el Derecho Internacional Humanitario ha de ser universal porque, por su naturaleza y por su función jurídica, debe surtir sus efectos para todos y entre todos (*erga omnes*).³²⁶

Por su parte, se depositó el instrumento de ratificación de la *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles*, el 26 de abril de 1994, promulgándose por Decreto n° 772 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 3 de mayo de 1994, y publicándose en el Diario Oficial el 29 de agosto de 1994, donde se ordena cumplir y llevar a efecto como ley de la República:

“Vistos: Los artículos 32, N° 17, y 50, N° 1), de la Constitución Política de la República.

Considerando : Que con fecha 10 de diciembre de 1976 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles. Que dicha Convención ha sido aprobada por el Congreso Nacional, según consta en el Oficio N°

³²⁶ Swinarski, Christophe: “Perspectivas del Derecho Internacional Humanitario” en Irigoin Barrenne, Jeannette (directora): *Nuevas dimensiones en la protección del individuo* (Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 1991) pp. 158 y 159.

5347, de 9 de marzo de 1994, del Honorable Senado. Que el Instrumento de Adhesión se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha 26 de abril de 1994.

Decreto: Artículo único.- Apruébase la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1976.

Cúmplase y llévase a efecto como Ley y publíquese copia autorizada de su texto en el Diario Oficial”.

A su respecto, Chile firmó como país signatario el 14 de enero de 1993 la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, ratificándola ante la Organización de las Naciones Unidas como Estado miembro, el 12 de julio de 1996. El 2 de diciembre de 1996 se dicta el Decreto promulgatorio n° 1.764 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual se publica en el Diario Oficial el 11 de marzo de 1997:

“Vistos: Los artículos 32, N° 17, y 50, N° 1), de la Constitución Política de la República, y la ley N° 18.158.

Considerando: Que con fecha 14 de enero de 1993 el Gobierno de Chile suscribió, en París, la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción y sus Anexos. Que dicha Convención fue aprobada con las correcciones formales establecidas, para su versión española, por el Secretario General de las Naciones Unidas, según consta en el Oficio N° 961, de 25 de enero de 1996, de la Honorable Cámara de Diputados. Que el Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha 12 de julio de 1996. Que esta Convención entrará en vigor internacional el 29 de abril de 1997, fecha en que se cumplirá el plazo establecido para este efecto en su artículo XXI.

Decreto: Artículo único.- Promúlgase la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción y sus Anexos, suscrita el 14 de enero de 1993, con las correcciones formales establecidas, para su versión española, por el Secretario General de las Naciones Unidas, la cual comenzará a regir desde el 29 de abril de 1997; cúmplase y llévase a efecto como Ley y publíquese copia autorizada de su texto en el Diario Oficial, con excepción de sus Anexos, que se publicarán en la forma establecida en la ley N° 18.158”.

Por otro lado, el 3 de diciembre de 1997 se suscribió por el Gobierno de Chile, en Ottawa, Canadá, la *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción*, depositando el instrumento de ratificación el 10 de septiembre de 2001. El Decreto promulgatorio n° 4 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 4 de enero de 2002, fue publicado en el Diario Oficial el 9 de marzo de 2002:

“Vistos: El artículo 32, N° 17, y 50 N° 1), de la Constitución Política de la República.

Considerando: Que con fecha 3 de diciembre de 1997 la República de Chile suscribió la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, adoptada en Oslo, Noruega, el 18 de septiembre de 1997. Que dicha Convención fue aprobada por el Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 3310, de 8 de mayo de 2001, de la Honorable Cámara de Diputados. Que el Instrumento de Ratificación de la mencionada Convención se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha 10 de septiembre de 2001, con la siguiente Declaración: "La República de Chile declara que aplicará provisionalmente el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención".

Decreto: Artículo único: Promúlgase la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, adoptada el 18 de septiembre de 1997; cúmplase y llévase a efecto como Ley y publíquese copia autorizada de su texto en el Diario Oficial”.

Finalmente, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*³²⁷, suscrito por el Gobierno de Chile el 11 de septiembre de 1998, aún se encuentra en trámite en el Congreso para su aprobación.

³²⁷ El 11 de abril de 2002, con dos actos, uno en Roma y otro en Nueva York, las Naciones Unidas oficializaron el establecimiento del Tribunal Penal Internacional que juzgará los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad. Ello fue posible, ya que más de 60 países, cifra requerida para la entrada en vigor del Tribunal, presentaron su ratificación. La Corte, con sede en La Haya, será el primer tribunal independiente con competencia universal en las materias antes señaladas. El Tribunal Penal Internacional llevará ante la justicia a los individuos, no a los Estados. Entre sus competencias figuran principalmente los procesos por exterminio, la tortura, la violación sistemática, la persecución por motivos raciales o religiosos, la deportación y el apartheid. Tendrá un carácter complementario, por lo que sólo podrá intervenir cuando un sospechoso no sea juzgado por un tribunal nacional, ya sea porque el Estado involucrado no puede o no quiere juzgar dicho caso. Su acción no es retroactiva y se aplica sólo a aquellos crímenes cometidos después de su entrada en vigor (1 de julio de 2002). La sesión inaugural de la Corte Penal Internacional tiene efecto el día 1 de marzo de 2003.

El 4 de marzo de 2002, diputados que representaban más de la cuarta parte de esa Cámara requirieron al Tribunal Constitucional con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad del *Estatuto de Roma*, cuya aprobación por el Congreso Nacional había solicitado el Presidente de la República.³²⁸

Por sentencia de 8 de abril de 2002, el Tribunal Constitucional acogió la petición de inconstitucionalidad planteada, declarando que el tratado que contiene el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* requiere de reforma constitucional previa para su aprobación por el Congreso Nacional y posterior ratificación.

Si bien el fallo no se pronuncia sobre el *mecanismo de incorporación* de los tratados, trata el tema de las *relaciones entre Derecho Internacional y derecho interno*, estableciendo categóricamente la supremacía constitucional sobre los tratados de derechos humanos, argumentando que de lo contrario, no tendría sentido el control previo y a posteriori de constitucionalidad que establece la Carta Fundamental (artículos 80 y 82) y se llegaría al absurdo que por la vía de aprobar un tratado, que requiere simple mayoría, se podría modificar la Constitución, que exige quórum calificado:

“60°. Que como consecuencia de esta reforma³²⁹ se ha suscitado una controversia respecto a la interpretación que debe darse al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución. La nueva redacción ha llevado a algunos a pretender que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional de manera que podrían modificar disposiciones de la Carta Fundamental...”

61°. Que, con anterioridad a la reforma de 1989, había opinión unánime en el sentido que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de supremacía constitucional.

62°. Que, en este aspecto, es relevante recordar que, aunque aparezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental;

63°. Que, la historia fidedigna de la norma corrobora el aserto anterior. En el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 12 de junio de 1989, se dejó expresa constancia que: “En virtud de este número se agrega una oración final al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que dice: “Es deber de los órganos del

³²⁸ Al Ejecutivo le interesa incorporar a la legislación nacional el Tribunal Penal Internacional, pues es coherente con una política doméstica y externa en torno a la promoción y protección de los derechos humanos.

³²⁹ Reforma Constitucional de 1989 que modificó el artículo 5° de la Constitución Política.

Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Esta disposición reafirma el concepto de que el Estado está al servicio de la persona humana y que, por tanto, el ejercicio de la soberanía no puede vulnerar los derechos esenciales que emanan de su naturaleza. A la autoridad le corresponde, también, la promoción de los derechos humanos, los que, emanando de la naturaleza de la persona, no son establecidos por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlos y a describirlos, pudiendo las leyes y los tratados desarrollarlos sin afectar su esencia. En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales.” Lo anterior nos permite afirmar que no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado. Comentando este Informe, el profesor Raúl Bertelsen, en su trabajo “Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno” (Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, N°s. 2 y 3, Tomo I, pág. 219), dice: “¿Cabe, entonces, alguna duda que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables? Nada se innovó en 1989, por consiguiente, en la solución tradicional chilena sobre la superioridad de las normas constitucionales sobre las de los tratados internacionales.”;

64°. Que, con anterioridad a la reforma de 1989 este Tribunal, en sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, señaló expresamente que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales;

65°. Que, este criterio fue confirmado en acuerdo de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sobre Reforma a la Constitución Política de la República de 1980, de noviembre de 2001, en el que se hizo expresa mención al contenido del Rol N° 46, antes citado, y expresó: “En relación a la propuesta referida a tratados que modifiquen materias reguladas por la Constitución, se acordó, sin embargo, dejar constancia que la Comisión confirma el criterio ya definido en un informe evacuado en el año 1963, en el cual, respondiendo a una consulta de la Sala (Boletín N° S 139-10), señaló, coincidiendo con lo sostenido por el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 21 de diciembre de 1987, que no procede enmendar la Constitución por la vía de un tratado internacional.” (págs. 349 y 350);

66°. Que, para la interpretación de la reforma constitucional en análisis, tiene gran importancia esta afirmación de la Comisión, pues para determinar el sentido del artículo 5°, inciso segundo, utiliza el mismo criterio de un informe del año 1963, y deja constancia, en esta forma, que la Constitución prevalece sobre los tratados que se refieran a derechos humanos;

67°. Que, con posterioridad a la reforma de 1989, este propio Tribunal en sentencia de 4 de agosto del año 2000, Rol N° 309, señaló que “si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes” (considerando 17°). Si las distintas materias del tratado deben respetar los quórums de aprobación o rechazo que indica el artículo 63 de la Constitución Política, resulta que es indudable la absoluta sujeción de los tratados internacionales a la Carta Política;

68°.Que, sobre el particular, el profesor Lautaro Ríos, señala: “Ninguna constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inc. 2° del art. 5° de nuestra Carta, que tiene manifiestamente- otro alcance, como ya vimos. La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD. HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD. HH. tuvieran rango constitucional per se. Dicha pretensión también atenta contra el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Tanto este quórum especial como los trámites propios de una ley y de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria que, además, tendría el efecto de reformar la Constitución si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre DD. HH. y su eventual carácter modificatorio de la Constitución. Una interpretación semejante, para ser armónica con el resto de la preceptiva constitucional, debiera haberse plasmado en un texto diferente y debiera haber venido acompañada de la modificación de los arts. 80, 82, N° 2, y del Capítulo XIV de la Constitución.” (“Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, en Gaceta Jurídica N° 215, 1998, pág 13);

69°. Que, sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos puedan modificar la Constitución, conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que

permiten el control previo de constitucionalidad de los tratados (artículo 82, N° 2, de la Constitución) y el control a posteriori (artículo 80, de la Constitución) ¿pues que sentido tendrían estos controles si las normas del tratado sobre derechos humanos tuvieran el mismo rango jerárquico que la Constitución?;

70°. Que, igualmente quedaría sin sentido, parcialmente, el Capítulo XIV de la Ley Fundamental sobre Reforma de la Constitución, si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto. Llegaríamos al absurdo que mediante el quórum simple podría modificarse la Carta Política que exige el quórum de tres quintos o de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según sea la materia que se reforma...”

“74°. Que, en suma, por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional.”³³⁰

El fallo de mayoría, provocó diversas reacciones por parte de expertos en materias constitucionales, para algunos por fin se zanjaba el problema de la jerarquía de los tratados, para otros lo consignado en el fallo del Tribunal Constitucional sólo es una de las opiniones en la materia y carece de fuerza vinculante: “Mientras los constitucionalistas Enrique Navarro y Arturo Fermandois aplauden que esta resolución haya puesto fin a la disputa doctrinal que no se había zanjado en los tribunales, Francisco Cumplido sostiene que el Tribunal Constitucional hizo una interpretación bastante tradicional de lo que es soberanía y que ya no está vigente.

Y el diputado Bustos descarta que haya enterrado la doctrina Nogueira, considerando que lo único importante del fallo fue la resolución (donde declaró la inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional) y que sus considerandos acerca de la supremacía de la Carta Fundamental sobre los convenios internacionales son opiniones que pueden cambiar en cualquier momento. El Tribunal Constitucional tiene una competencia

³³⁰ Considerandos 60° a 70° y 74° del Fallo del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 2002, relativo al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diputados de la República en contra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

totalmente distinta a la de los tribunales de justicia y no puede pronunciarse más que por lo que se le consulta.”³³¹

A modo de conclusión, cabe hacer notar, que el voto de mayoría del fallo en análisis demanda, como parte de la responsabilidad del Estado chileno, impulsar reformas constitucionales en aquellas materias en que se trate de aprobar normas internacionales que sean contrarias a la Constitución, a menos que se introduzca en la misma una norma de *incorporación inmediata* de la que hoy se carece.

En general, en los últimos años, han abundado las dificultades surgidas en torno a la interpretación y aplicación de las normas constitucionales relativas a materias internacionales. Muchas de estas dificultades de interpretación y de aplicación han tenido su origen en los vacíos constitucionales que presenta el problema en nuestro país. La no aplicación de los Convenios de Ginebra, el arbitraje de la Laguna del Desierto, el caso Pinochet, la proliferación de acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales y las dificultades en su aplicación, entre otros, son manifiestos ejemplos de esta realidad.

El problema descrito radica principalmente en que, a diferencia de muchas Constituciones, la de 1980 no consagra un capítulo especial a los tratados o acuerdos internacionales y otras normas de Derecho Internacional. La Carta Fundamental se limita a distribuir el poder para celebrar acuerdos entre los diversos órganos del Estado llamados a intervenir en el proceso, a saber el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

En este sentido, la ausencia tanto de normas constitucionales y legales que prevean la recepción en el derecho interno de un tratado después de su ratificación es un hecho fundamental en los problemas suscitados, pues en la práctica se ha creado una situación incierta y muchas veces contradictoria.

De esta forma, parece pertinente estudiar la conveniencia de promover una reforma constitucional que de manera integral y definitiva regule los términos en que se deberá incorporar, con un sentido de modernidad, el Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico nacional. Así, surge la necesidad de ajustar nuestra Constitución a la nueva realidad internacional, estableciendo nuevas bases para la conducción de la relación internacional.

³³¹ “El fallo expansivo del Tribunal Constitucional” en *El Mercurio*, 12 de abril de 2002, p. C3.

6. Conclusiones

a) El interés sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno de cada Estado, radica en el hecho que la eficacia real del Derecho Internacional depende esencialmente de la fidelidad con que los derechos internos se conformen a las normas internacionales y les den efecto. Es por ello, que la obligatoriedad de estas normas y la aplicabilidad de los acuerdos internacionales y el derecho internacional consuetudinario, están condicionadas por diversos factores, a saber: ideológicos, políticos, e históricos, entre otros.

b) Dualismo y monismo dominaron la discusión acerca de las relaciones entre Derecho Internacional y derecho interno con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Esta teórica disputa ha ejercido su influencia en los distintos mecanismos de incorporación del Derecho Internacional a los derechos internos existentes, a saber, mientras los países con tradición *dualista* prefieren la *recepción especial o transformación*, aquellos con tradición *monista* eligen la *recepción automática*.

Sin embargo, actualmente, no existe una clara identificación entre corriente de pensamiento acerca de las relaciones del Derecho Internacional y el derecho interno, y el mecanismo de incorporación del Derecho Internacional a los derechos internos, pues la práctica ha demostrado que ninguna corriente explica el fenómeno de las relaciones entre estos derechos de forma exacta.

Actualmente, el Derecho Comparado muestra una clara adhesión mayoritaria por la *recepción automática* del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, pasando la *transformación* a un segundo plano.

c) Se debe de reconocer que diversas Constituciones del mundo han debido modificar sus disposiciones para enfrentar los cambios que acarrea la globalización jurídica y, en particular, los procesos de internacionalización en la protección de los Derechos Humanos. Creemos ello se debe a una mayor conciencia colectiva acerca de la utilidad del Derecho Internacional, se ha dejado de lado aquel temor de perder soberanía al darle reconocimiento al Derecho Internacional. Ahora, más que la soberanía, importa por sobre

todo, la protección de las personas, sin importar si la fuente de esta protección proviene del derecho interno o del Derecho Internacional.

6.1 Recepción en Chile del Derecho Internacional

En Chile, todas las Constituciones estudiadas –1833, 1925 y 1980- omiten referirse a la recepción del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional. Respecto al *Derecho Internacional consuetudinario*, a pesar del vacío legal, por lo menos existe un consenso, tanto doctrinal como jurisprudencial, de que se recepciona a través de la *incorporación automática* al ordenamiento jurídico chileno. En cambio, en el caso del *Derecho Internacional convencional* el vacío es mayor, la doctrina y la jurisprudencia se preocupan del problema de la jerarquía de los tratados en relación con las normas internas, sin hacer referencia al mecanismo de incorporación del Derecho Internacional. De esta forma, sólo es posible teorizar al respecto basándose en interpretaciones de los artículos de la Constitución que se refieren a la tramitación de los tratados. En cuanto a este tema, las tres Constituciones analizadas presentan el mismo mecanismo, y debido al enfoque predominante basado en la analogía entre el tratado y la ley, a partir de la frase del artículo 50 n° 1 de la Constitución de 1980, original: “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”, ha tenido como consecuencia la opción por la teoría de la incorporación o recepción del tratado en el derecho interno mediante los actos de promulgación y de publicación.³³²

Pero, ¿en qué categoría de *recepción modelo* quedaría Chile en la actualidad? Creemos se pueden sostener dos tesis al respecto, a partir de la normativa que regula la tramitación de aprobación de un tratado: la *incorporación automática con exigencia de publicación previa*, o bien, la *transformación*, dependiendo si se consideran los trámites de promulgación y publicación obligatorios, o bien, innecesarios.

Recordemos que no existe obligación expresa de promulgar y publicar los tratados internacionales, aunque ha sido una práctica desde la Constitución de 1833. A lo largo de la historia, sólo han existido dos fuentes de derecho positivo que la ordenan, a saber: un

³³² Infante Caffi, María Teresa: “Los tratados en el derecho interno chileno: efectos de la Reforma Constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, n°s 2 y 3, tomo I, 1996 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996) p. 281.

Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1926 que ordenaba la promulgación, y el Decreto Ley n° 247 de 1973 que ordenaba la promulgación y publicación de las normas internacionales. Sin embargo, este último fue derogado en 1990, no existiendo en la actualidad texto positivo que regule la materia. Por su parte, la jurisprudencia ha sido invariable y reiterada, en el sentido de que la promulgación y publicación de los tratados internacionales son indispensables para que éste sea aplicable. La doctrina, en cambio, se divide: 1. Algunos autores, tales como Santiago Benadava, comparten la postura de tribunales, aduciendo que son trámites internos que ponen en vigor los tratados en el orden interno; 2. Otros autores, entre ellos Jorge Quinzio, sostienen que estos trámites no son necesarios, por la sencilla razón de no existir norma escrita que lo ordene, o bien, porque una cosa es que el tratado se tramite para su aprobación en el Congreso como ley, y otra muy diferente que sea una ley.

Ya en 1978, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sostenía la necesidad de la existencia de una norma constitucional que zanjara el problema de la promulgación y publicación de los tratados internacionales. Sin embargo, al no existir consenso al respecto, la Comisión no adopta un acuerdo definitivo en la materia debatida, tampoco el Consejo de Estado consagró una norma que aludiera al problema en comento.³³³

A) Teoría de la transformación

La mayoría de los autores y de la jurisprudencia exigen la *promulgación* y la *publicación* para que un tratado internacional tenga vigencia³³⁴, con lo cual se podría deducir que el mecanismo de recepción del Derecho Internacional convencional sería el de la *transformación*. De esta forma, la medida legislativa particular, que en nuestro ordenamiento jurídico transformaría la norma internacional en una norma interna, sería el Decreto Promulgatorio del tratado, pues en él el Presidente de la República “ordena se respete y cumpla como ley de la República”, lo cual concordaría con el procedimiento de transformación a través de una *orden de ejecución*.

³³³ Vid. *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión n° 367.

B) Teoría de la incorporación automática con exigencia de publicación previa

Algunos autores sostienen que no son necesarios los trámites de *promulgación* y de *publicación*³³⁵, para que los tratados sean aplicables en el derecho interno, pues ellos rigen desde que el tratado se ratifica en el exterior.³³⁶ Pero, a pesar de esta interpretación, la jurisprudencia ha sido unánime en exigir la publicación de los tratados internacionales para poder invocarlos en juicio. Entonces, haciendo una conciliación, entre esta postura de la doctrina y la jurisprudencia, se podría decir que en nuestro ordenamiento jurídico los tratados internacionales se incorporan a través de *incorporación automática previa publicación*.

Se puede decir que en nuestro ordenamiento jurídico los trámites de promulgación y de publicación de un tratado internacional, sólo tienen carácter declarativo, la naturaleza jurídica del tratado sigue siendo la de tal, estos trámites administrativos serían exigidos para dar eficacia al tratado.³³⁷ No habría ninguna medida legislativa interna particular, como normas internacionales sin modificar su contenido. Así, las normas internacionales se integran en los ordenamientos internos en calidad de normas internacionales desde el momento que cumplan estos trámites, pero ellos en nada afectan la validez de los tratados, en su carácter de normas internacionales, ni suponen su transformación en normas internas. Esta modalidad de incorporación evita que el Derecho Internacional requiera de prueba dentro del derecho interno y rige *in actum*.

³³⁴ Argumentos: 1. Estos trámites fueron exigidos expresamente por el Decreto Ley n° 247 de 1974; 2. Parte de la doctrina y de la jurisprudencia asimilan al tratado con la ley, entonces serían aplicables los artículos 6° y 7° del Código Civil.

³³⁵ Argumentos: 1. Todo tratado internacional es obligatorio para los Estados partes que por él se ligan desde el momento de su ratificación. 2. Artículo 27 de la Convención de Viena: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado; 3. Los tratados internacionales no están dentro de las materias de ley.

³³⁶ Así pues, División Jurídico – legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2000, t. I:63 y 64), “Ratificado y formalizada la ratificación un tratado es plenamente aplicable en lo externo y en lo interno, no es excusa alguna, en orden al cumplimiento del tratado, la circunstancia de no haberse practicado las formalidades de promulgación y publicación, desde que tales formalidades no se vinculan a la obligatoriedad del tratado ni puede la inobservancia de ellas, por lo tanto, dar base a que, se pretenda desconocer el compromiso por él asumido”.

³³⁷ Así opina también Veloso, A. (1977:270), “las normas internacionales se aplican en nuestro país en su calidad de tales. No se produce una transformación de su naturaleza jurídica de modo de convertirse en reglas jurídicas nacionales. No es dable extender la asimilación tratado - ley, a un efecto tan radical y contradictorio como lo sería la mutación de su íntima esencia”.

Personalmente, sostenemos que bajo las tres Constituciones analizadas el mecanismo de incorporación del Derecho Internacional en el derecho interno ha sido la *incorporación automática por costumbre judicial* en el caso del *Derecho internacional consuetudinario*, fundado ello en la jurisprudencia existente al respecto. Y en el caso del *Derecho internacional convencional*, creemos que en la práctica, la exigencia de la promulgación hace que el mecanismo se encasille dentro de la *transformación*, pues es una clara *orden de ejecución* del tratado dada por el Presidente de la República.

6.2 Mecanismo tentativo de recepción del Derecho Internacional en Chile

A) Creación de un capítulo dentro de la Constitución que se refiera al Derecho Internacional

Creemos sería fundamental incluir en nuestra Constitución un capítulo que se refiera en forma exclusiva al Derecho Internacional, tanto por la trascendencia del Derecho Internacional, como por la gran frecuencia y creciente importancia de los tratados y la extremada variedad de las materias que pueden ser objeto de regulación convencional.

La creciente interdependencia entre los Estados y el fenómeno de la globalización que se vive, comporta un aumento progresivo del campo de aplicación del Derecho Internacional a costa del derecho interno y, en consecuencia, la necesidad de un nuevo enfoque en la regulación de las relaciones entre ambos sistemas jurídicos, adecuando nuestro ordenamiento constitucional dentro de la perspectiva de un Estado democrático de Derecho.³³⁸

Asimismo, el desarrollo del Derecho Internacional como un ordenamiento jurídico no sólo destinado a regular las relaciones entre Estados, sino cuyo objeto también es el de la protección y desarrollo integral de la persona humana en sus más diversos aspectos, obliga a replantear sus relaciones e incorporación en el Derecho Nacional y, en particular, la regulación de su fuente convencional en el sistema constitucional.³³⁹

³³⁸ Salinas Burgos, Hernán: “La incorporación del Derecho Internacional en el Derecho Interno y la jurisprudencia del tribunal constitucional” en *Revista de Derecho Público*, volumen 63, 2002, Tomo II (Santiago, Universidad de Chile, 2002) p. 276.

³³⁹ Idem, p. 288.

El análisis que se debe efectuar para crear un nuevo capítulo en la Constitución debe considerar simultáneamente las disciplinas del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional. Pues, el nuevo capítulo de la Constitución debiese tratar acerca de la conclusión de los tratados internacionales y su tramitación; del mecanismo de incorporación del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional; acerca de la jerarquía existente entre normas internacionales y normas internas, para dar así solución a los casos de conflicto entre ellas.

Se considera que en las Constituciones chilenas, el tema de la *conclusión de los tratados* ha sido bien tratado, y por ende, respetando la tradición, se debería mantener el sistema como actualmente se encuentra, es decir: negociación, firma y ratificación exclusiva del Presidente de la República, y aprobación por parte del Congreso Nacional sin facultades de modificación del tratado.

En cuanto al *mecanismo de incorporación del Derecho Internacional* a nuestro ordenamiento jurídico, creemos que es un tema elemental que se debiera tratar, pues la carencia de una norma constitucional que prevea la recepción en el derecho interno de las normas internacionales, ha creado en la práctica una situación incierta y contradictoria, pues en reiteradas ocasiones la jurisprudencia ha señalado que determinado tratado internacional no puede ser aplicado en Chile, por no estar promulgado o publicado, como por ejemplo, en el caso paradójico de vigencia internacional sin aplicación interna del Pacto de Derechos Civiles y Políticos³⁴⁰, que por lo demás, al no incorporarse automáticamente un tratado internacional al ordenamiento jurídico chileno con la sola ratificación del mismo, ha resultado comprometido el honor de Chile. En efecto, de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, a un Estado le está vedado invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Por lo mismo, si ello ocurre, se genera responsabilidad internacional para el Estado respectivo.

³⁴⁰ Conforme lo explica Infante, M. T. (1996: 281), “este Pacto, fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y vigente internacionalmente desde el 23 de marzo de 1976, sin embargo, se publicó el 29 de abril de 1989, trece años después de su promulgación el 30 de noviembre de 1976. Los tribunales chilenos negaron sistemáticamente que se encontrara incorporado en el plano interno y fuere aplicable a las instancias judiciales por no haber sido promulgado y publicado, o una vez promulgado, por falta del segundo trámite”; Para mayor detalle acerca del problema ocurrido con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, *vid.* también Detzner, J. A.: *Tribunales chilenos y derecho internacional de derechos humanos* (Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, 1988) pp. 68 – 70.

Por otra parte, se debería zanjar el problema de la *jerarquía de los tratados*. Si bien no podemos dar una opinión al respecto porque esta tema no fue tratado en esta investigación, es fundamental que si el nuevo capítulo que se propone tratará acerca del Derecho Internacional como fuente de nuestro ordenamiento jurídico, que también aborde este problema de la jerarquía y la solución, evitando las distintas y variadas interpretaciones existentes hoy en día -producto de la imprecisión del sistema-, dando de este modo estabilidad, certeza y seguridad a nuestro ordenamiento.

De esta forma, estimamos que la Reforma Constitucional 2005, dejó pendiente un compromiso con el Derecho Internacional, pues si bien se perfecciona el mecanismo de conclusión de los tratados, vigorizando la participación del Congreso Nacional en el proceso en lo concerniente a las reservas, las declaraciones interpretativas, las denuncias o el retiro de un tratado³⁴¹, no reguló las otras materias consideradas en este estudio primordiales -mecanismo de incorporación de los tratados, jerarquía interna en caso de conflicto de normas-, manteniéndose por ende, el vacío constitucional existente al respecto.

B) Mecanismo de incorporación del Derecho Internacional³⁴²

A este respecto, sostenemos que de *lege ferendae* la Constitución debiera hacerse cargo de este tema en forma explícita, y no dejarlo a la interpretación doctrinaria y

³⁴¹ De acuerdo al artículo 54 n° 1, del Texto Refundido de la Constitución Política de 1980, tras la Reforma de 2005, son atribuciones del Congreso: “Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado (...) se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley. / El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle. / El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional. / Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria. (...) / Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste (...) / En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro. / El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. (...)”.

³⁴² Este es otro problema, con relación al Derecho Internacional, que debería ser zanjado en el nuevo capítulo que se propone. Se le dedica a ello un acápite especial, pues este es el tema que se ha estudiado con profundidad en nuestra investigación.

jurisprudencial, la cual puede arrojar diversas conclusiones respecto a la frase “el tratado se tramitará conforme a la ley”, como ya se ha visto más arriba.

Aunque el Derecho Comparado no nos muestra una solución única, la más utilizada es la incorporación automática³⁴³. Y este es el mecanismo que nos parece el más adecuado para utilizar en nuestro derecho, por las razones que se pasan a exponer:

Los trámites de *publicación* y *promulgación*, no son necesarios actualmente para que el tratado pueda ser aplicado, pues de acuerdo a la *Convención de Viena* no se pueden invocar las disposiciones internas para no dar cumplimiento a un tratado, y en ese sentido, bastaría la ratificación del mismo para que entrase en vigencia en el país.

Creemos la modificación sufrida por el artículo 50 n° 1 de la Constitución, hoy artículo 54 n° 1 de la misma, tras la Reforma Constitucional 2005, que indica que la aprobación de los tratados se someterán a los trámites de una ley “en lo pertinente”, viene a enfatizar que estos trámites no son exigidos para que el tratado tenga validez, sino más bien son una forma de publicitar la norma.

En efecto, reconocemos la importancia que tienen estos trámites, sobre todo el de *publicación*, pues de esta manera se divulga el texto de los tratados, haciéndose posible la aplicación de la presunción del artículo 8° del Código Civil “la ley se presume conocida por todos”, interpretando la voz *ley*, en el sentido amplio de norma jurídica.

De esta forma, siendo fieles a la *jurisprudencia* del último tiempo, y considerando el *argumento práctico de la presunción del conocimiento de la norma*, debiera exigirse sólo la *publicación* del tratado en el Diario Oficial.

No creemos se justifique la *promulgación*, pues entre la ratificación del tratado y la promulgación del mismo se generaría un lapso de tiempo en el cual se puede comprometer el honor de la patria; a no ser que el sistema sea simultáneo como se da en el caso de la Constitución alemana.

Así, sostenemos debiera imponerse en Chile, en forma explícita, como mecanismo de incorporación del Derecho Internacional convencional, la *incorporación automática previa publicación de la ley*. Por su parte, la norma no sólo debiera exigir la publicación,

³⁴³ Derecho consuetudinario: Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania; Derecho convencional: Estados Unidos, España, Francia.

sino también se debería dar un tiempo límite para ello³⁴⁴, pues sino se darían casos paradójicos de vigencia internacional sin aplicación interna, como el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos³⁴⁵, o en nuestro tema, de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra³⁴⁶.

Se debe enfatizar que la publicación sólo se exige como medida de publicidad del compromiso acordado por el Estado, pero que no tiene relación alguna con la entrada en vigor del mismo: el tratado entra en vigencia con el canje o depósito de ratificaciones, siendo la publicación sólo un acto informativo para que los ciudadanos conozcan los compromisos que ligan a su Estado y los derechos y obligaciones que emanan de los tratados para ellos.

El país debe estar acorde con el constitucionalismo moderno y no puede dejar de señalar en forma explícita cuál es el *mecanismo de incorporación* de las normas internacionales al ordenamiento jurídico interno. Se debe terminar con este vacío legal que ha caracterizado a nuestras tres últimas Constituciones, pues el mecanismo de incorporación señala las condiciones necesarias para que el Derecho Internacional pueda ser invocado en los tribunales domésticos; éste no puede ser aplicado por los jueces nacionales, a menos que haya sido puesto en su conocimiento en la forma prescrita por el derecho interno.

³⁴⁴ En la sesión nº 367 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución el señor Jaime Guzmán propuso consagrar una norma que fijara el plazo para la promulgación y publicación. Sin embargo, su idea fue criticada por implicar una disminución en las facultades privativas del Jefe de Estado al ser a él quien corresponde conducir las relaciones internacionales. No me parece correcta esta crítica, pues el Presidente de la República termina de conducir las relaciones internacionales, ratificando el tratado, con este paso el tratado internacional adquiere vigencia internacionalmente respecto de Chile, la publicación posterior sería sólo una forma de dar cuenta de tal conducción de la política externa a la ciudadanía -además de las otras funciones prácticas que ello tiene, como se ha explicado arriba-.

³⁴⁵ Don Enrique Bernstein, tampoco estaba de acuerdo con la promulgación y publicación de un tratado ya ratificado, pues a su juicio se comprometía en el ámbito internacional el honor de la Patria. Sin embargo, nosotros no adherimos su solución al respecto: publicar primero y ratificar después, por la sencilla razón que sería ridículo dar a conocer un tratado que aún no ha entrado en vigencia, pues no se ha concluido con su tramitación en el ámbito internacional. Por otra parte, no creo que solucione el problema, debido a la facultad que tiene el Presidente de la República de no expedir el instrumento de ratificación aunque el tratado haya sido aprobado por el Congreso Nacional, pues las circunstancias pueden haber cambiado, y si ratifica podría atentar contra los intereses generales de la Nación. Sobre la postura de don Enrique Bernstein, y sus críticas, *vid. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión nº 367.

³⁴⁶ Pasaron cinco meses entre la ratificación y su publicación, ¿qué hubiera ocurrido si se hubiese deseado invocarlos en un juicio dentro del período descrito?.

6.3 Mecanismo de recepción del Derecho Humanitario en Chile

El Derecho Humanitario puede constituir Derecho Internacional convencional, o bien, Derecho Internacional consuetudinario, sea en forma de principios generales de derecho o *ius cogens*. Sin embargo, dado su contenido material: protección de la persona humana en casos de conflictos armados, sostenemos que los tratados y convenciones sobre Derecho Humanitario, sólo codifican y ponen por escrito principios generales de derecho. Por ello, aunque en Chile no exista actualmente una regulación explícita respecto al mecanismo de incorporación del Derecho Internacional, afirmamos el Derecho Humanitario se incorpora en el ordenamiento jurídico interno a través de *recepción automática y global*, pues cuando un tratado codifica derecho consuetudinario o contiene principios generales de derecho, la incorporación al derecho interno se lleva acabo a través del mecanismo usado para el derecho consuetudinario y no el del derecho convencional, y a lo largo de esta investigación se demuestra que la jurisprudencia y la doctrina desde el siglo XIX es conteste en decepcionar el Derecho Internacional consuetudinario en forma automática y global.

Sin embargo, creemos que las actuales dificultades para asegurar el respeto del Derecho Internacional Humanitario y la represión de sus violaciones graves que nos toca presenciar, no dicen relación con el modelo de recepción existente³⁴⁷, pues como se examina en el acápite siguiente, la falta de aplicación por parte de los Tribunales chilenos, no se soluciona reformando las reglas de recepción... Al analizar la jurisprudencia al respecto, se puede observar que la correcta interpretación de los hechos y la aplicación de los Convenios de Ginebra deben buscarse en la voluntad de cumplir con la responsabilidad internacional que ha asumido el Estado al ratificar los Convenios de Ginebra.

³⁴⁷ No así en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como ya se comentó al analizar la situación de los trámites de promulgación y de publicación de los tratados.

Capítulo III: Aplicación del Derecho Humanitario en Chile

1. Generalidades

Las violaciones a las disposiciones del Derecho Humanitario se producen, en ciertos casos por omisión y en otros por ignorancia o indiferencia. Para evitarlo existen diversos mecanismos para hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario (cap. I, 6), en este capítulo se examinan las medidas que el Estado de Chile ha tomado para cumplir su obligación de hacer respetar el Derecho Humanitario. De esta forma se analiza jurisprudencia nacional, pues como medio represivo a las infracciones graves consideradas como crímenes de guerra, se debe acudir a los Tribunales de Justicia. Asimismo, se estudian los mecanismos adoptados en tiempo de paz, tanto para prevenir las violaciones al Derecho Humanitario, como para facilitar su futura aplicación.

Ahora bien, para poder analizar y criticar la aplicación del Derecho Humanitario por los tribunales chilenos, es imprescindible resumir la discusión que rodea a su aplicabilidad, la cual recae sobre si el Estado de Sitio declarado por la Junta de Gobierno presidida por Augusto Pinochet U., vigente en dos oportunidades bajo el Gobierno de la Junta³⁴⁸, tiene como fundamento un conflicto bélico en el cual cabe la aplicación de los Convenios de Ginebra.

2. Existencia de un conflicto armado, premisa para la aplicación del Derecho Humanitario

El 11 de septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas de Chile derrocan el gobierno de Salvador Allende Gossens, asumiendo el mando de la Nación la Junta de Gobierno presidida por el Comandante en Jefe del Ejército, General Augusto Pinochet Ugarte. La Junta declaró al país en Estado de Sitio -Decreto Ley n° 3 - y en Estado de Emergencia -Decreto Ley n° 4³⁴⁹-, ambos a contar del 11 de septiembre de 1973. Además, en virtud del Decreto

³⁴⁸ El Estado de Sitio rigió entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978, y del 6 de noviembre de 1984 al 17 de junio de 1985.

³⁴⁹ Ambos Decretos promulgados el 11 de septiembre de 1973, y publicados en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 1973.

Ley n° 5, del 12 de septiembre de 1973³⁵⁰, se interpretó que el estado de sitio implantado debería entenderse como *estado o tiempo de guerra*.

En consideración de la Junta de Gobierno, “Chile se encontraba en un proceso de destrucción sistemática e integral, por efecto de la intromisión de una ideología dogmática y excluyente, inspirada en los principios foráneos del marxismo – leninismo”.³⁵¹ El 13 de septiembre de 1973, el Comité Central del Partido comunista de la URSS emitió una declaración en la que junto con repudiar el Golpe Militar y declarar formalmente rotas las relaciones diplomáticas y consulares con Chile, anunciaba que de acuerdo a la Doctrina sobre la Irreversibilidad de los Procesos Revolucionarios, el Gobierno Soviético se reservaba todos los medios a su alcance para revertir la situación.³⁵²

Entonces, comenzó una lucha subversiva, la que adoptó formas abiertas, es decir, enfrentamientos directos con las Fuerzas Armadas y de Orden y el terrorismo, es decir el ataque solapado a personas y bienes. Se inició una verdadera guerra civil larvada, de carácter extremadamente violento, con bajas por ambos bandos y que en la práctica no se interrumpió más, continuando incluso bajo el primer Gobierno de la Concertación, con los asesinatos de militares y el senador Jaime Guzmán.³⁵³

Las ilegales milicias marxistas formaban un verdadero ejército paralelo, con poder de fuego equivalente a los regimientos regulares y con la presencia activa de más de 10.000 extremistas extranjeros.³⁵⁴

Este período se caracterizó por el factor ideológico, con la abierta intervención de factores foráneos. El país se polarizó en varios extremos. Por una parte, quienes pretendían derribar al Gobierno valiéndose de lo que entonces se denominó *Resistencia Civil*, la que se expresaba en paros, protestas y otras expresiones más o menos pacíficas, invariablemente desvirtuadas por el otro sector de la oposición, constituido por las fuerzas de extrema izquierda, sector que optó en todo momento por la lucha armada y el terrorismo, no deteniéndose ante ningún exceso para lograr su objetivo, consistente no sólo en derribar el

³⁵⁰ Publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 1973, declara que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna debe entenderse “estado o tiempo de guerra”.

³⁵¹ Artículo 2° del Decreto Ley n° 1 de 1973.

³⁵² *El Mercurio*, 15 de septiembre de 1973.

³⁵³ Calderón Vargas, Mario: “La situación de los Derechos Humanos en Chile entre 1970 y 1989” en *Revista Chilena de Derecho* volumen 23 n° 2 y 3, tomo I (Santiago, Pontificia universidad Católica de Chile, 1996) p. 225.

³⁵⁴ Dichos de Patricio Aylwin Azócar, en el diario *El Mercurio*, 17 de septiembre de 1973.

Gobierno Militar, sino en restablecer el proyecto marxista – leninista de apoderarse del poder total. El asesinato, el atentado terrorista, el robo, el sabotaje, fueron sus medios de acción, nunca disimulados ni desmentidos por lo demás.³⁵⁵

A raíz de estos sucesos históricos, en varios juicios se han invocado los Convenios de Ginebra, sin embargo, la mayoría de la jurisprudencia niega su aplicación, argumentando que Chile en este período no se encontraba en una situación de conflicto armado. A pesar de ello, existe parte de la doctrina y de la jurisprudencia que sostienen la existencia de una verdadera guerra civil. Veamos las distintas tesis al respecto con cierto detalle:

2.1 El Estado de Sitio declarado por la Junta de Gobierno equivale a un estado o tiempo de guerra

Bajo esta teoría el Estado de Sitio declarado por la Junta de Gobierno equivale a un estado o tiempo de guerra, por ende sería una situación que equivaldría a un conflicto bélico interno cubierto por el artículo 3º de la Convención de Ginebra, y por ende tal normativa sería aplicable. A continuación, se examinan someramente sus fundamentos:

A) Interpretación de la declaración del estado de sitio por el Decreto Ley n° 5 de 1973

Lo que da mayor sustento a esta teoría es la interpretación que hace de la declaración del Estado de Sitio, el Decreto Ley n° 5 de 1973, pues en forma textual declara que debe entenderse como *estado o tiempo de guerra*: “Declárese interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”.

³⁵⁵ Calderón, M. (1996:248).

Este instrumento modifica, como puede advertirse, la tipología existente sobre estados de excepción. En efecto, el Decreto Ley N° 5 concede categoría de tal a la conmoción interior y afecta el orden normativo que regula los derechos reconocidos y sus limitaciones bajo los estados de excepción.³⁵⁶

Incluso, el Código de Justicia Militar, en su artículo 418, hace equiparable el estado de sitio al estado de guerra: “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”. De esta norma legal se desprende que el estado de guerra existió, claramente en nuestro país, desde las primeras horas del 11 de septiembre de 1973.³⁵⁷

B) Dichos de la Junta de Gobierno y sus seguidores

Al cumplirse un mes desde la fecha de constitución de la Junta de Gobierno, el Presidente de la misma pronuncia un discurso en el que habla de que *subsiste el estado de guerra*: “La situación se controla, pero persiste la amenaza externa e interna de chilenos que se sienten rabiosamente defraudados en sus propósitos totalitarios y, desde otros países, incitan a extranjeros, a luchar contra sus propios hermanos. Por ello, subsisten el *estado de guerra interno* y el estado de sitio (...)”.³⁵⁸

Según el gremialismo, en un principio se dio una situación de enfrentamiento, en la que tuvieron lugar “excesos y acciones desmedidas”, *propias de circunstancias bélicas*. De ahí que puedan considerarse justificables. Sin embargo, instalado el nuevo gobierno, “establecida y asegurada la paz social”, los excesos que continuaron cometiéndose no

³⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile* (Washington, Organización de los Estados Americanos, 1985) p. 29.

³⁵⁷ Considerando 5º, sentencia pronunciada por Consejo de Guerra FACH, 19 de abril de 1974, Incompetencia por declinatoria de jurisdicción, rol A – 73, reproducido en Verdugo Marinkovic, Mario: *Código de Justicia Militar. Concordancias – antecedentes históricos – jurisprudencia – fallos de Consejos de Guerra* (Santiago, Ediciones Encina Ltda., 1975) p. 107.

³⁵⁸ *El Mercurio*, 12 de octubre de 1973. [La cursiva es nuestra].

pueden ser considerados en la forma anterior: “Hubo excesos que no son justificables ni legítimos bajo ningún punto de vista”³⁵⁹.

Durante este período se cometen una serie de graves violaciones a los Derechos Humanos, que constituyen crímenes de acuerdo a la legislación penal tradicional chilena (detenciones con desaparición, ejecuciones administrativas, torturas, etc.). Los organismos de Derechos Humanos consideran que durante este período se concentra más del 60% de los más graves atentados contra dichos derechos. Según el planteamiento gubernativo, tales excesos se debieron a la *resistencia armada* de partidarios del gobierno depuesto, de tipo subterráneo y encubierta, con la cual se preparaba la subversión política y terrorista.³⁶⁰

Para combatir la subversión que se prolongó durante los años que siguieron al Golpe de Estado, las fuerzas de seguridad recurrieron a métodos especiales, por cuanto “haber pretendido librar este combate con los métodos propios de un período normal, hubiese significado sucumbir ante la subversión, y permitir que Chile fuera manchado con la sangre de la lucha fratricida o del caos terrorista”. *Esta subversión era organizada “con la magnitud propia de una guerra civil”, y era apoyada desde el extranjero.*³⁶¹

Por su parte, el Ejército de Chile, sustentó en la presentación hecha a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que Chile vivía al 11 de septiembre de 1973 un *estado de guerra civil*, en donde tuvo que asumir el poder e hizo frente junto a las demás ramas de las Fuerzas Armadas a los grupos paramilitares de izquierda. Para la institución armada los signos externos de un conflicto civil son variados, pero todos ellos eran reconocibles en el país; víctimas fatales y heridos en todos los sectores; familias divididas, una economía devastada, los poderes públicos superados por los acontecimientos y en definitiva el restablecimiento de la paz y del imperio de derecho mediante el uso de la fuerza por parte de sus legítimos detentadores: Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile.³⁶²

³⁵⁹ Chadwick, Andrés: “El Gremialismo por la razón” en Politzer, Patricia: *Miedo en Chile* (CESOC, Ediciones Chile y la América, 1985, 1ª edición) p. 214.

³⁶⁰ Viera Gallo, José Antonio y Rodríguez Allendes, Teresa: *Ideologías, partidos políticos y derechos humanos: la derecha* (Santiago, Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, cuadernos de trabajo n° 7, 1988) p. 35.

³⁶¹ *Ibíd.*

³⁶² Ejército de Chile: *Presentación del Ejército de Chile a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, Ejército de Chile, 1990) p. 11.

C) Uso de los Tribunales Militares de tiempo de guerra durante el período de vigencia del estado de sitio

En virtud de los Decretos que declaran el Estado de Sitio, y del Decreto Ley n° 5 que hace aplicable la legislación militar, la jurisprudencia avalaba la aplicación de la jurisdicción militar de tiempo de guerra: “(...) declarado el país en estado de guerra por los Decretos Leyes n°s 3 y 5, de 11 y 25 de septiembre último, situación excepcional que actualmente se mantiene rigen para todo el país las leyes de guerra entre los cuales figuran las normas del Código de Justicia Militar que establecen los Tribunales Militares en tiempo de guerra”.³⁶³

La Justicia Militar constituye una jurisdicción especial, la organización y funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra eran regulados por los artículos 71 a 91 y 180 a 196 del Código de Justicia Militar, los cuales dentro del período de estado de sitio –en análisis- no presentaron modificaciones, según se constata entre la 7ª y la 13ª edición oficial del mencionado Código.³⁶⁴

Estas disposiciones, configuran un ordenamiento jerárquico autónomo e independiente de toda otra autoridad de la jurisdicción ordinaria o especial, ordenamiento que culmina en el General en Jefe a quien se otorga la plenitud de esta jurisdicción.³⁶⁵ Así, de acuerdo a esta legislación, en tiempo de guerra la jurisdicción militar era ejercida por “los Generales en Jefe o Comandantes superiores de plazas o fortalezas sitiadas o bloqueadas, o de divisiones o cuerpos que operen independientemente; por los Fiscales y por los Consejos de Guerra y Auditores³⁶⁶”.³⁶⁷ Y, “al General en Jefe de un Ejército le

³⁶³ Corte Suprema, 13 de noviembre de 1973, sentencia causa rol n° 6.603, reproducida en Verdugo, M. (1975:100 y 101).

³⁶⁴ Vid. 7ª Edición Oficial del Código de Justicia Militar del 6 de noviembre de 1973, aprobada por Decreto n° 1373 del 10 de diciembre de 1973, del Ministerio de Justicia; 9ª Edición Oficial del 31 de mayo de 1976, aprobada por Decreto n° 1869, de 12 de noviembre de 1976, del Ministerio de Justicia; 12ª Edición Oficial del 1 de octubre de 1984, aprobado por Decreto n° 1132, del 21 de diciembre de 1984, del Ministerio de Justicia; y, 13ª Edición Oficial del 23 de agosto de 1985, aprobada por Decreto n° 639, de 30 de julio de 1986, del Ministerio de Justicia.

³⁶⁵ Corte Suprema, 8 de mayo de 1974, Contienda de Competencia, expediente n° 18.720, en Verdugo, M. (1975:101 y 102).

³⁶⁶ Si bien los auditores también se incluyen en el artículo 71 del Código de Justicia Militar como tribunal de tiempo de guerra, de acuerdo a Astrosa Herrera, Renato: *Código de Justicia Militar comentado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985, 3ª edición) p. 126, “ellos no ejercen jurisdicción militar de tiempo de guerra sino como integrantes de los Consejos de Guerra; las demás funciones que tienen son de auxiliar asesor del Comandante en Jefe”.

corresponde el ejercicio pleno de la jurisdicción militar en las fuerzas de su mando y en el territorio que con ellas ocupe, comprendida la jurisdicción disciplinaria”.³⁶⁸

Los Tribunales Militares en tiempo de guerra entran a actuar cuando concurren los siguientes requisitos: a) Que el territorio nacional sea declarado en *Estado de Asamblea o de Sitio*; b) que se nombre un General en Jefe; c) que exista un enemigo extranjero o *fuerzas rebeldes organizadas para operar en su contra*.^{369 370} Cabe destacar, que junto con el comienzo de la competencia de los Tribunales Militares del tiempo de guerra, cesa la competencia de los Tribunales Militares del tiempo de paz.³⁷¹

Los Tribunales Militares de tiempo de guerra fueron estructurados sobre la base de Consejos de Guerra³⁷² que requieren de un Jefe Militar que los convoca y que puede aprobar, revocar o modificar la sentencia³⁷³, y de un Fiscal en cargo de la investigación sumarial. Se debe hacer notar, que el procedimiento usado por estos tribunales, reglamentado en el Libro II del Código de Justicia Militar –artículos 180 a 196- da a los

³⁶⁷ Artículo 71 del Código de Justicia Militar, vigente entre 1973 y 1985.

³⁶⁸ Idem, artículo 74.

³⁶⁹ Considerando 3º, sentencia pronunciada por Consejo de Guerra FACH, 19 de abril de 1974, Incompetencia por declinatoria de jurisdicción, rol A – 73, reproducido en Verdugo, M. (1975:106).

³⁷⁰ Idem, Considerando 8º, p. 108, “con respecto a la existencia de fuerzas rebeldes organizadas, tercer requisito señalado, es público y notorio que las Fuerzas Armadas a partir del amanecer del día 11 de septiembre de 1973 fueron resistidas y atacadas por grupos armados organizados”.

³⁷¹ Ello se concluye del análisis de los artículos 72 y 73 del Código de Justicia Militar, y del artículo único del Decreto Ley nº 13 del Ministerio de Defensa Nacional, que *Aclara el sentido y alcance del artículo 73 del Código de Justicia Militar*, promulgado el 17 de septiembre de 1973:

Artículo 72: La jurisdicción militar de tiempo de guerra comprende: el territorio nacional declarado en estado de asamblea o de sitio, sea por ataque exterior o conmoción interior, de acuerdo con el número 17 del artículo 72 de la Constitución Política; y el territorio extranjero ocupado por las armas chilenas;

Artículo 73: Desde el momento en que se nombre General en Jefe de un Ejército que deba operar contra el enemigo extranjero o contra fuerzas rebeldes organizadas, cesará la competencia de los Tribunales Militares del tiempo de paz y comenzará la de los Tribunales Militares del tiempo de guerra, en todo el territorio declarado en estado de asamblea o de sitio.

Igual cosa sucederá en la plaza o fortaleza sitiada o bloqueada, desde el momento que su Jefe proclame que asume en ella toda la autoridad;

Artículo único: Declárese que el sentido y alcance del artículo 73 del Código de Justicia Militar es el de entregar a los Tribunales Militares del tiempo de guerra el conocimiento de los procesos de la jurisdicción militar iniciados en el territorio declarado en Estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe; quedando sometidas a los Tribunales Militares del tiempo de paz y con arreglo al procedimiento militar de este tiempo el conocimiento y juzgamiento de las causas que llevaban adelante, hasta su total terminación.

³⁷² Artículo 81 del código de Justicia Militar: De todos los delitos que corresponda juzgar a la jurisdicción militar en tiempo de guerra, conocerán en única instancia los Consejos de Guerra.

³⁷³ Artículo 88: Pronunciada la sentencia, el Consejo la remitirá al General en Jefe o Comandante que hubiere ordenado su formación, para su cumplimiento, previa su aprobación.

imputados infinitamente menores garantías procesales que cuando son encausados por tribunales y procedimientos de tiempo de paz.³⁷⁴

En general, se pueden distinguir las siguientes características de los Tribunales de Tiempo de Guerra: a) Son tribunales colegiados³⁷⁵ (Consejos de Guerra), de única instancia (sin perjuicio de la aprobación, enmienda o revocación del Comandante en Jefe³⁷⁶), integrados, a excepción del Auditor, por elementos militares no letrados; b) Son tribunales que no integran el Poder Judicial, o sea, que no se encuentran sometidos a la supervigilancia correccional y disciplinaria de la Corte Suprema, pues no ejercen propiamente funciones judiciales, sino que de mando por delegación del Jefe del Estado; c) Son tribunales que tienen una jurisdicción más amplia que los del tiempo de paz, en atención a que deben conocer, además, de los delitos marciales, o sea, aquellos que han sido creados por los bandos militares. Por otra parte la calidad de *militar* la adquieren mayor número de personas.³⁷⁷

De esta forma, además de la composición y los extensos poderes otorgados al Jefe Militar que convoca al Consejo de Guerra, hay aspectos de procedimiento que disminuyen pronunciadamente el derecho de un acusado a un juzgamiento imparcial y justo:³⁷⁸

1. La preparación del sumario fiscal es secreta, y no puede durar más de 48 horas. Una vez completado, el sumario es presentado al Jefe Militar quien lo revisa y convocará un Consejo de Guerra si decide que el caso tiene suficientes pruebas y méritos. El abogado del acusado sólo tiene acceso al sumario del Fiscal el día que el Comandante en Jefe convoca el Consejo de Guerra y sólo tiene tiempo para prepararse el día en que el Consejo de Guerra se reúne. El Código no señala el tiempo mínimo que debe pasar entre el momento en que el Defensor tiene acceso al sumario del Fiscal y el momento mismo en que

³⁷⁴ Astrosa, R. (1985:125).

³⁷⁵ Conforme a López Dawson, Carlos: *Justicia Militar. Una nueva mirada* (Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Editora Nacional de Derechos Humanos, 1995, 1ª edición) p. 62, “la Corte Suprema no tiene ningún poder de revisión sobre las decisiones del Consejo de Guerra, ello es particularmente ominoso pues el Consejo de Guerra está integrado por siete personas, todos los cuales son miembros activos de las Fuerzas Armadas, menos el Auditor, quien debe tener instrucción legal (Vid. Artículos 82 y 83 del Código de Justicia Militar)”.

³⁷⁶ Según, *Ibidem*, “cualquier decisión del Consejo de Guerra puede ser modificada e incluso, revocada por el Jefe Militar que lo convocó. Esto puede resultar en la posibilidad que una sentencia absolutoria del Consejo de Guerra sea anulada por el Jefe Militar sin ningún tipo de recurso disponible para el acusado”.

³⁷⁷ Astrosa, R. (1985:126 y 127).

³⁷⁸ López, C. (1995:62 – 64).

el Consejo se reúne. En efecto, el tiempo otorgado al abogado para preparar la defensa de su cliente está sujeto a la discreción del Comandante en Jefe que convoca al Consejo.³⁷⁹

2. Durante la sesión misma del Consejo de Guerra, el fiscal es libre para presentar todas las pruebas y testimonios que él estime conveniente para el caso. El defensor, en cambio, está limitado a leer un resumen escrito ya preparado. El defensor no tiene la oportunidad de refutar o debatir ninguno de los cargos o alegatos hechos por parte del fiscal.³⁸⁰

3. Si el defensor comete una falta de respeto de tal gravedad que dificulta el funcionamiento del Consejo, puede ser retirado, continuando la causa sin su intervención.³⁸¹

4. Aplicación de procedimientos severos, tales como: incomunicaciones prolongadas³⁸² y amenazas³⁸³.

D) Decreto Ley n° 640 de 1974

El Decreto Ley n° 640, de 10 de septiembre de 1974, en su artículo 6° distingue cuatro grados de estado de sitio: a) por guerra interna o externa; b) en grado de defensa

³⁷⁹ Artículo 183 del Código de Justicia Militar: “El decreto que ordena la convocación del Consejo de Guerra señalará el lugar, día y hora en que debe funcionar; y ordenará también ponerlo en conocimiento del o los inculpadados con el mandamiento de que en el acto deben señalar su defensor.

Al inculpadado que no designare en el acto su defensor, se le designará uno de oficio por el Fiscal”.

³⁸⁰ Artículo 191 del Código de Justicia Militar, incisos 2° y 3°: “El fiscal hará una relación del sumario, terminando con la lectura del dictamen o de los cargos formulados por el Comandante en Jefe a que se refieren los artículos 180 y 181.

Enseguida, el reo o defensor leerán la defensa, la que debe contener las conclusiones que creyeran del caso, sosteniendo la inculpabilidad del reo o las causales que atenúen su responsabilidad”.

³⁸¹ Artículo 196 del Código de Justicia Militar, inciso 4°: “Las faltas de respeto del defensor se castigarán después que haya cumplido su misión, salvo que fueren de tal gravedad que dificultaren el funcionamiento del Consejo, en cuyo caso se le hará retirarse, si así lo resuelve el Consejo, continuando la causa sin su intervención”.

³⁸² Conforme a López, C. (1995:63), “se hizo una costumbre para los fiscales militares el incomunicar por largos períodos a los detenidos apenas les eran puestos a su disposición por parte del organismo aprehensor. Estos períodos oscilaban entre los 10 y 70 días. Cabe tener presente que los sicólogos han elaborado estudios e informes sobre el particular concluyendo que la incomunicación prolongada constituye una forma de tortura: al término de cuatro días de aislamiento aparece ansiedad, desasosiego, irritabilidad, fantasías atemorizantes, vivencias de despersonalización, entorpecimiento del juicio reflexivo y dificultad para mantener un juicio independiente; al 7° día de aislamiento se agrega la angustia, sensaciones corporales extrañas, dificultad de atención y concentración”.

³⁸³ Según Idem., p. 64, “el procedimiento penal permitía que el detenido fuese interrogado por el juez o fiscal sin la presencia de un abogado, lo que da pie a toda clase de especulaciones afectándose el derecho del detenido y el prestigio del tribunal”.

interna en caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad; c) en grado de seguridad interior, que procederá cuando la conmoción sea provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas, y d) en grado de simple conmoción interior, que procederá en los demás casos previstos en la legislación vigente.

El artículo 7º de este Decreto Ley, hace funcionar a los tribunales de tiempo de guerra en los dos primeros grados de estado de sitio, lo que se conforma, en general, con lo que se expresa en los artículos 72, 418 y 419 del Código de Justicia Militar:

Artículo 72: “La jurisdicción militar de tiempo de guerra comprende: el territorio nacional declarado en estado de asamblea o de sitio, sea por ataque exterior o conmoción interior, de acuerdo con el número 17 del artículo 72 de la Constitución Política; y el territorio extranjero ocupado por las armas chilenas”;

Artículo 418: “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”;

Artículo 419: “Se Considera que una fuerza está “frente al enemigo” no sólo cuando notoriamente lo tenga a su frente, sino desde el momento que haya emprendido los servicios de seguridad en contra de él.

Y se entiende por “enemigo”, para estos efectos, no solamente el extranjero, sino cualquiera clase de fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas militarmente.”

E) Decreto Ley nº 2.191 de 1978

La Ley de Amnistía, Decreto Ley nº 2.191, que se promulgó el 19 de abril de 1978, la cual deja sin sanción los hechos ilícitos ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1978, no definió el significado de la palabra *amnistía*. Sin embargo, hay consenso que procede del griego *amnesis* que significa *olvido*; y de que por ser el Estado el único que tiene la potestad de castigar delitos puede renunciar parcialmente a dicha facultad para dejar sin sanción alguno de éstos en períodos de *grave perturbación política o revolucionaria* con el propósito de restablecer la paz social y la estabilidad institucional

perturbada o amenazada.³⁸⁴ En palabras de Jaime Guzmán, la Ley de Amnistía constituye “un paso muy positivo. Viene a reconocer que Chile vivió cuatro años y medio en un estado de excepción que a veces *se acercó a una situación de verdadera guerra interna*”.³⁸⁵

Este Decreto fue dictado para dejar sin sanción hechos ilícitos ejecutados en un período de grave perturbación política o revolucionaria por la aplicación de la *Justicia Militar en tiempo de guerra* a los disidentes al Gobierno Militar, situación expresamente comprendida en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Sin embargo, la amnistía como causal de extinción de responsabilidad penal de crímenes de guerra o de lesa humanidad está expresamente prohibida por los Convenios Internacionales y el Protocolo Adicional II, complementario del artículo 3º de los Convenios de Ginebra, al hablar de amnistía se refiere “al recurso de las armas”, como también a los delitos que tienen el carácter de políticos o conexos con esta circunstancia, y no se refiere en ningún caso a los crímenes cometidos fuera de las acciones bélicas ya que, de no ser así, sería contrario a la Convención de Ginebra.

F) Dichos del Ejército de Chile

El Ejército de Chile plantea en la presentación que hace a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación³⁸⁶, que Chile vivía al 11 de septiembre de 1973, un *estado de guerra civil*, en donde tuvo que asumir el poder e hizo frente junto a las demás ramas de las Fuerzas Armadas a los grupos paramilitares de izquierda.³⁸⁷

Se plantea en forma progresiva y generalizada una situación de arbitrariedad, anarquía y violencia armada: 1. La paz social es turbada por desavenencias fundamentales entre bandos de la Nación, quebrándose la tranquilidad pública, introduciéndose alteraciones graves a la convivencia social; 2. La grave situación es percibida por el grueso de la opinión pública; 3. Los mecanismos instituciones progresivamente dejan de funcionar;

³⁸⁴ Corte Suprema, 24 de agosto de 1990, Recurso de Inaplicabilidad en *LXXXVIII Revista de Derecho y Jurisprudencia* segunda parte, sección 4ª (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990) p. 65.

³⁸⁵ En entrevista de Bárbara Hayes, titulada: “Jaime Guzmán Errázuriz se confiesa: “Cerebro” del Gobierno” en diario de circulación nacional *Las Últimas Noticias*, de 27 de mayo de 1978.

³⁸⁶ Esta Comisión fue creada especialmente para investigar los casos de violaciones a los derechos humanos, durante el período del Gobierno Militar, la cual trabajó durante el Gobierno de Aylwin Azócar.

³⁸⁷ Ejército de Chile (1990:14).

4. Existe una lucha armada entre bandos de una misma Nación, los cuales se agreden metódicamente entre sí, por motivos ideológicos – políticos.³⁸⁸

2.2 El Estado de Sitio declarado por la Junta de Gobierno se funda en los disturbios o tensiones interiores existentes

De acuerdo a esta tesis, el Estado de Sitio sólo tiene su fundamento en una situación de *disturbio o tensión interior* existente, bajo la cual *no cabe la aplicación de los Convenios de Ginebra*, pues el Protocolo II excluye expresamente de su ámbito de aplicación estas situaciones. Su fundamento radica en la naturaleza jurídica del estado de sitio, como estado de excepción constitucional.

A) Naturaleza jurídica del Estado de Sitio

La Constitución de 1925 contemplaba dos tipos de estados de excepción, el estado de asamblea y el estado de sitio; aquél era procedente en caso de guerra externa y éste en situaciones de ataque exterior y de conmoción interna, y conforme al Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile, adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1985, lo que interesa a los fines de tal informe es la “declaración del estado de sitio *por conmoción interna*”³⁸⁹, lo cual demostraría que el Estado de Sitio declarado por la Junta de Gobierno tuvo su fundamento en las tensiones interiores existentes.

Así pues, en situaciones de *perturbación del orden público*, el Derecho Humanitario no tiene aplicación, lo cual no obsta a que el Comité Internacional de la Cruz Roja pueda visitar detenidos. Sin embargo, al hacerlo, obra conforme a sus propios Estatutos, no a las Convenciones de Ginebra.^{390 391}

³⁸⁸ Idem, pp. 15 y 16.

³⁸⁹ Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1985:24 – 26).

³⁹⁰ Conforme al Manual del Comité Internacional de la Cruz Roja (1975:282), en el punto 5, del artículo VI de los Estatutos de la Cruz Roja Internacional, adoptados por la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, en la Haya, en 1928 y revisados en Toronto en 1952, se señala que el Comité Internacional de la Cruz Roja es una “institución neutral, cuya actividad humanitaria se ejerce especialmente en caso de guerra, de guerra civil o de perturbaciones interiores, se esfuerza en todo tiempo, en asegurar protección y asistencia a las víctimas militares y civiles de dichos conflictos y de sus consecuencias directas (...)”[El subrayado es nuestro].

Valga la observación de que los gobiernos autoritarios suelen invocar la presencia de un Estado de Guerra interna en circunstancias en que a lo sumo existe una alteración de la tranquilidad pública (a menudo causada por los “ímpetus” de las propias autoridades). Curiosamente, sin embargo, en el contexto de esta falacia, las autoridades no aplican el Derecho Humanitario, al tiempo que pretenden justificar sus violaciones a los Derechos Humanos.³⁹²

En opinión de la *Comisión Chilena de Derechos Humanos*, aplicando estrictamente el Derecho Internacional, no es posible sostener que en Chile haya existido guerra, por lo que los métodos militares, tales como Consejos de Guerra, Campos de Prisioneros, ocupación militar de ciudades y sus secuelas, etc., sólo constituyeron abusos y violaciones a los derechos de todos los habitantes del país, y por tanto infracción grave al Derecho Internacional de Derechos Humanos.³⁹³

3. Aplicación hecha por los Tribunales de Justicia

Se han presentado varios casos ante los Tribunales de Justicia, en el cual los querellantes son de la opinión de aplicar los Convenios de Ginebra, pues el delito en cuestión se habría cometido durante el Estado de Sitio decretado por la Junta de Gobierno, lo cual interpretado por el Decreto Ley nº 5 de 1973, equivaldría a un *estado o tiempo de guerra*.

Los Tribunales de Justicia chilenos, en general, niegan la aplicación de los Convenios de Ginebra por no darse el supuesto para ello, a saber: la existencia de un conflicto bélico efectivo. Sin embargo, existen dos fallos de la Corte de Apelaciones de

Por su parte, Idem., p. 297, el artículo 4 letra d) de los Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja, adoptados el 25 de septiembre de 1952, modificados el 8 de enero de 1964 y el 6 de mayo de 1971, señalan que “la misión principal del CICR es actuar, en su calidad de institución neutral, especialmente en caso de guerra, de guerra civil o de desórdenes interiores (...)” [El subrayado es nuestro].

Vid. más detalles sobre este tema en el Capítulo I, que trata del Derecho Humanitario, en su acápite 4, donde trata de los disturbios interiores y tensiones internas, y las definiciones que el CICR ha dado sobre estos conceptos y las normas a aplicar en estos casos.

³⁹¹ Según la opinión de González, F. (1993:34), Así ocurrió en el caso chileno durante el Gobierno de Pinochet.

³⁹² Idem, pp. 34 y 35.

³⁹³ Comisión Chilena de Derechos Humanos: *Las desudas de la transición* (Santiago, Ediciones Nacionales S.A., 1994) p. 22.

Santiago – año 1994-³⁹⁴, dos fallos de la Corte Suprema -uno del año 1998³⁹⁵ y otro del año 2002³⁹⁶-, y un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco –año 2004³⁹⁷-, que aceptan la aplicación de estos Convenios, aduciendo que la protección de la persona humana es lo fundamental. A continuación se resumen los casos más emblemáticos, extractando considerandos fundamentales de los fallos respectivos, para su posterior análisis en conjunto:

3.1 Caso Insunza Bascuñán (1990)

El 24 de agosto de 1990, la Corte Suprema, conoce de un recurso de inaplicabilidad de la ley de amnistía por inconstitucionalidad, caratulado *Insunza Bascuñán, Iván Sergio y otros*.³⁹⁸ La Corte señala que los Convenios de Ginebra no encuentran aplicación a los hechos delictuosos investigados en la causa, rol n° 553 – 78 de la Segunda Fiscalía del Juzgado Militar de Santiago, seguida por los delitos de secuestro agravado de Iván Sergio Insunza Bascuñán y otros, en contra de Manuel Contreras y otros, en que incide el recurso por cuanto si bien están comprendidos dentro del período de la situación de Estado de Sitio que cubre la amnistía, no aparece que sean la consecuencia o hayan resultado de un estado de conflicto armado interno de las características exigidas para su aplicación: conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas. Ello se fundamenta en el considerando 26° de la sentencia en comento:

“26) Que, asimismo, los Convenios de Ginebra, suscritos por el Gobierno de Chile con fecha 12 de agosto de 1949, están incorporados a la legislación nacional conforma a la normativa legal que rige para el efecto, en virtud de haberse promulgado

³⁹⁴ Vid. Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol n° 13.997 – 94, sentencia del 24 de septiembre de 1994, reproducida en *Diario El Mercurio*, 2 octubre de 1994, pp. D4 y D5; Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de septiembre de 1994, apelación rol n° 38.683 – 94, sentencia reproducida en *Gaceta Jurídica* n° 171, septiembre 1994, pp. 127 – 136.

³⁹⁵ La sentencia de primer grado, la de la Corte Marcial y la de la Corte Suprema se reproducen en *Gaceta Jurídica* n° 219, 1998, pp. 114 –127.

³⁹⁶ Vid. Corte Suprema, fallo que desafió al senador Pinochet, reproducido en *Diario La Segunda*, martes 8 de agosto de 2000, especialmente prevenciones del Ministro Benquis considerandos 2° a 5°, pp. 29 – 31; también reproducido en *Revista de Estudios Públicos* n° 79, invierno 2000, pp. 533 a 536.

³⁹⁷ Vid. Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de diciembre de 2004, causa rol n° 333 – 04, sentencia reproducida en Base de Datos Jurídica *LexisNexis*, número identificador 32543.

³⁹⁸ Corte Suprema, 1990, Recurso de inaplicabilidad, en LXXXVII *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, segunda parte, sección cuarta, pp. 64 - 86.

mediante Decreto Supremo N° 752, publicado en el Diario Oficial de los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951. Estando pues vigentes estos acuerdos internacionales deben considerarse comprendidos en la norma del artículo 5° de la Constitución, que ordena a los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los Tratados Internacionales.

De acuerdo con su texto, tales Convenios de Ginebra se refieren a medidas de mejoramiento de la suerte de los heridos en campaña, sobre mejoramiento de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas de Mar, sobre tratamiento de prisioneros de guerra y protección de los civiles en tiempo de guerra.

Ahora, de conformidad a lo que disponen los artículos 2° y 3° que son comunes a los cuatro Convenios promulgados, resulta de manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos, que surjan dentro del territorio de algunas de las Altas Partes contratantes, y dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un efectivo conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligarán sus disposiciones (art. 3°).

Lo recién expresado es suficiente para concluir que la normativa de esos Convenios, en cuanto obliga a las Partes Contratantes a sancionar a los responsables de las graves infracciones que contemplan, no encuentran aplicación a los hechos delictuosos investigados en la causa en que incide el recurso en estudio, por cuanto si bien están comprendidos dentro del período de la Situación de Estado de Sitio que cubre la amnistía, no aparece que sean la consecuencia o hayan resultado de un estado de conflicto armado interno, de las características de las reseñadas precedentemente.

De conformidad a lo consignado en el fundamento 23° de esta sentencia, se llega también a la conclusión de que las disposiciones de los mencionados Convenios de Ginebra, no pueden resultar afectadas por el precepto legal que concedió la amnistía de 1978.”³⁹⁹

De esta forma, la Corte Suprema consideró que durante el período comprendido por la ley de amnistía y el régimen jurídico de estado de sitio, no se daban los supuestos exigidos por estos Convenios para su aplicación y que no eran equivalentes los hechos delictuosos investigados a las infracciones a que se refieren dichos instrumentos.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Considerando 26° de la sentencia reproducido en Idem. , p. 77.

⁴⁰⁰ Infante, M. T. (1996:290).

3.2 Caso Videla Moya (1994 - 1996)

La sentencia de primera instancia, del 10 de marzo de 1994, declara el sobreseimiento definitivo, por prescripción de la acción penal, a favor de Osvaldo Romo Mena, por los delitos de secuestro y homicidio en perjuicio de Lumi Videla Moya. La 3ª Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, el 24 de septiembre de 1994, dictó sentencia revocatoria⁴⁰¹, reponiendo la causa al estado de sumario.

Los ministros de la Corte afirmaron que en Chile durante el período comprendido por la ley de amnistía existió una guerra, en la cual debían respetarse los Convenios de Ginebra de 1949: “... en tal realidad son plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de protección de los derechos humanos de las fuerzas enemigas organizadas y de la población afectada y se sancionan los crímenes de guerra, los cuales constituyen una forma de abuso de la fuerza producida dentro de una situación material creada por un conflicto armado, pudiendo ser interno o internacional”.

Sin embargo, la Corte Suprema, acogiendo un recurso de queja en su contra se pronunció en sentido contrario a los principales argumentos de dicha decisión. La Corte consideró inaplicable a la situación referida en la sentencia de apelación –guerra o conflicto armado interno- las normas convencionales de derecho internacional humanitario, incluyendo el Protocolo II de 1977, fundamentalmente por no darse los supuestos bélicos allí contemplados.

Así, en este fallo de 30 de enero 1996, caratulado *N. N. con Osvaldo Romo Mena*, rol nº 5.476 – 94⁴⁰², se fundamenta la no aplicación de los Convenios de Ginebra en sus considerandos 2º y 3º, sosteniendo que el Estado de Sitio que imperó en Chile luego del 11 de septiembre de 1973, no constituyó un estado de guerra interna y su declaración tampoco supone un reconocimiento de un estado de guerra civil:

“2º.- Que la Constitución Política del Estado de 1925, en su artículo 72 nº 17, entregaba al Presidente de la República la atribución de declarar en estado de asamblea una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra extranjera y en estado de

⁴⁰¹ Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol nº 13.997 – 94, sentencia del 24 de septiembre de 1994, reproducida en *Diario El Mercurio*, 2 octubre de 1994, pp. D5 y D5.

⁴⁰² Corte Suprema, 30 de enero de 1996, recurso de queja rol nº 5.476 – 94, sentencia reproducida en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, nºs 2 y 3, 1996 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996) pp. 456 - 459.

sitio, unos o varios puntos del país, en caso de ataque exterior y, agrega, que este mismo estado de sitio puede ser decretado en el evento de existir conmoción interior, correspondiendo efectuar la declaración al Congreso Nacional:

Mediante Decreto Ley nº 3 se declaró en *estado de sitio por conmoción interna* el territorio nacional, lo que no importó el reconocimiento de un estado de tiempo de guerra en el país, lo cual se dispuso solamente con el objeto de dar aplicación a la normativa penal militar, tanto sustantiva, procesal y orgánica, según se deja expresamente consignado en el Decreto Ley nº 5 del mismo año.

No obstante dicha declaración, su carácter limitado o restrictivo, las circunstancias de público conocimiento que se vivieron en el país en los meses posteriores al 11 de septiembre de 1973, como el hecho de los actos preventivos, previos o preparatorios de un estado de tiempo de guerra no necesariamente lo constituyen o desembocan en éste, por cuanto el acaecimiento de “graves trastornos internos” podrán permitir la actuación de los “tribunales de tiempo de guerra, sin que signifique que el país esté en estado o tiempo de guerra”. (Renato Astrosa, Derecho Penal Militar, pp. 45 y 46). La actuación de los Tribunales en tiempo de Guerra se enmarca dentro de los actos preventivos de dicho tiempo o estado de guerra, al estar dirigido a disuadir actuaciones contrarias a las autoridades constituidas, ya que de hacerlo se les aplicaría la normativa que dicho Estado contempla en la legislación penal militar, la que es más rigurosa:

La autoridad constituida reglamentó posteriormente los Estados de Emergencia en el Decreto Ley nº 640 de fecha 10 de septiembre de 1974, siempre en función de una decisión política, con el objeto de estar facultada para disponer diferentes medidas que señala para cada uno de los estados de excepción constitucional. Es así como el 18 de septiembre de 1974 se declara el país en *estado de sitio en grado de defensa interna, por existir conmoción interior provocada por fuerza rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad*, facultando a la autoridad, de este modo, para disponer diferentes medidas políticas y, además, *se hace aplicable la normativa penal militar, todo lo cual no importa un reconocimiento o constatación de un estado o tiempo de guerra, sino que se permitiera la adopción de medidas preventivas que tiendan a evitarla*;

3º.- Que tanto por lo expuesto, como por las circunstancias en que se desarrollaron los hechos con posterioridad al 11 de septiembre de 1973 no es posible sostener que al interior del país existieron fuerzas armadas disidentes o grupos organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercieran sobre una parte del territorio nacional un control suficiente que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, por lo que resulta inaplicable la preceptiva contenida en los

tratados internacionales ratificados por Chile que disponen diferentes reglamentaciones en dicho estado de cosas, como son las Convenciones de Ginebra de 1949.”⁴⁰³

3.3 Caso Uribe Tambley y Van Jurick Altamirano (1994 – 1998)

La 8ª Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 30 de septiembre de 1994, confirma la sentencia de primera instancia: inculpación del procesado Osvaldo Romo Mena por el delito de secuestro en contra de los ofendidos Bárbara Uribe Tambley y Edwin Francisco Van Jurick Altamirano.⁴⁰⁴

Respecto de los Convenios de Ginebra, el fallo señala que son normas obligatorias para el Estado de Chile desde su publicación, y que declaran imprescriptibles y no sujetos a amnistía los crímenes de guerra, entre los cuales los cometidos en Chile, en *estado de guerra interna*, con posterioridad al Decreto Ley nº 5, de 22 de septiembre de 1973, esta afirmación se encuentra fundamentada en los considerandos 3º a 5º del fallo, los cuales se transcriben a continuación, destacándose con cursiva lo considerado relevante para objeto de este estudio:

“3º: Que por otra parte, es necesario precisar si son aplicables en estos autos, los Convenios de Ginebra del año 1949 sobre derecho humanitario internacional, ya que de serlo, los delitos por ellos contemplados son imprescriptibles y no sujetos a amnistía;

4º: Que los Convenios de Ginebra forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, ya que fueron aprobados por el Congreso Nacional, promulgados por el Decreto nº 752 y publicados en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, los que se encuentran vigentes para efectos internos desde esta última fecha hasta el presente.

5º: Que *los Convenios de Ginebra sólo se aplican en caso de guerra, debiendo precisarse si en Chile existía un Estado de Guerra Interna* al momento de ser secuestrados y luego torturados, Bárbara Uribe Tambley y Edwin Francisco Van Jurick Altamirano, *el 10 de julio de 1974*, como consta de los autos (...)

Para estos efectos, cabe tener presente lo siguiente:

a) Que el *Decreto ley nº 5, del 12 de septiembre de 1973*, publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre del mismo año, *determinó la existencia de un Estado de Guerra Interna*, habiéndose decretado el *Estado de Sitio* el 18 de septiembre de 1973, que *bajo el sistema jurídico imperante a la fecha, tenía lugar sólo en caso de guerra interna*

⁴⁰³ Considerandos 2º y 3º del fallo en comento, reproducidos en Idem, pp. 457 y 458.

o externa, *Estado de Sitio que rigió en situación de guerra interna* hasta el 10 de septiembre de 1974 a lo menos.

b) Que el artículo 418 del Código de Justicia Militar, vigente a la fecha, establecía que: “Para los efectos de este Código, se entiende que *hay estado de guerra*, o que es tiempo de guerra, *no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio*, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiera la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

c) *Que entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de septiembre de 1974 rigió el Estado de Sitio, ello significa que hubo conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas que operaban en forma abierta o clandestina y durante todo el período rigieron los tribunales, los procedimientos y las penalidades de tiempo de guerra*, como asimismo, había una acción militar al mando de un jefe especialmente nombrado al efecto, con atribuciones para dictar bandos.

d) Que, *la Corte Suprema de Justicia, en el caso Chanfreau, concluyó que durante 1974 hubo una situación de guerra.*

e) *Que en tal realidad, son plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de protección de los derechos humanos de las fuerzas enemigas organizadas y de la población civil afectada y se sancionan los crímenes de guerra, los cuales constituyen una forma de abuso de la fuerza producida dentro de una situación material creada por un conflicto armado, pudiendo ser éste interno o internacional.*”⁴⁰⁵

Una vez fundamentada la vigencia y aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, el fallo los aplica al caso en particular, en sus considerandos 8º y 9º:

“Siendo los Convenios de Ginebra normas obligatorias para el Estado de Chile desde abril de 1951, y teniendo sus disposiciones una protección de los derechos humanos de los contendientes en caso de guerra externa o conflicto entre fuerzas organizadas de carácter armado internas al Estado, situación esta última vigente en el país en 1974 (...)

Debemos considerar su artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, el cual determina que, en caso de conflicto armado sin carácter internacional que se desarrolle en el territorio de un Estado Parte, la obligación de dicho Estado de aplicar, a las personas que no participen directamente en las hostilidades o las personas que hayan

⁴⁰⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de septiembre de 1994, apelación rol nº 38.683 – 94, sentencia reproducida en *Gaceta Jurídica* nº 171, septiembre 1994, pp. 127 – 136.

⁴⁰⁵ Considerando 3º a 5º de la sentencia en comento, reproducidos en Idem. , pp. 127 y 128. [La cursiva es nuestra].

quedado fuera de combate por diversas razones, un *trato humanitario*, quedando prohibidos en todo tiempo y lugar los atentados a la integridad corporal, las mutilaciones, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, las torturas y suplicios y los atentados a la vida. El artículo 146 del mismo, sobre protección a personas civiles en tiempo de guerra, establece la obligación del Estado Parte de “buscar a las personas acusadas de haber cometido, o de haber ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves, haciendo comparecer a tales personas ante los propios tribunales de esa Parte, fuera cual fuere la nacionalidad de ellas”. A su vez, el artículo 147 de la convención sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, establece que “las infracciones graves a las que se refiere el artículo precedente son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluso los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud...”, lo que se refuerza en el Protocolo II, relativo a los conflictos armados sin carácter internacional. Concluyendo el artículo 158 de la misma Convención de que “Ninguna Alta Parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra parte contratante, de las responsabilidades en que hayan podido incurrir ella misma u otra Parte contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior” (Recopilación de Leyes. Contraloría General de la República, edición oficial, Tomo XXXVIII, página 581). Ello implica que las autoridades de un Estado Parte no pueden dictar normas internas que contravengan el cumplimiento de buena fe de los Convenios o Tratados Internacionales en análisis, desde la entrada en vigencia de los mismos. De esta manera, tales delitos que constituyen infracciones graves de la Convención, son imprescriptibles y no sujetos a Amnistía. El intento de un Estado por alterar la condición criminal y la responsabilidad consiguiente de los actos que vulneran las leyes de la guerra y los derechos de las personas durante ella, está fuera de la competencia del Estado, mientras éste sea parte de las Convenciones de Ginebra sobre derecho humanitario, ello sería más grave aún, si con ello se persigue encubrir una responsabilidad no sólo individual, sino también de agentes del Estado o funcionarios públicos, lo que constituiría una situación de autoabsolución que repugna a toda noción jurídica básica de respeto de los derechos humanos y del respeto del derecho consuetudinario y convencional internacional de derechos humanos, junto con vulnerar los valores y principios básicos de nuestro propio ordenamiento constitucional.”⁴⁰⁶

Sin embargo, a pesar de que la Corte de Apelaciones hizo una muy buena fundamentación acerca de por qué era procedente aplicar los Convenios de Ginebra, en el

considerando 5º de la sentencia, la Corte Suprema, acogiendo un recurso de queja en su contra, se pronunció en sentido contrario a los principales argumentos de dicha decisión. Consideró inaplicable a la situación referida en la sentencia de apelación –guerra o conflicto armado interno- las normas convencionales de derecho internacional humanitario, incluyendo el Protocolo II de 1977, fundamentalmente por no darse los supuestos bélicos allí contemplados.

De esta forma, el 26 de octubre de 1995, la Corte Suprema deja sin efecto el fallo dictado el 30 de septiembre de 1994 por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso caratulado *Familia Uribe Tambley y otra con Osvaldo Romo Mena*, a través de la sentencia rol n° 5.566.⁴⁰⁷

Respecto a los Convenios de Ginebra, en su considerando 3º la Corte señala, que sí serían aplicables al proceso en cuestión:

“3º.- Que el fallo recurrido analiza, en forma extensa y en varios considerandos, los Convenios de Ginebra sobre el Derecho Humanitario Internacional del año 1949 (aprobados por el Congreso Nacional, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, luego de su promulgación –decreto n° 752 del Ministerio e Relaciones Exteriores- y publicación en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951), para concluir, que *serían aplicables a este proceso, pues sus disposiciones protegen los Derechos Humanos de los contendientes en caso de guerra externa o conflictos entre fuerzas organizadas de carácter interior de un Estado, todo lo cual se da por establecido como la situación vigente a la fecha en que se cometió el ilícito, invocándose para probarlo, el Decreto Ley n° 5 de 1973, que señala que debe entenderse Estado o tiempo de guerra al Estado de Sitio decretado por conmoción interna para los efectos de la aplicación de la penalidad, de tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar*”.⁴⁰⁸

Luego de declarar que si serían aplicables los Convenios a este caso en cuestión, pues el ilícito se cometió en estado de guerra, ello probado por el Decreto Ley n° 5 de 1973, en su considerando 8º, transcribe ciertos preceptos de los Protocolo adicional II, para así poder fundar sus interpretaciones respecto a la aplicación de los Convenios en los considerandos 9º a 12º:

⁴⁰⁶ Considerando 8º y 9º del fallo en comento en Idem. , pp 132 y 133.

⁴⁰⁷ Sentencia reproducida en *Gaceta Jurídica* n° 185 noviembre 1995, pp. 120 – 125.

⁴⁰⁸ Considerando 3º reproducido en Idem, p. 121, con cursiva nuestra.

“8º.- Que para una adecuada interpretación de los preceptos legales invocados, y en especial el de los Convenios de Ginebra, conviene transcribir las disposiciones pertinentes.

El artículo 1º del Protocolo II (conflictos bélicos sin carácter internacional) en sus números 1 y 2 expresan:

“1.- El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sin modificar actuales condiciones de aplicación, se aplicaría a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo primero del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollan en el territorio de una alta parte contratante entre sus F.F.A.A y F.F.A.A. disidentes o *grupos armados organizados* que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les 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 de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

9º.- Que de lo transcrito en el considerando precedente se puede inferir que los conflictos a que se refiere el nº 1 del precepto, son aquellos que se produce dentro del territorio entre fuerzas bélicas, es decir entre sus F.F.A.A. y F.F.A.A. disidentes o grupos armados organizados por lo que debe tratarse de un efectivo conflicto bélico, ya que como lo expone el nº 2 del mismo precepto, el Convenio no se aplica a tensiones internas y actos de violencia que “no son conflictos armados”.

10º.- Que, por otra parte, el artículo 1º del Decreto ley nº 5 de 1973 que declaró el estado de guerra, y en el cual se funda el fallo recurrido para aplicar los Convenios de Ginebra, expresa:

“Declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”.

11º.- Que de la lectura de la disposición antes reproducida, y de los considerandos del precitado Decreto ley nº 5, se colige que dicho precepto interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el sólo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra sin que en realidad concurrieran los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra. Lo que ocurre, es que las autoridades de la época, al concentrar amplias potestades –constituyentes y legislativas-,

resolvieron enfrentar la situación de conmoción interna con especial rigurosidad para reprimir y sancionar con una mayor penalidad los detalles contra la seguridad interior del país declarando el Estado de Sitio por la causal de guerra interna, entre otras razones para activar la jurisdicción militar de tiempos de guerra. Por ello no se puede estimar fundadamente que a la época de la comisión del delito existiera efectivamente en el territorio nacional un conflicto bélico entre fuerzas contendientes de aquéllas a las que aluden los Convenios de Ginebra.

12º.- Que en otro orden de ideas cabe destacar que ninguno de los Convenios de Ginebra señala que los delitos allí indicados no serán amnistiables y, por ende, que a los Estados obligados por ellos les esté prohibido dictar leyes de amnistía. Por el contrario, en el Protocolo adicional a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), en su artículo 6,º nº 5, se establece que “a la acción de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía 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”.⁴⁰⁹

Finalmente, la Corte Suprema, deja sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones, siendo uno de los fundamentos el no ser aplicables los Tratados que en el caso se querían aplicar. Respecto a los Convenios de Ginebra, lo concluye en el Considerando 14º de su fallo:

“14º.- Que por lo dicho precedentemente, esta Corte Suprema, lejos de no aplicar los Convenios de Ginebra les atribuye a sus normas el real alcance y sentido en referencia a la exacta realidad fáctica que vivía el país en esa época. Lo anterior, es sin perjuicio además de reconocer que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuere procedente...”.⁴¹⁰

A pesar de ello, el querellante no se da por vencido, presentando otra querella en el año 1996, rol nº 298 – 96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago. Si el motivo de la querella presentada en 1994 era el secuestro y la asociación ilícita, acusándose de ello a Osvaldo Romo Mena, el fundamento de esta segunda querella era la forma y circunstancias en que se privó de libertad a los ofendidos, sin acusar a nadie en particular (lo que se

⁴⁰⁹ Considerandos 8º a 12º de la sentencia en cuestión, reproducidos en Idem. , pp. 121 y 122.

⁴¹⁰ Considerando 14º reproducido en Idem. , p. 123.

expresa en la máxima “contra quienes resulten responsables”). Por sentencia de primera instancia se sobreseyó definitivamente el conocimiento de la causa, siendo confirmada por la Corte Marcial, por lo que se recurrió de casación en el fondo.⁴¹¹

La Corte Suprema, rechaza el recurso de casación, indicando respecto de los Convenios de Ginebra no son procedente de aplicar, por cuanto en Chile el *estado de guerra* sólo constituyó una ficción legal que no es reflejo de la realidad experimentada en esa época, de acuerdo a los considerandos 7º y 8º de la sentencia de casación:

“7º.- Que por lo que atañe a la posible aplicación de la Convención de Ginebra de 1949, y el Protocolo II referente a conflictos armados sin carácter internacional, cumple decir, como ya lo ha sostenido repetidamente esta Corte Suprema, que ellos quedan excluidos porque el artículo 1º del D.L. N° 5 de 1973 del que se derivaría la vigencia de aquellos, según el recurso, sólo prescribe que interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, debe entenderse que el Estado de Sitio decretado constituye Estado de Guerra “para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y de más leyes penales, y en general, para todos los efectos de dicha legislación”.

Se trata por lo tanto de una ficción legal que no es reflejo de la realidad experimentada en esa época en que no hubo cuerpos armados, que bajo una organización bélica se hubieran enfrentado en un clima de guerra, disponiendo cada bando del dominio de algún territorio, es decir, en las condiciones que define dicho estatuto internacional, para tener vigencia.

8º.- (...) Mediante Decreto ley n° 3 de 1973 se declaró el estado de sitio por conmoción interna en el territorio nacional, lo que no importó el reconocimiento de un estado o tiempo de guerra en el país, lo cual se dispuso solamente con el objeto de dar aplicación a la normativa penal militar tanto sustantiva, procesal y orgánica, según se deja expresamente consignado en el Decreto ley n° 5 del mismo año.

No obstante dicha declaración, su carácter limitado o restrictivo, las circunstancias de público conocimiento que se vivieron en el país en los meses posteriores al 11 de septiembre de 1973, como el hecho que los actos preventivos, previos o preparatorios de un estado o tiempo de guerra no necesariamente lo constituyen o desembocan en este, por cuanto el acaecimiento de “graves trastornos internos podrá permitir la actuación de los tribunales de tiempo de guerra, sin que ello signifique que el país esté en estado o tiempo de guerra” (Renato Astrosa, Derecho Penal Militar, páginas 45 y 46). La actuación de los tribunales en tiempo de guerra se enmarca dentro de los actos preventivos de dicho tiempo p estado de guerra, al estar dirigido a disuadir

⁴¹¹ La sentencia de casación de la Corte Suprema de fecha 19 de agosto de 1998 se reproduce en *Gaceta Jurídica* n° 218, 1998, pp. 125 –134.

actuaciones contrarias a las autoridades constituidas, ya que de hacerlo se les aplicaría la normativa que dicho Estado contempla en la legislación penal militar, la que es más rigurosa; (...).⁴¹²

Sin embargo, el fallo fue acordado con el voto en contra de los Ministros Chaigneau y Cury, y del Abogado Integrante señor Bullemore, quienes fueron de parecer de acoger el recurso de casación en el fondo, invalidar la sentencia impugnada y dictar fallo de reemplazo, por una serie de consideraciones, siendo atingente a los Convenios de Ginebra la 8º.⁴¹³

“8º.- (...) la Junta de Gobierno, mediante el Decreto ley nº 3, de 11 de septiembre de 1973, declaró el estado de sitio en todo el territorio nacional en atención a la “situación de conmoción interior” que en su concepto vivía el país, asumiendo ella la calidad de General de Jefe de las Fuerzas que operarían en la emergencia. Dicho estado de excepción constitucional se complementa en cuanto a sus efectos jurídicos por el artículo 1º del Decreto ley nº 5, de 12 de septiembre de 1973, el que declara “interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar”, en el sentido que, “el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias en que vive el país, debe entenderse que estado o tiempo de guerra para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y de más leyes penales, y en general, para todos los efectos de dicha legislación”. Entre esta última legislación aplicable en un estado o tiempo de guerra, e incluso en conflictos armados sin carácter internacional, se encuentran los Convenios de Ginebra de 1949.”⁴¹⁴

3.4 Caso Herrera Cofré (1996)

El Brigadier General don Eugenio Videla, Juez del 2º Juzgado Militar declara sobreseimiento definitivo en la causa seguida en contra de Osvaldo Romo Mena por la detención arbitraria de Jorge Antonio Herrera Cofré. La Corte Marcial, por sentencia del 3 de enero de 1996, lo confirma, al igual que la Corte Suprema, a través del conocimiento del

⁴¹² Considerando 7º y 8º de la sentencia en estudio, reproducidos en Idem. , pp. 127 y 128.

⁴¹³ Además en los considerandos 9º y 10º los ministros disidentes hacen una aplicación al caso particular de los Convenios de Ginebra, haciendo aplicables los artículos 3º, 49, 50, 51, 146, 147 y 148. No se transcriben estos considerandos dado su extensión, pero se pueden consultar en Idem., pp. 132 y 133.

⁴¹⁴ Considerando 8º del voto disidente de la sentencia de casación citada, reproducido en Idem., p. 131.

recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de la Corte Marcial, el cual es desestimado.⁴¹⁵

La Corte Suprema sostiene la no aplicación de los Convenios de Ginebra, pues para que ello sea posible debe existir un verdadero conflicto bélico. En la época de la comisión del delito, según la Corte, no concurren los presupuestos de un conflicto bélico en realidad, el Decreto Ley n° 5 sólo pretende aplicar la legislación de tiempo de guerra. Así queda ello establecido en los considerandos 4° a 7°:

“4°.- Que en cuanto a lo que expresa el recurrente de que la realidad histórica y jurídica a la época de los hechos investigados serían plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de protección de los derechos humanos de las fuerzas enemigas organizadas y de la población civil, es del caso consignar, que en la especie no corresponde dar aplicación a dichos Convenios.

En efecto, el artículo 1° del Protocolo II (conflictos bélicos sin carácter internacional) en sus números 1 y 2 expresan:

“1.- El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sin modificar actuales condiciones de aplicación, se aplicaría a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo primero del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollan en el territorio de una alta parte contratante entre sus F.F.A.A. y F.F.A.A. disidentes o *grupos armados organizados* que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les 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 de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

5°.- Que de lo transcrito en el considerando precedente se puede inferir que los conflictos a que se refiere el n° 1 del precepto, son aquellos que se producen dentro del territorio entre fuerzas bélicas, es decir entre sus F.F.A.A. y F.F.A.A. disidentes o grupos armados organizados por lo que debe tratarse de un efectivo conflicto bélico, ya que como lo expone el n° 2 del mismo precepto, el Convenio no se aplica a tensiones internas y actos de violencia que “no son conflictos armados”.

⁴¹⁵ Corte Suprema, 03 de diciembre de 1996, Recurso de Casación en el Fondo, sentencia reproducida en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* volumen 93, tomo II, segunda parte, sección cuarta, 1996, pp. 229 – 238.

6°.- Que, por otra parte, el artículo 1° del Decreto Ley n° 5 de 1973 que declaró el estado de guerra, y en el cual se funda el fallo recurrido para aplicar los Convenios de Ginebra, expresa:

“Declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”.

7°.- Que de la lectura de la disposición antes reproducida, y de los considerandos del precitado Decreto Ley n° 5, se colige que dicho precepto interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el sólo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra sin que en realidad concurrieran los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra. Lo que ocurre, es que las autoridades de la época, al concentrar amplias potestades –constituyentes y legislativas-, resolvieron enfrentar la situación de conmoción interna con especial rigurosidad para reprimir y sancionar con una mayor penalidad los detalles contra la seguridad interior del país declarando el Estado de Sitio por la causal de guerra interna, entre otras razones para activar la jurisdicción militar de tiempos de guerra. Por ello no se puede estimar fundadamente que a la época de la comisión del delito existiera efectivamente en el territorio nacional un conflicto bélico entre fuerzas contendientes de aquéllas a las aluden los Convenios de Ginebra.”⁴¹⁶

3.5 Caso Hermanos Andrónico Antequera (1998)

El 8 de septiembre de 1998, la Corte Suprema se refiere a los Convenios de Ginebra en sentencia de casación, en la causa de detención ilegal y arbitraria de los Hermanos Andrónico Antequera.⁴¹⁷ No aporta nada nuevo a los fundamentos que hasta el momento se han consignado, así, en el considerando 9°, señala que el Decreto Ley n° 5 de 1973, sólo creaba una ficción legal sin reflejar la realidad experimentada en esa época, por lo que no son aplicables las normas del Protocolo de Ginebra:

“9°) (...) respecto de la Convención de Ginebra de 1949, efectivamente Chile se hallaba en Estado de Sitio en grado de Defensa Interna, que conforme al Decreto ley n° 640, sobre Estados de Excepción, constituye un grado de menor entidad que el que fue

⁴¹⁶ Considerandos 4° a 7° del fallo en comento en Idem., pp. 235 y 236.

⁴¹⁷ Corte Suprema, 8 de septiembre de 1998, sentencia de casación, reproducida en *Gaceta Jurídica* n° 219, 1998, pp. 136 – 139.

materia del Decreto ley n° 5 de 1973, que hacía aplicable la penalidad de tiempo de guerra del Código de Justicia Militar y demás leyes penales y en general los efectos de dicha legislación al estado de sitio decretado y como se ha sostenido esta Corte, se trató de una *ficción legal que no era el reflejo de la realidad experimentada en esa época en que no hubo cuerpos armados, que bajo una organización bélica se hubieran enfrentado en un clima de guerra, disponiendo cada bando de algún territorio*. Al ser éstas las condiciones de aplicabilidad de las normas sobre Conflictos Armados sin Carácter Internacional de la Convención de Ginebra complementadas por el Protocolo II, de 1977, cabe concluir que *su omisión no ha significado transgresión de sus disposiciones.*”⁴¹⁸

3.6 Caso Pereira Salsberg (1998)

La Corte Suprema, en sentencia del 11 de marzo de 1998, en la sentencia de casación dictada en la causa instruida para investigar la detención ilegal y arbitraria de Andrés Pereira Salaberg⁴¹⁹, señala en forma expresa, más clara que nunca, que el estado de guerra en Chile fue una ficción legal que no es reflejo de la realidad en que no hubo cuerpos armados que bajo organización bélica se enfrentaran en clima de guerra, disponiendo cada bando de dominio de algún territorio, por lo que la Convención de Ginebra de 1949 y su Protocolo II son inaplicables. Así lo indica en su considerando 7°:

“7°. Que por lo que atañe a la posible aplicación de la Convención de Ginebra de 1949, y el Protocolo II referente a conflictos armados sin carácter internacional, cumple decir, como ya lo ha sostenido esta Corte Suprema, que ellos quedan excluidos porque el artículo 1° del D.L. N° 5 de 1973 del que se derivaría la vigencia de aquellos, según el recurso, sólo prescribe que interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, debe entenderse que el Estado de Sitio decretado constituye Estado de Guerra “para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y de más leyes penales, y en general, para todos los efectos de dicha legislación”.

Se trata por lo tanto de una ficción legal que no es reflejo de la realidad experimentada en esa época en que no hubo cuerpos armados, que bajo una organización bélica se hubieran enfrentado en un clima de guerra, disponiendo cada bando del dominio de algún territorio, es decir, en las condiciones que define dicho estatuto internacional, para tener vigencia.”

⁴¹⁸ Considerando 8° de la sentencia en comento, reproducido en Idem., pp. 138 y 139. [La cursiva es nuestra].

Sin embargo, el fiscal de la Corte Suprema, Enrique Paillas Peña, en su informe del 25 de julio de 1996, sostenía la aplicación de los Tratados Internacionales invocados por el recurso, indicando respecto de los Convenios de Ginebra en su fundamento 2º, su consecuente aplicación en virtud del Decreto ley nº 5, y lo que parece más meritorio como fundamento al ser novedoso, es señalar que los artículos 146, 147 y 148 son de aplicación amplia aun fuera del estado de guerra:

“2. El Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, suscrito y ratificado por Chile, dispone en sus artículos 146, 147 y 148 que 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 cometiesen o diesen orden de cometer –entre otras acciones- homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos... y 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 las infracciones indicadas (Diario Oficial de 20 de abril de 1951).

Se ha pensado que estas normas por estar insertas en el Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, no serían aplicables en la materia, pero ocurre que a la sazón *se estableció por Decreto ley nº 5 de 1973, que en el territorio nacional existía una situación de guerra*. Asimismo, debe considerarse que los artículos 146, 147 y 148 *son de aplicación amplia aun fuera del estado de guerra*: es el repudio de toda acción delictual que lleve a la comisión de “homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos”, y es obvio que si estos delitos no pueden cometerse durante una guerra, mucho menos pueden ser cometidos durante el tiempo de paz. El convenio internacional estableció una garantía de esos derechos fundamentales del ser humano que no pueden ser quebrantados en ninguna circunstancia.”

3.7 Caso Poblete Córdova (1998)⁴²⁰

El 22 de abril de 1997, se dicta sentencia de 1º grado sobreseyendo total y definitivamente la causa por detención ilegal de Pedro Poblete Córdova.⁴²¹ El querellante

⁴¹⁹ Sentencia de casación de la Corte Suprema, 11 de marzo de 1998, reproducida en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* volumen 95, tomo II, segunda parte, sección cuarta, 1998, pp. 9 –18.

⁴²⁰ La sentencia de primer grado, la de la Corte Marcial y la de la Corte Suprema se reproducen en *Gaceta Jurídica* nº 219, 1998, pp. 114 –127.

⁴²¹ Sentencia del 2º Juzgado Militar de Santiago, causa rol nº 895 – 96.

invoca los Convenios de Ginebra, tanto en la apelación ante la Corte Marcial, como en el recurso de casación interpuesto ante la Corte Suprema.

La Corte Marcial, por sentencia del 19 de enero de 1998, sostuvo que los Convenios de Ginebra no tenían aplicación, por no existir al momento del ilícito un conflicto bélico efectivo, según fundamentos dados en los considerandos 9º a 14º:

“9º) Que en opinión de esta Corte Marcial, los Convenios de Ginebra aprobados por el Congreso Nacional, promulgados por el decreto n° 752 y publicados los días 17, 18, 18 y 20 de abril de 1951, constituidos básicamente por cuatro instrumentos internacionales destinados a aliviar la suerte que corren los heridos de las Fuerzas Armadas en campaña, los náufragos, los prisioneros de guerra y las personas civiles en ese tiempo, *no pudieron haber tenido aplicación a la situación que se produjo en Chile entre los años 1973 y 1974*, por cuanto para que tenga aplicación el artículo 3º común a los cuatro convenios, es requisito indispensable la existencia de un conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, todo lo cual supone en mayor o menor medida la existencia de bandos contendientes y hostilizase de orden militar.

10) Que en consecuencia, la aplicación de los Convenios de Ginebra, también conocidos como Derecho de la Guerra, presuponen la existencia de un conflicto armado de carácter internacional, o bien si se trata de no que no tenga ese carácter, deberá ser de una magnitud tal que implique la lucha entre bandos militares y operaciones propias de una situación bélica auténtica, acorde con los fines propios de los referidos Convenios.

11) Que en este orden de ideas es útil tener presente, para clarificar la aplicación del artículo 3º común, lo expresado en el Protocolo Adicional de la Haya N° 2, de 1977, en cuanto desarrolla y completa el mencionado artículo común de los cuatro Convenios, extendiendo la protección humanitaria a los conflictos que tienen lugar en el territorio de una Alta Parte Contratante, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidente o grupos armados organizados que bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo.

Asimismo, el señalado protocolo, en lo tocante a su ámbito de aplicación, es claro al disponer que no regirá respecto de las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros análogos que no son conflictos armados.

12) Que es del caso señalar además, que la Excm. Corte Suprema, en sentencia de 24 de agosto de 1990 recaída en recurso de inaplicabilidad⁴²², concluyó que el artículo

⁴²² Hace referencia al caso de Insunza Bascuñan, comentado en esta obra más arriba.

3º común de los Convenios de Ginebra, no resulta aplicable al período que cubre el Decreto ley nº 2.191 de amnistía. En efecto, en su considerando 26 señala que la aplicación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos que surjan dentro del territorio de alguna de las Altas Partes Contratantes, y dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un conflicto bélico o de guerra interna entre partes contendientes armadas, respecto de las cuales obligarán sus disposiciones.

13) Que en cuanto a lo expresado por el Decreto ley nº 5, de septiembre de 1973, cabe tener en consideración que dicha norma legal no hace declaración alguna de guerra interna y su propósito fue evidentemente, de carácter jurisdiccional a fin de permitir la represión de ciertos ilícitos por los Tribunales Militares, atendida la situación de subversión existente a la fecha, limitándose a señalar que el estado o tiempo de guerra lo es para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo.

Ello se explica, por lo demás, de la sola lectura del referido decreto ley, que textualmente dispuso en su artículo 1º: “Declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”.

14) Que asimismo, *el Decreto Ley nº 640 de 1974, tampoco contiene una declaración de guerra* a efectos de hacer aplicable los Convenios de Ginebra, toda vez que el referido Decreto ley, que tuvo rango constitucional, se limitó a establecer una nueva normativa de regímenes de excepción diferente a la que existía bajo la Constitución de 1925, en tanto que el Decreto ley nº 641, del mismo año, tampoco contienen una manifestación en tal sentido puesto que declaró, a partir del 1º de septiembre de 1974, todo el territorio nacional en estado de sitio en grado de defensa interna, estado de excepción que de acuerdo a lo expresado en el decreto ley nº 640, no es al que se refiere el artículo 418 del Código de Justicia Militar.”⁴²³

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de septiembre de 1998, por primera vez en su historia desde 1973, acogió un recurso de casación en un caso de un detenido desaparecido, aplicando los Convenios de Ginebra, según se desprende de los considerandos 9º y 10º del fallo:

⁴²³ Considerandos 9º a 14º de la sentencia de la Corte Marcial respecto al caso en comento, reproducido en *Gaceta Jurídica* nº 219, 1998, pp. 117 y 118. [La cursiva es nuestra].

“9°. Que, en el siguiente punto a considerar, ha de tenerse presente que luego del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas destituyeron el gobierno y asumieron el poder, el que expresaron mediante el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo; se dictó así por la Junta de Gobierno, a la sazón el 12 de septiembre de 1973 el Decreto ley n° 5, que en su artículo 1° declaró interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmoción interna, debía entenderse como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial del 17 al 20 de abril de 1951, que en su artículo 3° (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese instrumento internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio adrede, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

10°. Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, *en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente*, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha

reconocido “Que la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional en el artículo 5° de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (Fallos del Mes n° 446, Sección Criminal, página 2066, considerando 4°);

En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados; de lo que se colige que el Derecho Interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos;”⁴²⁴

La sentencia que acoge en definitiva el recurso de casación en el fondo interpuesto, en contra de la sentencia del 19 de enero de 1998, que es declarada nula y reemplazada por otra que se dicta separadamente a continuación el mismo 9 de septiembre de 1998, fue acordada con el voto en contra del Auditor General del ejército, señor Torres, quien estuvo por rechazar el recurso, refiriéndose a los Convenios de Ginebra en su fundamento n° 12:

“(…) no es posible sostener que el estado de guerra decretado en Chile, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de 1974, con motivo del conflicto interno vivido en 1973, reúna las características de aquellos a que hacen referencias los Convenios de Ginebra suscritos y ratificados por nuestro país.

El Decreto ley n° 5 de septiembre de 1973, dispuso que debía entenderse estado o tiempo de guerra al estado de sitio decretado por conmoción interna para los efectos de la aplicación de la penalidad de tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales, y en general, para todos los demás efectos de dicha legislación. Es decir, se trató de una interpretación del artículo 418 del Código de Justicia Militar sólo para los efectos se aplicar la legislación de tiempo de guerra sin que en la realidad se reunieran los presupuestos de ese texto legal; en cambio, los artículos 3° y 4° de los Convenios de Ginebra comunes a los cuatro tratados, establecen que los conflictos por ellos regulados dicen relación a casos de guerra declarada de carácter internacional, a situaciones de conflictos armados internos que surgen dentro del territorio de alguno de los estados contratantes, dejando en evidencia sus disposiciones que en esta última

⁴²⁴ Considerandos 9° y 10° de la sentencia de la Corte Suprema que acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto, reproducidos en Idem., pp. 121 y 122. [La cursiva es nuestra].

situación debe tratarse de un efectivo conflicto bélico, tal como expresamente lo señala el artículo 1º del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, al preceptuar que esos conflictos deben desarrollarse en el territorio de una parte contratante entre sus Fuerzas Armadas y Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados movilizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, agregando luego ese protocolo que esa normativa no se aplicará a situaciones de tensiones interna.

Este fallo de la Corte Suprema es importantísimo, pues marca un precedente, ya que es primera vez que en un caso de detenidos desaparecidos se acoge una casación, aplicando los Convenios de Ginebra. En el fallo se estableció que en la época en que desapareció Poblete Córdova eran perfectamente aplicables estos convenios internacionales, en el contexto de que Chile, después del golpe militar, fue declarado en estado de guerra por la junta militar. Así, el 9 de septiembre de 1998 se produjo un vuelco en la evolución jurisprudencial, ya que la Segunda Sala de la Corte Suprema con los votos de los ministros Navas, Cury y Pérez y los abogados integrantes Montes y Castro y con el voto en contra del entonces auditor general del Ejército, Fernando Torres Silva, se adoptó el criterio de que eran aplicables los Convenios de Ginebra.

3.8 Desafuero al senador Pinochet (2000)

En el año 2000 la influencia del Convenio de Ginebra tomó mayor importancia en tribunales chilenos con aceptación de la figura de crímenes de lesa humanidad, cuya vigencia permanente anula la ley de amnistía y prescripción. Así, el delito de genocidio es causa recurrente entre las casi 300 querellas criminales presentadas contra Augusto Pinochet y otros que instruía el Ministro Juan Guzmán Tapia.

Uno de los argumentos que mantuvieron los abogados querellantes durante el proceso de desafuero contra el general Pinochet y que recogió el fallo de la Corte Suprema, es el incumplimiento de la Convención de Ginebra sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, ratificada por Chile el 12 de octubre de 1950, y de los Convenios de Ginebra sobre Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, ratificados por nuestro país en la misma fecha.

De esta forma, el fallo de la Corte Suprema de agosto del año 2000, confirma la sentencia de alzada de fecha 5 de junio de 2000, desafiando al senador Pinochet.⁴²⁵ El Ministro Benquis concurre a la confirmatoria, haciendo una serie de prevenciones, en donde se refiere a los Convenios de Ginebra, indicando que el país se encontraba en estado de guerra en la época en el cual se cometieron los ilícitos, por ende si cabe la aplicación de dichos acuerdos internacionales, de acuerdo a sus argumentos 2º a 5º:

“2º) Que, por su parte, los querellantes han afirmado tanto al formalizar sus acciones como al alegar en estrados, que los hechos punibles sucedieron cuando *el país había sido declarado en estado o tiempo de guerra*, y por consecuencia, todas las setenta y tres víctimas civiles de que se trata –que previo a sus decesos o desapariciones se encontraban privadas de libertad a la espera de ser juzgadas y custodiadas por autoridades militares, en centros de detención a los que habían acudido en respuesta a bandos militares que ordenaban su comparecencia- *se encontraban amparados por la Convención de Ginebra* sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, ratificado por nuestro país el 12 de octubre de 1950 y publicado en el Diario Oficial de 18 de abril de 1951 y por los Convenios de Ginebra sobre Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, ratificado por Chile el 12 de octubre de 1950 y publicado en el Diario Oficial el 19 y 20 de abril de 1951.

3º) Que por el Decreto Ley nº 3 de 11 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 18 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno integrada por Augusto Pinochet Ugarte, José T. Merino Castro, Gustavo Leigh Guzmán y César Mendoza Durán, declaró a partir de esas fecha Estado de Sitio en todo el territorio de la República.

Por Decreto Ley nº 5 de 12 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 1973, la mencionada Junta de Gobierno declaró en su artículo 1º, “interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”.

(...) De las citas legales anteriores no cabe sino aceptar que a la fecha de los homicidios y/o secuestros, de que se trata, el país se encontraba jurídicamente en estado o tiempo de guerra” (...)”⁴²⁶

⁴²⁵ Corte Suprema, agosto de 2002, fallo que desafió al senador Pinochet, reproducido en *Diario La Segunda*, martes 8 de agosto de 2000, pp. 19 – 33 vuelta.

⁴²⁶ Considerandos 2º y 3º del fallo en comento, reproducidos en *Idem.*, pp. 30 vuelta y 31, con cursiva nuestra. Los Considerandos 4º y 5º no se transcriben, por ser una referencia a los artículos 3º, 129, 130 y 131

3.9 Caso Weibel Navarrete (1997 – 2002)⁴²⁷

La Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 27 de marzo de 2001, conociendo recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia que decreta el sobreseimiento definitivo de la causa que investiga el homicidio calificado de Ricardo Manuel Weibel Navarrete, se pronuncia en su considerando 11°, respecto a la aplicación de los Convenios de Ginebra, haciendo alusión al ya conocido fundamento de no existir conflicto bélico efectivo:

“(…) en lo que se refiere a la aplicación de la Convención de Ginebra de 1949, y el Protocolo II, referente a conflictos armados sin carácter internacional, cabe decir, como lo ha sostenido la Excm. Corte Suprema, que ellos quedan excluidos, porque el art. 1° del D.L. N° 5 de 1973, del cual se derivaría la vigencia de aquéllos, según el recurso, sólo dispone que interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar debe entenderse que el estado de sitio decretado constituye estado de guerra “para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y en general, para todos los efectos de dicha legislación”. Se trata, entonces, de una ficción legal que no refleja la realidad experimentada en esa época, en que no hubo fuerzas disidentes o grupos armados organizados bajo la dirección de un mando responsable que ejerciera, sobre una parte del territorio, un control tal que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concertadas para poder aplicar el referido protocolo”.

Por su parte, la Corte Suprema, el 26 de agosto de 2002, acogió recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte perjudicada, por haberse decretado el sobreseimiento definitivo en contra de los Convenios de Ginebra de 1949, que impide la aplicación de la amnistía.

Sin embargo, la sentencia fue acordada con el voto en contra del Auditor General del Ejército, don Juan Romero Riquelme, quien fue de parecer rechazar el recurso de casación en el fondo, advirtiendo que los Convenios de Ginebra no tienen aplicación en el

de los Convenios, y al fallo de Poblete Córdova, que se examina más arriba en esta misma obra, sin embargo, para ver el voto de prevención del Ministro Benquis, *vid. Idem.*, pp. 29 vuelta – 31.

⁴²⁷ Juzgado de Aviación, 18 de julio de 1997, causa rol n° 17 – 80; Corte Marcial, 27 de marzo de 2001, causa rol n° 639 – 80; Corte Suprema, 26 de agosto de 2002, recurso de casación en el fondo, causa rol n° 1351- 01, sentencias reproducidas en *LexisNexis* 25690.

caso en cuestión, por no darse un conflicto bélico efectivo en la época de comisión del delito investigado:

“c) Por último, respecto de los Convenios de Ginebra, cabe advertir que se refieren, entre otras medidas, al tratamiento de los prisioneros de guerra y protección de civiles en tiempo de guerra.

De conformidad a lo dispuesto en los artículos 2º y 3º, que son comunes a los cuatro convenios incorporados a nuestra legislación, resulta de manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos que surjan dentro del territorio de las Altas Partes Contratantes, situación que no se da en la especie.”⁴²⁸

3.10 Caso Aranda Romero (1999 – 2003)⁴²⁹

Con fecha once de mayo de 1999, el Segundo Juzgado Militar de Santiago dicta el sobreseimiento total y definitivo de la causa que investigaba la detención ilegal y arbitraria del Señor Aranda Romero, la parte afectada, entre otros argumentos sostuvo que el decreto ley N° 2.191, conocido como Ley de Amnistía, carecería de eficacia y que, consecuentemente no sería procedente su aplicación al caso de autos, debido a que el mismo vulneraría derechos garantizados por tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile actualmente vigentes, especialmente los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que conforme a lo prevenido en el artículo 5º de la Constitución Política revisten el carácter de obligatorios. Sin embargo, el Tribunal desestimó tal fundamento, pues en su opinión los referidos Convenios no tendrían aplicación por no existir en Chile en la época de comisión del delito investigado una guerra declarada:

12.- (...) los Convenios de Ginebra, aprobados por el Congreso Nacional, promulgado por el decreto N° 752 publicado los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, constituidos básicamente por cuatro instrumentos internacionales destinados a aliviar la suerte que corren los heridos de las Fuerzas Armadas en campaña, los náufragos, los prisioneros de guerra y las personas civiles en ese tiempo, no pudieron haber tenido aplicación a la situación que se produjo en Chile entre los años 1973 y 1974, por cuanto

⁴²⁸ Idem., considerando 17 letra c) del voto disidente del Auditor General del Ejército, don Juan Romero Riquelme.

⁴²⁹ 2º Tribunal Militar de Santiago, 11 de mayo de 1999, sentencia de sobreseimiento total y definitivo; Informe fiscal Corte Suprema doña Mónica Maldonado Croquevielle, 31 de diciembre de 2001, N° 606 Exp.

para que tenga aplicación el artículo 3º, común a los cuatro convenios, es requisito indispensable la existencia de un conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes, todo lo cual supone en mayor o menor medida la existencia de bandos contendientes y hostilidades de orden militar.

13.- Que, en ese orden de ideas, es útil tener presente, para clarificar la aplicación del artículo 3º común, lo expresado en el Protocolo Adicional de La Haya N° 2, de 1977 en cuanto desarrolla y completa el indicado artículo común de los cuatro Convenios de Ginebra, extendiendo la protección humanitaria a los conflictos que tienen lugar en el territorio de una alta parte contratante entre sus Fuerzas Armadas y Fuerzas Armadas Disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo.

Asimismo, el señalado protocolo, en lo tocante a su ámbito de aplicación, es claro al disponer que no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencias y otros actos análogos que no son conflictos armados.

14.- Que, en consecuencia, la aplicación de los Convenios de Ginebra, también conocidos como el derecho de la guerra, presupone la existencia de un conflicto armado de carácter internacional, o bien, si se trata de uno que no tenga dicho carácter, deberá ser de una magnitud que implique la lucha entre bandos militares y operaciones propias de una situación bélica auténtica, acorde con los fines propios de los referidos convenios.

15.- Que, es del caso señalar, además, que la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de 24 de agosto de 1990, recaída en recurso de inaplicabilidad concluyó de que el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra no resulta aplicable a período que cubre el decreto ley N° 2.191 de amnistía. En efecto, en su considerando 26 señala que la aplicación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos que surjan dentro del territorio de alguna de las altas partes contratantes y dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un conflicto bélico o de guerra interna entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligaran sus disposiciones.

16.- Que, en cuanto a lo expresado por el decreto ley N° 5 de septiembre de 1973, cabe tener en consideración que dicha norma legal no hace declaración alguna de guerra interna y su propósito fue evidentemente de un carácter jurisdiccional, a fin de permitir la regresión de ciertos ilícitos por los Tribunales Militares, atendida la situación de subversión

existente a la fecha, limitándose a expresar que el estado o tiempo de guerra es para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo.

Ello se explica, por lo demás, de la sola lectura del referido decreto ley que textualmente dispuso en su artículo 1º.- "Declárese, interpretándose el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, de entenderse estado o tiempo de guerra para el solo efecto de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación".

17.- Que, asimismo, el decreto ley N° 640 de 1974, tampoco contiene una declaración de guerra a efectos de hacer aplicable los Convenios de Ginebra, toda vez que el referido decreto ley tuvo rango constitucional limitándose a establecer una nueva normativa de regímenes de excepción diferente a la que existía bajo la Constitución de 1925, en tanto que el decreto ley N° 641, del mismo año, tampoco tiene una declaración en aquel sentido, puesto que declaró, a partir del 1º de septiembre de 1974, todo el territorio nacional en estado de sitio en grado de defensa interna, estado de excepción que de acuerdo a lo expresado en el decreto ley N° 640 no es al que se refiere el artículo 418 del Código de Justicia Militar.”

Con fecha 16 de octubre de dos mil uno, el abogado don Sergio Concha Rodríguez, interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de 2ª instancia dictada por la Corte Marcial el 3 de octubre de 2001, la que confirmó el sobreseimiento definitivo en la causa. Mónica Maldonado Croquevielle, Fiscal de la Corte Suprema, por informe del treinta y uno de diciembre de dos mil uno, sostiene que los Convenios de Ginebra si serían aplicables en el caso en cuestión, pues el Decreto Ley N° 5 de 1973, estableció que en el territorio nacional existía una situación de guerra:

“Se ha pensado que estas normas por estar insertas en el convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, no serían aplicables en la materia, pero ocurre que a la sazón se estableció por decreto ley N° 5 de 1973, que en el territorio nacional existía una situación de guerra. Asimismo, debe considerarse que los artículos 146, 147 y 148 son de aplicación amplia, aun fuera del estado de guerra: es el repudio de toda acción delictual que lleve a la comisión de "homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos", y es obvio que si esos delitos no pueden cometerse durante una guerra, mucho menos pueden ser cometidos durante el tiempo de paz. El convenio internacional estableció una garantía de esos derechos fundamentales del ser humano que no pueden ser quebrantados en ninguna circunstancia”.

La Corte Suprema acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto el treinta y uno de enero de dos mil tres, pero con el voto disidente a del Auditor General del Ejército, don Juan Romero Riquelme, quien reproduce, sin cambiar ni siquiera el numeral de sus considerandos, el voto ya redactado para el caso Weibel Navarrete.⁴³⁰

3.11 Caso Rioseco Montoya y Cotal Álvarez (2004 – 2005)⁴³¹

La Corte de Apelaciones de Temuco, dicta sentencia el 29 de diciembre de 2004, conociendo de apelación interpuesta en contra del fallo dictado por el señor Fernando Carreño Ortega, con carácter de Ministro Instructor, que absolvía a Joaquín León Rivera González, del cargo que se le formuló como autor del delito de secuestro calificado de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Álvarez. La Corte estima que el país en aquella época si se encontraba en estado de guerra, por tanto los Convenios de Ginebra si son aplicables. Por otro lado, al ser tratados internacionales ratificados por Chile conforme al procedimiento establecido en la Constitución, pasan a ser norma interna y gozan de preferencia en su aplicación:

“4.- (...) debe tenerse presente que de hecho y de derecho el país estaba en estado de guerra en mérito de lo previsto en el D.L. N° 5, de 12 de septiembre de 1973, estado que se mantuvo hasta el 11 de marzo de 1975 a raíz de los decretos leyes 640 y 641 de septiembre de 1974, constituyéndose Tribunales en tiempo de guerra.

Los hechos luctuosos que nos ocupan se produjeron durante ese período, época en que regía la Constitución de 1925 y la legislación internacional que había aprobado Chile lo obligaba a respetar los tratados internacionales en su calidad de Estado soberano que asumía y asume tales obligaciones, en conformidad a la Carta Fundamental citada.

En efecto y siguiendo el razonamiento de la última Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 30 de septiembre de 1994 recaída en causa rol 38.683-94 seguida, contra Romo Mena Osvaldo, en relación a este tema, debe puntualizarse que:

a) Que nuestro ordenamiento jurídico lo determina la Constitución Política de la República;

⁴³⁰ Idem., artículo 17 letra c) del voto disidente del Auditor General del Ejército, don Juan Romero Riquelme.

⁴³¹ Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de diciembre de 2004, causa rol n° 333 – 04; Corte Suprema, 4 de agosto de 2005, recurso de casación en el fondo, causa rol n° 457 – 05, sentencias reproducidas en *LexisNexis* 32543.

b) Que según ella, "regula el procedimiento de incorporación e integración en el ordenamiento jurídico nacional de las normas internacionales" y hace, de esta manera, que la norma internacional sea aplicable en Chile;

c) Tanto la Constitución de 1925 en sus artículos 43 y 72 como la Constitución de 1980 en sus artículos 50 N° 1 y 32 N° 17 han otorgado al Presidente de la República la atribución de concluir, firmar y ratificar los tratados internacionales y al Congreso Nacional la de aprobar o desechar los tratados internacionales que presente el Presidente de la República;

d) En su tramitación la aprobación de tratado se somete a los trámites de una ley, lo que significa:

1) Que el tratado se incorpora al derecho interno, forma parte de él;

2) Que esta incorporación implica la plena validez del tratado, pues una vez aprobado regirá en el orden interno y su sentido y alcance debe analizarse conforme a su propio mérito, pues ese es el compromiso que el Estado ha asumido de acuerdo a las normas constitucionales que se han invocado;

3) Que la norma internacional prima sobre la norma interna cuando existe contradicción entre una y otra, la condiciona o modifica si en el caso concreto debe aplicarse la norma internacional, puesto que al aprobar el tratado y al no haberse hecho reserva por el Congreso, la norma internacional como norma nueva modifica en lo pertinente a la norma interna, pues ha pasado a ser norma interna o de aplicación interna o en caso de ser posterior, condiciona a la norma nueva interna, en atención a que la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados no permite invocar el Derecho interno como justificación de incumplimiento del tratado (artículo 27), como también, los principios generales del Derecho Internacional de aplicación de buena fe en los tratados internacionales; mientras no se determine internacionalmente su inaplicabilidad, obligan al Estado que lo suscribió, sin perjuicio de los derechos de éste en cuanto a desahuciar el tratado conforme a las normas de derecho internacional o del propio tratado si fuese del caso;

5.- Que el cuadro normativo descrito y ante la existencia de los Convenios de Ginebra del año 1949 sobre Derecho Humanitario Internacional, aprobados por el Congreso Nacional y promulgados por decreto N° 752 del año 1951, actualmente vigente y por ende vigentes al tiempo de los ilícitos investigados, son aplicables al caso atendidas las circunstancias que los delitos se perpetraron y consumaron en estado de guerra interno, circunstancia que obliga al Estado de Chile y a sus órganos aplicarlos y en especial sus artículos 3°, 146, y 147. (Convención sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra.)”⁴³²

⁴³² Idem., considerandos 4° y 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Sin embargo, la Corte Suprema conociendo recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de 2ª instancia, con fecha 04 de agosto de 2005, concluye que los sentenciadores cometieron error de derecho al aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub-lite, pues no existía en la época de comisión del delito investigado un conflicto bélico de carácter no internacional:

“6º) Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

El Sr. Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (Circ-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de "conflicto armado no internacional" ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las

fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro "La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos", Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que "para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos y materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...".

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D.S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1 N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante 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 les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo II se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la Circ son ilustrativos para que esta Corte interprete que "conflicto armado sin carácter internacional" es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su

autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

7º) Que, el D.L. 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de septiembre de 1973, invocado por los sentenciadores para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa Chile se encontraba en estado de guerra interna, se dictó para los efectos de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

Para dictar el mencionado decreto ley se tuvo en consideración que: (a) en el país existía una situación de conmoción interna (b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y (c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la ley 17.798, sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

De lo expresado en sus considerandos se infiere que en la época en que se dictó el D.L. 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general; y que se estaban cometiendo con frecuencia graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es, a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 5 de octubre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados.

En efecto, no se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D.L. 5, de 1973.

8º) Que, el D.L. 5, de 1973 es claramente insuficiente para acreditar la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6 y 7 precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile

existía un "conflicto armado no internacional" el 5 de octubre de 1973, razón por la que debe concluirse que los sentenciadores acometieron error de derecho al aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub-lite.”⁴³³

Cabe destacar que el fallo fue acordado contra el voto de los Ministros señores Cury y Rodríguez Espoz, quienes estuvieron por rechazar el recurso, haciendo suyos los fundamentos del fallo impugnado y teniendo, además, presente, que en la época de comisión del delito, el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna:

“Primero: Que, como lo reconoce también el voto de mayoría, en la fecha de los hechos sobre que versa esta causa se encontraba vigente en Chile el decreto ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general" declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el decreto ley N° 2 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Segundo: Que, en consecuencia, el día en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna. Es verdad, ciertamente, que la situación existente no reunía los requisitos de orden fáctico exigidos por autores que, como Eduardo Montealegre, citado a este respecto por el voto de mayoría; exigen para apreciar un auténtico estado de guerra de acuerdo a los criterios imperantes en la doctrina y los instrumentos internacionales sobre la materia. Pero Montealegre lo ponía de relieve en esa publicación, precisamente para destacar la arbitrariedad en que incurría el gobierno de facto al imponer el reconocimiento de tal estado no obstante la inexistencia de los presupuestos de hecho en que podía habérselo fundado correctamente, y con la esperanza de que quienes ostentaban el poder, o los tribunales de justicia o cuando menos, la opinión ilustrada de la nación se hiciera eco de su reclamo y abogara por el restablecimiento de la recta doctrina. Como es de sobra sabido, nada de eso ocurrió, y el país prosiguió sometido a estado de guerra declarado por el decreto ley N° 5 hasta mucho después de ocurridos los hechos que aquí se están juzgando.

Tercero: Que, en opinión de los disidentes, no es admisible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra,

⁴³³ Idem., considerandos 6° a 8° del fallo de la Corte Suprema.

establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que al quebrantamiento de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno de facto, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber quebrantado la normativa que regula los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes a comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso. Una de las mencionadas consecuencias es, precisamente, la prohibición de autoexoneración por los crímenes de guerra que se hubieren cometido en esas circunstancias, contemplada expresamente en los Convenios de Ginebra.”⁴³⁴

4. Análisis jurisprudencial

A continuación, tomando las citas de los fallos hechas más arriba, se resumen los fundamentos de cada postura jurisprudencial, la que niega la aplicación de los Convenios de Ginebra, y aquella que, en cambio, la admite:

4.1 No cabe la aplicación de los Convenios de Ginebra

La Corte Suprema ha sido uniforme en el sentido de negar aplicación a estos acuerdos internacionales, por no darse el supuesto para su aplicación: la existencia de un conflicto bélico efectivo. En el período en que se cometieron los delitos investigados, el Estado de Sitio declarado no tenía las características de un conflicto armado no internacional, pues:

1. De los artículos 2º y 3º que son comunes a los cuatro Convenios promulgados, resulta de manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos, que

⁴³⁴ Idem., considerandos 1º a 3º del voto disidente de los ministros Cury y Rodríguez Espoz.

surjan dentro del territorio de algunas de las Altas Partes contratantes, tratándose de un efectivo conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas.

2. No es posible sostener que al interior del país existieron fuerzas armadas disidentes o grupos organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercieran sobre una parte del territorio nacional un control suficiente que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, por lo que resulta inaplicable la preceptiva de las Convenciones de Ginebra de 1949.

3. Mediante Decreto Ley nº 3 de 1973 se declaró en estado de sitio por conmoción interna el territorio nacional, lo que no importó el reconocimiento de un estado de tiempo de guerra en el país, lo cual se dispuso solamente con el objeto de dar aplicación a la normativa penal militar, tanto sustantiva, procesal y orgánica, según se deja expresamente consignado en el Decreto Ley nº 5 del mismo año. En realidad no concurrían los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra. Lo que ocurre, es que las autoridades de la época, al concentrar amplias potestades –constituyentes y legislativas–, resolvieron enfrentar la situación de conmoción interna con especial rigurosidad para reprimir y sancionar con una mayor penalidad los detalles contra la seguridad interior del país declarando el Estado de Sitio por la causal de guerra interna, entre otras razones para activar la jurisdicción militar de tiempos de guerra.

De esta forma, en Chile el *estado de guerra* sólo constituyó una ficción legal que no era reflejo de la realidad experimentada en esa época.

El Decreto Ley nº 5 no hace declaración alguna de guerra interna y su propósito fue evidentemente, de carácter jurisdiccional a fin de permitir la represión de ciertos ilícitos por los Tribunales Militares, atendida la situación de subversión existente a la fecha, limitándose a señalar que el estado o tiempo de guerra lo es para el sólo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo.

4. Los actos preventivos, previos o preparatorios de un estado de tiempo de guerra no necesariamente lo constituyen o desembocan en éste, por cuanto el acaecimiento de “graves trastornos internos” podrán permitir la actuación de los “tribunales de tiempo de guerra, sin que signifique que el país esté en estado o tiempo de guerra”. La actuación de los Tribunales en tiempo de Guerra se enmarca dentro de los actos preventivos de dicho tiempo o estado de guerra, al estar dirigido a disuadir actuaciones contrarias a las

autoridades constituidas, ya que de hacerlo se les aplicaría la normativa que dicho estado contempla en la legislación penal militar, la que es más rigurosa.

4.2 Los Convenios de Ginebra son susceptibles de aplicación

Si bien, la mayor parte de la jurisprudencia sostiene que los Convenios de Ginebra no tienen aplicación en los hechos delictuosos acaecidos en el período de Estado de Sitio, decretado por la Junta de Gobierno, existen fallos, donde se fundamenta su aplicación. Veamos a continuación las razones que tuvo esta jurisprudencia para afirmar tal aplicación:

1. El artículo 5º inciso 2º de la Constitución de 1980, aplicable en esta época, ordena a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales. Mientras que las disposiciones de los Convenios de Ginebra protegen los Derechos Humanos de los contendientes en caso de guerra externa o conflictos entre fuerzas organizadas de carácter interior de un Estado.

2. En la fecha en que se cometieron los ilícitos, existía un conflicto armado, invocándose para probarlo, el Decreto Ley nº 5 de 1973, que señala que debe entenderse Estado o tiempo de guerra al Estado de Sitio decretado por conmoción interna para los efectos de la aplicación de la penalidad, de tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar.

De acuerdo al artículo 1º, del referido Decreto: “Declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”. Entre esa legislación aplicable en un estado o tiempo de guerra, e incluso en conflictos armados sin carácter internacional, se encuentran los Convenios de Ginebra de 1949.

3. El artículo 418 del Código de Justicia Militar, vigente a la fecha, establecía que: “Para los efectos de este Código, se entiende que *hay estado de guerra*, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en

conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiera la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

4. Había conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas que operaban en forma abierta o clandestina y durante todo el período rigieron los tribunales, los procedimientos y las penalidades de tiempo de guerra, como asimismo, había una acción militar al mando de un jefe especialmente nombrado al efecto, con atribuciones para dictar bandos.

5. Los artículos 146, 147 y 148 de los Convenios, son de aplicación amplia aun fuera del estado de guerra: es el repudio de toda acción delictual que lleve a la comisión de “homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos”, y es obvio que si estos delitos no pueden cometerse durante una guerra, mucho menos pueden ser cometidos durante el tiempo de paz. El convenio internacional estableció una garantía de esos derechos fundamentales del ser humano que no pueden ser quebrantados en ninguna circunstancia.

6. El Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

5. Otros mecanismos de aplicación

La aplicación de los Convenios de Ginebra hecha por los Tribunales de Justicia cae dentro de los medios represivos de aplicación, es decir, aquellos que garantizan la debida aplicación del Derecho de Guerra cuando éste ha sido vulnerado. Sin embargo, también existen mecanismos preventivos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario que dicen relación con la debida difusión y enseñanza de los mismos en períodos de paz.

A continuación se señalan los mecanismos preventivos de aplicación que tienen lugar en nuestro país a la fecha.

5.1 Creación de la Comisión Nacional de Derecho Humanitario

La aplicación del Derecho Internacional Humanitario a nivel nacional es un proceso permanente, que necesita de la cooperación de diversos ministerios o autoridades nacionales. Así, la creación de Comisiones Nacionales de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario puede constituir un medio eficaz para garantizar que los Estados aprueben medidas nacionales.⁴³⁵

En la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, convocada por el Gobierno Suizo y celebrada en Ginebra, del 30 de agosto al 1 de septiembre de 1993, se solicitó que se designara un grupo intergubernamental de expertos encargado de dar con los medios prácticos para promover el pleno respeto del Derecho Humanitario y la aplicación de sus normas. El grupo de expertos se reunió en Ginebra el mes de enero de 1995, y recomendó, en particular, que se establezcan comités nacionales para asesorar y asistir a los gobiernos por lo que atañe a la aplicación y a la difusión del Derecho Humanitario.⁴³⁶

En este sentido, es importante destacar como hito de la aplicación del Derecho Humanitario en Chile, la creación de la Comisión Nacional de Derecho Humanitario, por Decreto n° 1229 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 31 de agosto de 1994, publicado en el Diario Oficial el 27 de octubre de 1994:

“Artículo 1º: Créase una comisión interministerial que se denominará “Comisión Nacional de Derecho Humanitario”, en adelante la Comisión, cuyo objeto será el estudiar y proponer medidas a las autoridades competentes para la aplicación efectiva de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977. A tal efecto, podrá elaborar proyectos de normas de orden legislativo o reglamentario que tengan por finalidad la aplicación de los referidos instrumentos internacionales.

⁴³⁵ Küntsiger, Isabelle: “El derecho internacional humanitario en el plano nacional: impacto y función de las Comisiones Nacionales” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 846, 12 noviembre 2002 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002). [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList501/E1E351DCA8088657C1256DE2002FE2FB>, consultado en agosto de 2006].

⁴³⁶ Berman, Paul: “Servicio de Asesoramiento del CICR en derecho internacional humanitario: el reto de la aplicación nacional” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 135, mayo – junio de 1996 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996) p. 365 – 374. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList153/B2812C89E79BA40AC1256DE100593A9C>, consultado en agosto de 2006].

Artículo 2º: La Comisión estará integrada por el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores o la persona que lo represente, quien la presidirá. Asimismo la integrarán un representante de los Ministerios del Interior, Defensa Nacional, Educación, Justicia y de Salud. Sus integrantes durarán un período de dos años.

Artículo 3º: Para el cumplimiento de sus funciones la Comisión quedará facultada para recabar información y asesoramiento de instituciones públicas o privadas relacionados con el tema.

Artículo 4º: La Comisión deberá reunirse por lo menos una vez al mes y anualmente elevará su informe a S.E. el Presidente de la República dando cuenta de la actividad desarrollada y de los planes y tareas a desarrollar.

Artículo 5º: La Secretaría de la Comisión funcionará en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Artículo 6º: La Comisión queda facultada para dictar las normas que regulen su funcionamiento.

Artículo 7º: La Comisión desempeñará sus funciones ad – honorem y las presentes designaciones no constituyen creación de cargo público.”

Del 25 al 27 de marzo de 2002, se celebró, en Ginebra, la Reunión de representantes de las Comisiones Nacionales de Derecho Internacional Humanitario, donde estuvo presente la Comisión Nacional de Derecho Humanitario chilena. En sesión plenaria o en grupos de trabajo, se examinaron tres temas centrales: las actividades efectivas y las perspectivas de acción de las Comisiones; los modos de lograr que el trabajo de las Comisiones sea más eficiente y, por último, los sistemas de intercambio de informaciones en materia de aplicación nacional.⁴³⁷

5.2 Enseñanza del Derecho Humanitario

En el año 2002 se implementó en nuestro país el Proyecto *Exploremos el Derecho Humanitario* en cinco Liceos: El Instituto Comercial Marítimo *Pacífico Sur*, el Liceo Politécnico *Alfredo Nazar Feres*, y el Liceo Politécnico de Concón, los tres pertenecientes a la Región de Valparaíso, y los liceos *Obispo Augusto Salinas* y el *Chilean Eagles N° 3*, en la ciudad de Santiago.

⁴³⁷ Küntsiger, I. (2002).

Actividades tan diversas como dramatizaciones, carteleras por los establecimientos sobre el Derecho Internacional Humanitario, seminarios sobre los niños y la guerra y las minas antipersonal, fueron abordadas por los jóvenes. El proyecto ha servido para aminorar la violencia en la escuela y mejorar la perspectiva de la calidad de vida de los alumnos a través de los valores humanitarios que exploran los módulos educativos del *Exploremos el Derecho Humanitario*.

5.3 Difusión del Derecho Humanitario

En el año 2002 Chile celebró una *Jornada de Derecho Internacional Humanitario*, realizada en el Salón de la Cámara de Diputados del Edificio del ex Congreso Nacional, en conmemoración al 25 aniversario de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. La Jornada fue organizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile y la Delegación Regional para el Cono Sur del Comité Internacional de la Cruz Roja, contando con la presencia de la Canciller María Soledad Alvear Valenzuela, destacados especialistas de Derecho Internacional Humanitario y expertos del CICR.

Partiendo del examen de la actualidad y de la pertinencia de los Protocolos Adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y no internacionales, el encuentro abordó, en forma de conferencias y panel, temas como la interacción entre los tratados y la costumbre, la adopción de medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario - en particular en América Latina - y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Así, la Jornada tuvo dos exposiciones y un panel, a saber: 1. *Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. Interacción entre Tratado y Costumbre*. Expositora: Embajadora, Sra. María Teresa Infante Caffi, Directora de Fronteras y Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile; 2. *La adopción de medidas nacionales de aplicación del Derecho Internacional Humanitario en América Latina*. Expositora: Dra. Cristina Pellandini, Asesora Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja para América Latina; 3. *Panel sobre la Corte Penal Internacional y su Estatuto*, con la intervención de: Embajador Claudio Troncoso Repetto, Director de

Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile y Consejera, Sra. Silvia Fernández de Gurmendi, Vicepresidente de la Conferencia de Roma sobre la Corte Penal Internacional y Miembro de la Comisión Interministerial de implementación del Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 de la República Argentina. En sus palabras de apertura de la Jornada, la Canciller María Soledad Alvear, destacó la importancia de este encuentro, con especial atención al actual concierto internacional: “El fin de estas normas es en definitiva la protección de la dignidad del ser humano en el caso más límite que puede enfrentar la humanidad: la existencia de un conflicto armado. Se trata de un derecho que aspira a tener vigor incluso en esas situaciones límites, en que pareciera que no hay lugar para el derecho”.⁴³⁸

En la apertura, además de la Ministra Alvear, intervino Gerard Peytrignet, Delegado Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja, quien destacó el importante rol que ha cumplido Chile en la protección de los derechos humanitarios, mediante la adhesión a diversos tratados y las misiones de paz desarrolladas en el exterior.⁴³⁹

6. Conclusión: La aplicación del Derecho Humanitario en Chile ha sido incompleta

Tras esta investigación, al estudiar tanto el contenido del Derecho Humanitario, los medios de incorporación del Derecho Internacional y la aplicación jurisprudencial del Derecho Humanitario en Chile, concluimos que de todas maneras deben aplicarse los Convenios de Ginebra -y debían aplicarse en las causas en donde la Corte Suprema lo negó- en aquellas causas iniciadas por delitos cometidos durante el Estado de Sitio declarado por la Junta de Gobierno.

Si bien, la naturaleza jurídica del Estado de Sitio nos impide afirmar que existió efectivamente una guerra interna, la ficción legal de estado de guerra creada con el fin de aplicar la jurisdicción penal militar, nos obliga a aplicar los Convenios de Ginebra, como debido contrapeso a una justicia cercenadora de los derechos fundamentales de las personas. A continuación se desarrolla esta idea con un mayor detalle.

⁴³⁸ Dirección de Prensa y Difusión del Ministerio de Relaciones Exteriores, en sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores, [http:// www.minrel.cl](http://www.minrel.cl), consultado en octubre de 2002.

⁴³⁹ *Ibídem*.

6.1 Calificación jurídica del estado de sitio

Respecto a la calificación de la situación existente en Chile, al momento de cometerse los ilícitos investigados, en aquellas causas donde la Corte Suprema, negó la aplicación del Derecho Humanitario, creemos que la Corte tiene razón, pues no se puede afirmar con certeza absoluta la existencia de una *guerra civil*.

A pesar de existir, razones de peso para sostener que en Chile, el Estado de Sitio vivido luego del golpe militar de 1973, equivale a un *estado de guerra*, creemos no se puede cambiar la naturaleza jurídica del estado de sitio. Si bien se ha probado la existencia de, al menos, *disturbios interiores*, no se puede afirmar con certeza absoluta si existió o no una *guerra civil no declarada*, pues la historia está creada sobre la base de interpretaciones, así por ejemplo, algunos sostienen la existencia de una verdadera *guerra*, otros en cambio, sólo indican la existencia de una *conmoción interna*.

6.2 Aplicación de la legislación militar

Ahora bien, aunque no se pueda asegurar fehacientemente la existencia de una *real guerra civil*, sostenemos ello no es obstáculo para la aplicación de los Convenios de Ginebra, puesto que si el Decreto Ley nº 5 de 1973 y el Decreto Ley nº 640 de 1974, hicieron aplicable la legislación de tiempo de guerra, dentro de ésta se encuentran estos acuerdos internacionales.

Recordemos que, en virtud de los Decretos Leyes que declaran al país en estado de sitio, y el Decreto Ley nº 5 de 1973, que hace aplicable la legislación militar durante la vigencia de esta situación de emergencia, se aplicó la jurisdicción militar, siendo competentes los tribunales militares en tiempo de guerra.

Siendo la jurisdicción penal militar de tiempo de guerra cercenadora de los derechos procesales trascendentales del imputado, deben aplicarse los Convenios de Ginebra como debido contrapeso a esta jurisdicción abusiva, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo. Si esta jurisdicción es sólo aceptable bajo estos supuestos, la ficción legal emanada del Decreto Ley nº 5 de 1973,

constituye un evidente atropello a los derechos fundamentales de la persona, y por ello debía acogerse la aplicación de los citados Convenios en los casos en los cuales la jurisprudencia lo negó, aduciendo una falta de conflicto bélico efectivo.

De esta forma, al no dar aplicación a los Convenios de Ginebra, han existido graves infracciones al Derecho Humanitario o graves crímenes contra los derechos humanos, tales como desapariciones forzosas, ejecuciones sumarias, uso de los Consejos de Guerra y de las fiscalías militares ad - hoc, aplicación de la tortura, comunicaciones prolongadas, y destierros, entre otros.

Así pues, no se respeta el *derecho de ser juzgados por un tribunal competente, independiente e imparcial*, pues la composición del único tribunal de tiempo de guerra (Consejo de Guerra), aparece violando este derecho, ya que seis de los siete jueces no tienen instrucción legal, y todos son oficiales militares en servicio activo y, en consecuencia, jerárquicamente subordinados a sus superiores. Más contrario aún a este derecho, aparece el poder de la autoridad convocante de un Consejo de Guerra; un militar sin instrucción legal puede revocar o modificar las decisiones del Consejo si así lo desea.

Lo propio ocurre con el *derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa*, pues en el procedimiento militar de tiempo de guerra, el tiempo que se otorga al defensor para preparar el caso de su cliente está sujeto a la discreción de la autoridad militar que convoca al Consejo de Guerra.

En fin, la *falta de garantías procesales*, y los *abusos* más arriba señalados, producto de la aplicación de la jurisdicción militar de tiempo de guerra, infringe lo dispuesto, particularmente, en la letra d) del artículo 3º común de los Convenios de Ginebra de 1949: “(...) *quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar: Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los Pueblos civilizados*”.

Además, se debe considerar que el gobierno militar introdujo reformas y modificaciones a la legislación militar⁴⁴⁰, aumentando su competencia y las penas,

⁴⁴⁰ Vid. v.g., Decreto Ley n° 81, de 6 de noviembre de 1973, que fija sanciones para las personas que desobedezcan el llamamiento público que indica o que ingresen clandestinamente al país; Decreto Ley n° 559, de 12 de julio de 1974; Decreto Ley n° 604, de 9 de agosto de 1974, sobre prohibición de ingreso de personas a territorio nacional en los casos que indica; Decreto Ley n° 1.009, de 8 de mayo de 1975; Decreto Ley n°

estableciendo privilegios para los militares sometidos a procesos judiciales⁴⁴¹, utilizando la jurisdicción militar para la represión política⁴⁴², todo lo cual redundaba en un abuso a los derechos fundamentales de la persona humana, vulnerando principios básicos del Derecho Internacional Humanitario:⁴⁴³ respeto al debido proceso, presunción de inocencia, proporcionalidad de la pena, derecho a la justicia, independencia e imparcialidad del tribunal, publicidad, igualdad entre las partes, derecho de audiencia o a ser informado del proceso, derecho a aportar pruebas o cuestionarlas, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a recurrir a un tribunal superior, etc.

6.3 Aplicación de los principios del Derecho Humanitario

a) Por otra parte, de todas maneras serían aplicables los Convenios de Ginebra, sobre todo en consideración al Derecho Internacional Consuetudinario que envuelven, por lo tanto, al menos deberían aplicarse los principios fundamentales del Derecho Humanitario.

Los principios de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario reconocidos universalmente forman parte de valores comunes compartidos por todos. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado acertadamente que las normas de Derecho

1.629, de 22 de julio de 1977, sobre Movilización Nacional; Decreto Ley n° 3.655, de 17 de marzo de 1981, que sujeta a Consejo de Guerra delitos de cualquier naturaleza con resultados de muerte o lesiones graves gravísimas en las personas que indica.

⁴⁴¹ Conforme a López, C. (1995:113 y 114), “en virtud del Decreto Ley n° 3425, de 14 de junio de 1980, se amplió las personas que quedan sujetas a la jurisdicción militar, por el hecho de ser considerados militares: a) Los alumnos que efectúen los dos últimos años de estudios en las Escuelas Matrices para Oficiales de las Fuerzas Armadas; b) Los aspirantes a Oficiales que integran los cursos de la Escuela de Carabineros; c) Los cadetes, grumetes, aprendices y alumnos regulares de las Escuelas Institucionales que se encuentran en el caso del artículo 5 n° 3 del Código de Justicia Militar (comisión de un delito común en estado de guerra, estando en campaña, en acto de servicio militar o con ocasión de él, etc.). Esta modificación trae consigo que son cada vez más las personas que quedan sujetas al fuero militar y por otro lado, gozan de dicho fuero en desmedro de la justicia ordinaria”.

⁴⁴² Según la opinión de Idem, p. 130, “el aumento de la competencia militar no tuvo fundamento real de Derecho, sino arbitrario hacia las personas y con un sentido político, propio del carácter autoritario del régimen, resultando los excesos cometidos en la tramitación y fallo de procesos de esa jurisdicción. La consecuencia lógica de este estado de cosas fue que los miembros de las Fuerzas Armadas actuaran como si estuvieran en una guerra, estando obligados legalmente a proceder como tal, y por lo mismo se les hizo aplicable la normativa internacional sobre derecho humanitario contenida en los Convenios de Ginebra de 1949”.

⁴⁴³ Para más detalle acerca de las reformas y modificaciones que introdujo el gobierno militar a la legislación militar, *Vid.* Idem, pp. 31 – 43..

Internacional Humanitario constituyen principios intransgredibles de Derecho Internacional consuetudinario.⁴⁴⁴

b) Es evidente que un Gobierno no tiene enemigos más mortales que los individuos que quieren derrocar por la fuerza el régimen establecido. Así, los consideran, sin más, como criminales y querrá tener las manos libres para aplastar el levantamiento, sin que miradas indiscretas vengan a juzgar la legitimidad de los medios empleados.

Objetivamente, todo golpe de Estado, trae consigo alguna intención de tipo político, lo cual no es ajeno a lo sucedido en nuestro país en 1973. Se puede deducir el miedo existente ante la posibilidad de ver al país sumergido en el comunismo, de esta manera y con la intención de salvar y proteger la tradición e institucionalidad chilenas, un objetivo esencial fue el de aniquilar al enemigo.

Es de público conocimiento, que detrás del comportamiento del Gobierno Militar y de los grupos armados subversivos, se perfilaba un conflicto de naturaleza política. Sin embargo, no hay razón alguna –ni aún la baja intensidad de los enfrentamientos- para dejar afuera todo principio humanitario, pues de ser así, habría que resignarse al abandono completo de la exigencia mínima de humanidad en los conflictos bélicos, que constantemente ha inspirado el Derecho Internacional Humanitario.

c) Los principios básicos que deben guiar el comportamiento de las partes en un conflicto armado, con las personas que no participan en él, son el trato humanitario y la no-discriminación. En todo conflicto bélico, aunque sea de baja intensidad o calificado de tensión o disturbio interior, deben existir consideraciones elementales de humanidad. Por lo tanto, los principios que emanan de los Convenios de Ginebra –aunque se postulase su no-aplicación- son vinculantes por ser parte del Derecho Internacional consuetudinario, que pertenece a la categoría del *ius cogens*.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ Así Salinas, H. (1998:82), indica que “la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986 se pronunció a favor de la existencia de principios generales básicos de Derecho Humanitario respecto a los que, a su juicio, los Convenios de Ginebra constituyen en ciertos aspectos el desarrollo y en otros la expresión, que corresponden a consideraciones elementales de humanidad”.

⁴⁴⁵ Como lo sostiene Idem, pp. 81 y 82, “del análisis del contenido del artículo 3º común se desprende que en éste se establecen normas humanitarias de naturaleza tan fundamental que sin temor a equivocarse puede decirse son verdaderas normas de *ius cogens*, cuya derogación no es posible en ninguna circunstancia y cuya aplicación va mas allá de cualquier vínculo convencional existente”.

d) En las situaciones de *disturbios internos*, las normas del Derecho Internacional Humanitario pueden invocarse por analogía, y siempre los Estados deben respetar determinados principios humanitarios universalmente reconocidos, así como los instrumentos de derechos humanos de los que son parte, especialmente los derechos que no admiten ninguna derogación.

Existe un tronco común de derechos que no admiten derogación y que se consideran como normas universales, de índole consuetudinaria: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de las sanciones y los tratos crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre; el principio de legalidad y de no-retroactividad de las penas. Por otra parte determinadas garantías judiciales deben respetarse en todo momento para evitar las violaciones contra los derechos que no admiten derogación.

Como se pudo ver en diversos fallos de la Corte Suprema, se negaba la existencia de un conflicto armado interno en la época en cuestión, pues no se daría la característica de estar luchando dos bandos armados pertenecientes a las Fuerzas Armadas del gobierno, unos, y a las Fuerzas Armadas disidentes, otros. Se plantea de esta forma el problema de por qué no aplicar el Derecho Humanitario a los combatientes irregulares, es decir, a aquéllos que luchan sin ser parte de las Fuerzas Armadas estructuradas.

Además de las guerras regulares, han habido siempre conflictos armados semejantes, pero que el derecho tradicional no consideraba como tales. Recibían los apelativos de rebeliones, luchas intestinas, insurrecciones, revoluciones y, más tarde, guerras civiles. En todo tiempo, tales guerras han provocado proporcionalmente más sufrimientos que los conflictos bélicos internacionales con razón del odio y del encarnizamiento correspondiente. Por ello, existen mayores razones, para la aplicación de principios humanitarios en estos casos, pues las personas requieren de las mismas garantías para la protección de sus derechos fundamentales y dignidad humana, que en caso de guerra regular.

e) De esta forma, aunque en Chile -como la mayoría de la jurisprudencia lo sostuvo- no hubiera existido un conflicto bélico efectivo, de todos modos debía aplicarse como un

fundamental punto de partida de protección mínima el artículo 3º común a todos los Convenios de Ginebra, donde se plasma el principio de humanidad.

Las exigencias militares y el mantenimiento del orden público son siempre compatibles con el respeto de la persona humana, por ende, sea cual sea la situación fáctica debe existir un trato humanitario mínimo, en el cual se protejan esencialmente: la vida, la integridad física y mental, la no-discriminación, la libertad y el debido proceso.

f) Además, como lo señalare el profesor Hugo Llanos, “lo principal es que las disposiciones de los Convenios de Ginebra deben aplicarse a todos aquellos que, de hecho, se encuentren en las situaciones previstas en sus Convenios, sin que sea necesario reparar en el calificativo dado por la autoridad a los hechos que han provocado la conmoción interna.

El ámbito de aplicación del artículo 3º es que la resistencia armada al Gobierno tiene que haber promovido más que una acción normal de la policía para hacer cumplir las leyes penales y resultar en el empleo por el Gobierno, en alguna medida, de las Fuerzas Armadas. Esto, aun cuando la organización de los rebeldes y el control del territorio sean mínimas.

No ha sido fácil, en general, aplicar en la práctica este artículo 3º, debido a la oposición de los Estados a admitir la existencia de un conflicto armado dentro de su territorio. Cuando los Estados admiten su existencia, en general tienden a minimizarlos a fin de aplicar a los insurrectos su propia legislación interna.”⁴⁴⁶

En resumen, independiente de la calificación que se haga de los hechos ocurridos a partir del 11 de septiembre de 1973, debería aplicarse el Derecho Humanitario como normativa que garantiza la protección de la persona humana bajo estas situaciones, puesto que incluso en ciertos aspectos la protección ofrecida a los Derechos Humanos, por los instrumentos de Derecho Humanitario, es incluso superior a la que los propios instrumentos de Derechos Humanos garantizan, aparte de tener en consideración que bajo estado de

⁴⁴⁶ Llanos Mansilla, Hugo: “El derecho humanitario y su aplicación en caso de conflictos armados de carácter interno” en *Revista Chilena de Derecho* volumen 3, 1976 (Santiago, Pontificia universidad Católica de Chile, 1976) p. 44.

excepción constitucional muchas garantías pueden verse mermadas, y más aún bajo la aplicación de la jurisdicción militar en tiempo de guerra.

Por ejemplo, es relevante considerar que el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra hace referencia a las garantías de un debido proceso, en consecuencia, ellas deben ser respetadas incluso en el caso de un conflicto armado interno. Ello hace que resulte un contrasentido el que, bajo ciertos Estados de Excepción, se suspendan muchas de las garantías de un debido proceso, en circunstancias menos graves que un conflicto armado interno.

Se ha de recordar que fuera de las situaciones de aplicabilidad directa y formal del Derecho Internacional Humanitario existen otras, en las cuales son intocables los principios de este Derecho, el cual puede ser aplicable por vía de la analogía, e incluso de aplicabilidad indirecta del Derecho Internacional Humanitario.

Finalmente, es importante recordar que los esfuerzos efectuados para lograr un acabado respeto del Derecho Internacional Humanitario, implementado en tiempo de paz y su difusión, evitarán las violaciones de este Derecho a futuro, disminuyendo los sufrimientos de las personas afectadas. Por ello, estamos orgullosos de los avances efectuados en nuestro país en relación con la difusión y enseñanza del Derecho Humanitario, siendo Chile uno de los primeros países en crear una Comisión Nacional de Derecho Humanitario.

Bibliografía

- ABRIL STOFFELS, Ruth: “La asistencia humanitaria y los principios jurídicos recogidos en el Derecho Internacional Humanitario” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n° 89 (Madrid, Gráficas Juma, 1998) pp. 23 – 34.
- AKEHURST, Michael: *Introducción al Derecho Internacional* (Madrid, Alianza Editorial, 1972).
- ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: *El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos* (Ginebra, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Serie Folletos Informativos sobre los Derechos Humanos n° 13, 1991) pp. 1 – 21.
- ASTROSA HERRERA, Renato: *Código de Justicia Militar comentado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985, 3ª edición).
- BENADAVA, Santiago: *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, 2ª edición).
- BERMAN, Paul: “Servicio de Asesoramiento del CICR en derecho internacional humanitario: el reto de la aplicación nacional” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 135, mayo – junio de 1996 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996) pp. 365 – 374. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList153/B2812C89E79BA40AC1256DE100593A9C>, consultado en agosto de 2006].
- BROWNLIE, Ian: *Principles of public international law* (Oxford, Clarendon Press, 1966).
- BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo: “La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional chileno” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 11, n° 2 – 3, 1984 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984) pp. 523 – 532.
- CALDERÓN VARGAS, Mario: “La situación de los Derechos Humanos en Chile entre 1970 y 1989” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, n° 2 y 3, tomo I, 1996 (Santiago, Pontificia universidad Católica de Chile, 1996) pp. 223 – 253.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público* (Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1991).

- COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS: *Las deudas de la transición* (Santiago, Ediciones Nacionales S.A., 1994).
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN: *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*. Sesiones: 48, 367 y 409.
- COMISIÓN DEL CENTENARIO DE LA CRUZ ROJA EN SUIZA: *Seminario sobre la actividad de la Cruz Roja a favor de las víctimas de los conflictos armados* (Ginebra, Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza, 1965).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile* (Washington, Organización de los Estados Americanos, 1985).
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX - ROUGE: *Comentario al programa de un curso sobre el Derecho Internacional Humanitario* (Genève, Comité Internacional de la Croix – Rouge, 1972).
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Manual de la Cruz Roja Internacional* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1975, 11º edición).
- _____. *EL CICR, la Liga y el informe sobre la Reevaluación del Cometido de la Cruz Roja* (Ginebra, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo – abril 1978 a enero – febrero 1979).
- _____. *Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998).
- COURSIER, Henri: *Curso de cinco lecciones sobre los Convenios de Ginebra* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1962).
- DEBBASCH, Charles y otros: *Droit constitutionnel et institutions politiques* (París, Editorial Economica, 1990, 3ª edición).
- DETZNER, J. A.: *Tribunales chilenos y derecho internacional de derechos humanos* (Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, 1988).
- DIVISIÓN JURÍDICO – LEGISLATIVA DEL MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA: *I y II Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz – Tagle* (Santiago, División jurídico – legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2000).

- EJÉRCITO DE CHILE: *Presentación del Ejército de Chile a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, Ejército de Chile, 1990).
- FAVOREU, Louis y otros: *Droit constitutionnel* (París, Ediciones Dalloz, 1998).
- FRAIDENRAIJ, Susana: “Convención sobre prohibición o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados” en Infante, María Teresa y Cave, Rose (compiladoras): *Nuevos estudios de Derecho Internacional Humanitario* (Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, Colección Estudios Internacionales, 1998) pp. 6 – 14.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto: “Monismo y dualismo. Constataciones y críticas” en *Revista de Derecho* n° 165 enero – diciembre 1977 (Concepción, Universidad de Concepción, 1977) pp. 239 - 242.
- _____ “Derecho Internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos” en *Revista Chilena de Derecho* volumen 23, n°s 2 y 3, tomo I, 1996 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996) pp. 259 – 275.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: “Dos temas de la jurisprudencia interamericana: proyecto de vida y amnistía” en *XCV Revista de Derecho y Jurisprudencia*, volumen 2, 1998, pp. 61 - 75.
- GONZÁLEZ, Felipe: “Derechos Humanos y Derecho Humanitario: Un análisis comparativo” en *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos* (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Serie Cuadernos de análisis jurídico n° 27, 1993) pp. 21 - 48.
- GROSSRIEDER, Paul: “¿Un porvenir para el Derecho Internacional Humanitario y sus principios?” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 833, marzo de 1999 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999) pp. 11 – 17. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList172/3784CA4362A656FBC1256DE1005E1A36>, sitio consultado en agosto de 2006].
- HAUG, Hans: “La neutralidad como principio fundamental de la Cruz Roja” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 138, noviembre – diciembre de 1996 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996) pp. 670 – 673. [En sitio web del

Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList156/1253000D1CBCBA20C1256DE10057D3BC>, sitio consultado en agosto de 2006].

INFANTE CAFFI, María Teresa: “Los tratados en el derecho interno chileno: efectos de la Reforma Constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, n°s 2 y 3, tomo I, 1996 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996) pp. 277 – 297.

INFANTE, María Teresa y CAVE, Rose (compiladoras): *Nuevos estudios de Derecho Internacional Humanitario* (Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, Colección Estudios Internacionales, 1998).

KÜNTSIGER, Isabelle: “El derecho internacional humanitario en el plano nacional: impacto y función de las Comisiones Nacionales” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 846, 12 noviembre 2002 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002) [En sitio del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList501/E1E351DCA8088657C1256DE2002FE2FB>, consultado en agosto de 2006].

LÓPEZ DAWSON, Carlos: *Justicia Militar. Una nueva mirada* (Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Editora Nacional de Derechos Humanos, 1995, 1ª edición).

LLANOS MANSILLA, Hugo: “El derecho humanitario y su aplicación en caso de conflictos armados de carácter interno” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 3, 1976 (Santiago, Pontificia universidad Católica de Chile, 1976) pp. 37 – 48.

_____ *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977).

_____ *“Vigencia de los tratados en Chile” en Revista Chilena de Derecho*, volumen 4, 1977 (Santiago, Pontificia universidad Católica de Chile, 1977) pp. 183 - 195.

MAUS, Didier: *Institutions politiques françaises* (París, Masson, 1990).

MEURANT, Jacques: “Bibliografía: Dimensión filosófica y religiosa de lo humanitario” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 140, 31 de marzo de 1997 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1997) pp. 234 – 244. [En sitio del Comité

Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList160/CBB35317FCD7BCE1C1256DE10055C3A9>, consultado en agosto de 2006].

MOREILLON, Jacques: “Derecho Internacional Humanitario y acción del CICR en Centro América y el resto del mundo: una comparación” en *II Seminario Interamericano sobre seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos en Centro América* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, 1ª edición) pp. 75 - 94.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 43, septiembre – diciembre 1995 (Bilbao, Boon S.A., 1995) pp. 129 – 170.

OPPENHEIM, L.: *I y II Tratado de Derecho Internacional Público* (Barcelona, Bosch, 1966, 7ª edición).

ORREGO BAUZA, Francisco: *Los tratados internacionales en la Constitución Política de 1980* (Santiago, Memoria Pontificia Universidad Católica de Chile, 1991).

PALWANKAR, Umesh: “Medidas que pueden tomar los Estados para cumplir su obligación de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* nº 121, enero – febrero de 1994 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1994) pp. 10 – 27. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList141/25AA457D079E1AC3C1256DE10056AE52>, sitio consultado en agosto de 2006].

PASQUIER, André: “Derecho Internacional Humanitario y actividades del CICR para América Latina y el Caribe” en *II Seminario Interamericano sobre seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos en Centro América* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, 1ª edición) pp. 43 – 59.

PEJIC, Jelena: “No discriminación y conflicto armado” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* nº 841, marzo de 2001 (Ginebra, Comité internacional de la Cruz Roja, 2001) pp. 183 - 194. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja,

<http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList182/46629DDD740E3CB2C1256DE100648471>, sitio consultado en agosto de 2006].

PEÑA LÓPEZ, Rolando: *II Manual de Derecho Internacional Público* (Concepción, Universidad de Concepción, 1961).

PICTET, Jean: *Los principios de la Cruz Roja* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1956).

_____ *La doctrina de la Cruz Roja* (Ginebra, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, 1962).

_____ *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986) 113 pp.

POLITZER, Patricia: *Miedo en Chile* (CESOC, Ediciones Chile y la América, 1985, 1ª edición).

RIVEROS MARÍN, Edgardo: “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno. Notas sobre el caso chileno” en *Revista Chilena de Derecho* volumen 23, nºs 2 y 3, tomo I, 1996 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996) pp. 407 – 410.

Rodrigo HERNÁNDEZ, Ángel: *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación. Su recepción en el ordenamiento jurídico español* (Madrid, Tecnos, 1997) 363 pp.

RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge y otros: *I Derecho Político español según la Constitución de 1978. Constitución y fuentes del derecho* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1996).

ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público* (Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, 3ª edición).

RUIZ MORENO, Isidoro: *II Lecciones de Derecho Internacional Público* (Buenos aires, El Ateneo, 1935).

SALINAS BURGOS, Hernán: “El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos internos. Nuevos Desarrollos” en Infante, María Teresa y Cave, Rose (compiladoras): *Nuevos estudios de Derecho Internacional Humanitario* (Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, Colección Estudios Internacionales, 1998) pp. 78 – 87.

_____ “La incorporación del Derecho Internacional en el Derecho Interno y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Revista de Derecho Público* volumen 63, 2002, Tomo II (Santiago, Universidad de Chile, 2002) pp. 275 – 288.

SÁNCHEZ, Domingo: “Las resoluciones internacionales sobre Chile: un desafío para la futura democracia” en *Revista Chilena de Derechos Humanos*, n° 12, abril 1990, número especial *El caso chileno en la comunidad internacional* (Santiago, Programa de Derechos Humanos Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 1990) pp. 61 – 90.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español. Teoría y práctica* (Madrid, International Law Association, sección española, 1984).

SCHINDLER, D. / TOMAN, J. (directores): *The laws of armed conflicts* (Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers/Instituto Henry Dunant, 1958, 3ª edición).

SCHINDLER, Dietrich: “El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 31, enero – febrero 1979 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1979) pp. 3 – 15. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList141/FB090D1633CBE71CC1256DE100574B34>, consultado en agosto de 2006].

_____ “Importancia de los Convenios de Ginebra para el mundo contemporáneo” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 836, 31 diciembre de 1999 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999) pp. 715 - 728. [En sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/iwpList175/A56DA6A0FD0A605BC1256DE100611C42>, consultado en agosto de 2006].

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *III Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 2ª edición).

SORENSEN, Max: *Manual de Derecho Internacional Público* (México, Fondo de Cultura Económica, 1945).

- STANISLAW, Nahik: *Compendio de Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, 1984).
- STERN, Klaus: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987).
- SWINARSKI, Christophe: “Perspectivas del Derecho Internacional Humanitario” en Irigoin Barrenne, Jeannette (directora): *Nuevas dimensiones en la protección del individuo* (Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 1991) pp. 151 - 162.
- URIBE VARGAS, Diego: “Problemas de Derechos Humanos y Seguridad del Estado en Centro América y el resto del mundo: una comparación” en *II Seminario Interamericano sobre seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos en Centro América* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, 1ª edición) pp. 61 – 74.
- VELOSO FIGUEROA, Adolfo: “Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno” en *Revista de Derecho* n° 165 enero – diciembre 1977 (Concepción, Universidad de Concepción, 1977) pp. 265 - 275.
- VERDROSS, Alfred: *Derecho Internacional Público* (Madrid, Editorial Aguilar, 1976, 6ª edición).
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario: *Código de Justicia Militar. Concordancias – antecedentes históricos – jurisprudencia – fallos de Consejos de Guerra* (Santiago, Ediciones Encina Ltda., 1975).
- VIERA GALLO, José Antonio y Rodríguez Allendes, Teresa: *Ideologías, partidos políticos y Derechos Humanos: la derecha* (Santiago, Programa de Derechos Humanos Academia de Humanismo Cristiano, cuadernos de trabajo n° 7, 1988).