

**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SU
RELACIÓN CON EL DERECHO CHILENO**

Memoria para optar al grado de licenciado de ciencias jurídicas y sociales

**AUTOR: RODRIGO ESCUDERO CÁRDENAS
PROFESORA GUÍA: JEANNETTE IRIGOIN BARRENNE**

SANTIAGO, ENERO 2003

A mi madre, por su amor, dedicación y fe infinita

A mis hermanas por su apoyo incondicional

Y a Ingrid por su amor y paciencia

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
---------------------	----------

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE	13
--	-----------

1. Consideraciones generales	13
2. Concepto general de los derechos humanos	14
2.1. Inherencia de los derechos humanos	15
2.1.1. Evolución histórica	16
2.1.2. Generaciones de derechos	19
2.1.3. Internacionalización de los derechos humanos	22
2.1.4. La universalidad de los derechos humanos	25
2.1.5. Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos	29
2.2. Los derechos humanos y el poder público	34
3. Los derechos humanos: realidad jurídica y situación práctica	36
4. Derechos humanos: instauración progresiva	42

CAPÍTULO II

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	44
---	-----------

1. Consideraciones generales	44
2. El derecho internacional de los derechos humanos	45
2.1. Concepto y desarrollo evolutivo	45
2.2. Características del derecho internacional de los derechos humanos	47

2.3. El individuo como sujeto del derecho internacional	50
2.4. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos	53
2.4.1. Las convenciones internacionales	55
2.4.2. La costumbre internacional	58
2.4.2.1. Elemento material	59
2.4.2.2. Elemento psicológico: la <i>opinio iuris</i>	62
2.4.3. Principios generales del derecho	65
2.4.4. Decisiones judiciales y doctrina	69
2.4.5. Las decisiones de las organizaciones internacionales	72
3. Relación entre el derecho internacional y el derecho interno	75
3.1. Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno	76
3.2. Monismo y dualismo ¿debate vigente?	78
3.3. Aplicación de las normas y obligaciones internacionales	80
3.4. Incorporación del derecho internacional en los ordenamientos estatales	82
3.4.1. La recepción de los tratados	83
3.4.2. Recepción del derecho internacional general	85
3.5. Concurrencia entre derecho internacional y derecho interno	86
4. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno	91
4.1. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en los derechos estatales	93
4.2. Normas y obligaciones <i>self-executing</i> y <i>non self-executing</i>	95
4.3. Concurrencia normativa entre el derecho internacional sobre derechos humanos y el derecho estatal	101

CAPÍTULO III

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	107
1. Consideraciones generales	107
2. La prohibición de la guerra en el derecho internacional	107
3. Historia y desarrollo progresivo del derecho internacional humanitario	113
3.1. Codificación del derecho internacional humanitario	116
4. El derecho internacional humanitario: concepto, aspectos generales y características	126
4.1. Concepto de derecho internacional humanitario	126
4.2. Aspectos generales del derecho internacional humanitario: necesidad del establecimiento de una regulación humanitaria	128
4.3. Características del derecho internacional humanitario	129
4.3.1. Ramas del derecho internacional humanitario: derecho de la Haya y derecho de Ginebra	129
4.3.2. El derecho internacional humanitario guarda una estrecha relación con el derecho internacional de los derechos humanos	131
4.3.3. El derecho internacional humanitario no tiene como fin evitar los conflictos armados	132
4.3.4. El derecho internacional humanitario se aplica sin tomar en cuenta la legalidad del conflicto armado	133
4.3.5. El derecho internacional humanitario es un derecho de excepción	134
4.3.6. Las normas del derecho internacional humanitario son de índole imperativa	135
4.3.7. Las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario son de carácter absoluto e incondicional	139

4.3.8. Las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario son irrenunciables	140
5. Fuentes del derecho internacional humanitario	140
6. Los principios del derecho internacional humanitario	144
6.1. Principios fundamentales	146
6.2. Principios comunes	148
6.3. Principios aplicables a las víctimas de los conflictos (Ginebra)	153
6.4. Principios propios del derecho de la guerra	156
7. Ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario	162
7.1. Ámbito de aplicabilidad situacional (<i>ratione situationis</i>)	164
7.2. Ámbito de aplicabilidad temporal (<i>ratione temporis</i>)	170
7.3. Ámbito de aplicabilidad personal (<i>ratione personae</i>)	172
7.4. Bienes en situación particular de protección	175
7.4.1. Bienes beneficiarios de índole sanitaria	176
7.4.2. Bienes beneficiarios de carácter civil	177
7.4.3. Zonas neutralizadas o desmilitarizadas	179
8. Procedimientos de aplicación del derecho internacional humanitario	180
8.1. Medidas preventivas	185
8.1.1. La difusión y enseñanza del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados	186
8.1.2. La información entre las partes	189
8.2. Medidas de control	190
8.2.1. Medidas de autocontrol	190
8.2.2. Medidas de heterocontrol	192
8.2.2.1. Mecanismos destinados a controlar el cumplimiento del derecho internacional humanitario: potencias protectoras, sustitutos y	

el control ejercido por las partes de los convenios humanitarios	192
8.2.2.2. Mecanismos de control destinados a la determinación de los hechos	205
8.3. Medidas represivas	210
8.3.1. La responsabilidad internacional del estado por el incumplimiento del derecho internacional humanitario	212
8.3.2. La responsabilidad penal internacional del individuo por la comisión de infracciones graves en contra del derecho internacional humanitario: los crímenes de guerra	215
8.3.3. La represión de los crímenes de guerra por tribunales internacionales: los procesos de Nuremberg, las Cortes <i>ad hoc</i> de la década de los noventa y la Corte Penal Internacional	226
9. Relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos	258

CAPÍTULO IV

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL DERECHO INTERNO CHILENO

1. Consideraciones generales	269
2. Instrumentos internacionales adoptados por el Estado chileno en materia de derechos fundamentales	270

3. Recepción del derecho internacional sobre derechos humanos en el derecho chileno	276
4. Concurrencia normativa entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno chileno	308
5. Cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los principales instrumentos humanitarios por parte del Estado chileno	336
CONSIDERACIONES FINALES	353
BIBLIOGRAFÍA	366

INTRODUCCIÓN

Cuando se hace referencia a la *dignidad del individuo*, más que venir a la mente un concepto positivo que diga relación con una situación de bienestar y desarrollo, cobran vida imágenes seculares de mancillamiento y repudio a esa condición inherente a cada ser humano. Suele ocurrir, entonces, que un concepto se construya teniendo en cuenta todo aquello que lo niega, más aun, si se trata de elaboraciones conceptuales que a buenas y primeras resultan obvias.

Es posible hablar de la dignidad inherente al individuo, haciendo referencia a los episodios más abyectos de la historia de la humanidad, justamente porque la noción de que cada sujeto carga consigo un catálogo de derechos inherentes a su condición humana, encuentra su origen o causa en una situación carente de toda lógica: la guerra.

No se trata de una visión pesimista de la naturaleza humana, se trata sólo de la corroboración de una serie correlativa de acontecimientos plasmados en nuestra historia, - tanto nacional, como universal - donde la condición humana deja de ser tal, para pasar a ser tributaria de los más variados objetivos perseguidos por sectores o grupos humanos beneficiados por alguna esfera de poder, sea este político, militar o económico, caracterizados todos por un menosprecio por la vida y por la dignidad de sus semejantes.

Con todo, la humanidad en su conjunto, parece haber encontrado un límite a su *inhumanidad* hacia mediados del siglo pasado, lo que vendría a justificar la incesante labor desplegada por la sociedad internacional, en relación a la consecución de un sistema normativo que asegurara la paz y seguridad

internacional, el respeto y promoción de los derechos inherentes a cada individuo, y la salvaguarda de las víctimas de los conflictos armados.

El presente trabajo, obedece a una motivación interna destinada a entrar en conocimiento de una de las materias de mayor trascendencia en el derecho internacional contemporáneo: la defensa de la dignidad del individuo.

En este sentido, lo que pretende el presente análisis, es hacer un tratamiento introductorio, - pero no por ello ausente de metodología – de los derechos fundamentales del hombre, mirados estos como una doctrina en constante evolución, todo con el objeto de afrontar de mejor manera la materia que más se intenta abarcar en estas líneas, a saber, el derecho internacional humanitario.

Desde este punto de vista, en el *Capítulo I* de este estudio, se analiza el concepto general de los derechos humanos, la evolución histórica de los mismos, y las distintas características que han acompañado al proceso de internacionalización de los derechos inherentes al individuo.

Obedeciendo a la misma premisa introductoria, el *Capítulo II*, da cuenta de una de las ramas de mayor trascendencia para el derecho internacional público, esto es, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dicho apartado, además de conceptualizar esa rama del derecho, establecer sus características, y definir sus fuentes, estudia la relación existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, pensado esto último, como una manera de adelantar contenidos respecto del análisis final que se hace respecto de dicha materia, en relación con nuestro derecho interno.

El *Capítulo III*, por su parte, trata de llenar el tema que pretende alcanzar un mayor grado de desarrollo en este estudio: el Derecho Internacional Humanitario.

En tal sentido el capítulo mencionado, parte dejando en claro que la prohibición de la guerra ha sido el resultado de una evolución histórica que encontró su consolidación una vez concluida la Segunda Guerra Mundial.

Luego se analiza la evolución histórica del *ius in bello*, todo con el objeto de dejar establecido que la instauración progresiva del derecho internacional humanitario demanda una adecuación constante de sus disposiciones, toda vez que el ingenio humano da lugar a nuevas amenazas a la supervivencia humana en caso de conflicto armado.

El proceso de codificación, los aspectos generales, las características y las fuentes del derecho internacional humanitario también son tratadas en este capítulo, el cual concluye su recorrido con el tratamiento de los temas relativos al ámbito y a los procedimientos de aplicación de la normativa humanitaria.

Cabe destacar que en la parte final del capítulo del que se viene hablando, se hace mención a dos temas de suma relevancia, uno relacionado con uno de los procedimientos de aplicación del derecho internacional humanitario – el sistema represivo -, y el otro relacionado con el tratamiento realizado en el capítulo II de la investigación. El primero de los temas mencionados, dice relación con la Corte Penal Internacional, y el segundo tema aludido, con la relación de convergencia normativa y operativa existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

El *Capítulo IV*, que cierra el presente trabajo, pretende dar una visión general respecto de la situación del derecho internacional sobre los derechos humanos, – entendido éste desde aquel punto de vista que acepta la convergencia normativa existente entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario – en nuestro derecho interno.

Este objetivo, justifica la alusión a problemas normativos relacionados con la implementación, recepción y jerarquía del derecho internacional en nuestra legislación, poniendo especial énfasis en las normas constitucionales, y en la disposición reformada del artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental de 1980.

Finalmente, el análisis precedente se encausa de tal manera, que se entra a conocer la actual situación del derecho internacional humanitario en el derecho chileno, tomando en especial consideración el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los principales convenios humanitarios y asumidas por parte del Estado chileno.

De esta manera, el trabajo realizado da forma y sentido a los propósitos por él perseguidos, estos es, aportar una visión conjunta de dos ramas de suma trascendencia para la dignidad del individuo: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, materias del todo relevantes para la comunidad internacional, y que forman parte, no sólo del debate académico contemporáneo, sino que también integran las relaciones políticas internacionales de mayor relevancia.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como una cuestión previa al tema que motiva este trabajo, a saber, el Derecho Internacional Humanitario, nos parece adecuado y conveniente hacer una breve reseña de carácter teórico e histórico en lo relativo a los derechos fundamentales del hombre, todo con el fin de dilucidar, desde un punto de vista práctico, lo que hoy se entiende, dogmáticamente hablando, por Derechos Humanos. Para depurar dicho concepto, haremos una exposición de naturaleza introductoria relativa a la noción general de los derechos humanos, para luego abordar su desarrollo y evolución desde un punto de vista histórico, para así lograr desentrañar y comprender plenamente el actual sistema que constituye la protección de la dignidad del individuo en la comunidad internacional.

No se trata por cierto, de perseguir los fundamentos teóricos ni filosóficos que logren acaparar el mayor concurso de los estudiosos y expertos en lo relativo al concepto y alcance de la noción de derechos humanos, ya que es un tema de suyo controvertido y de lato desarrollo. Además, hay que tener en cuenta que dicha discusión, que trata acerca del fundamento de los derechos humanos, no tiene mayor injerencia en la práctica, en razón de que hoy en día, existe un amplio consenso, a nivel internacional, en cuanto al reconocimiento y protección de aquellos derechos considerados inherentes a cada persona, y es por esta razón, que alcanzar dicho fin, supera en demasía las discrepancias entre filósofos y pensadores en general, ya que todos, independientemente de nuestras ideologías, estamos de acuerdo sobre la existencia de esos derechos.

2. CONCEPTO GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La noción de derechos humanos, señala Pedro Nikken, *se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado*¹.

Lo anterior significa que el tema de los derechos humanos inmediatamente se circunscribe en el campo de los derechos y garantías del individuo frente al poder público, el cual, si quiere ser respetuoso con las normas internacionales que constituyen finalmente el derecho internacional de los derechos humanos, debe ejercerse al servicio del ser humano y en ningún caso en su contra.

Así es como un concepto general de derechos humanos se construye sobre la base de dos elementos primordiales, que nos permiten identificarlos como tales y que en definitiva los distinguen de los derechos subjetivos en general, dichos elementos son:

- a) Que sean de aquellos derechos inherentes a la persona humana.
- b) Son derechos que se afirman frente al poder público.

En síntesis *estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.*²

Respecto al primer extremo, cabe señalar que hoy las sociedades democráticas y la comunidad Internacional, han asimilado que los hombres y mujeres, por el sólo hecho de existir, tienen derechos en su relación con el Estado, quien no sólo tiene el deber de respetarlos y garantizarlos, sino también llevarlos a su completa realización dirigiendo una acción coherente para ello.

¹ NIKKEN, Pedro. Antología Básica en D.D.H.H. San José C.R., I.I.D.H, 1994. p.11

² Ibid.

Ahora bien, y teniendo en cuenta el concepto general anteriormente señalado, podemos afirmar, en esta ocasión haciéndonos cargo del segundo elemento constitutivo de esta noción general de los derechos humanos, esto es, el hecho de que son derechos que se hacen exigibles o que se enfrentan al poder público, es necesario recalcar que, éste último debe orientar su acción de tal forma, que colme los requerimientos específicos que cada derecho inherente al individuo y a su dignidad demanden. En otras palabras, los derechos humanos, significan verdaderas obligaciones a cargo del Estado. Él es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos y, por otro lado, suele afirmarse por la doctrina en general, sólo él puede ser el sujeto activo en las violaciones de los derechos humanos, en un sentido estricto.

Dicho lo anterior, pasaremos revista, ahora de una manera más detallada, a estos dos elementos que integran el concepto general de derechos humanos.

2.1. INHERENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los rasgos quizá más distintivo y que finalmente permiten reconocer a los derechos humanos, es que estos sean de aquellos que la sociedad en general afirma son inherentes a la dignidad de cada hombre y mujer, sin importar la nacionalidad, la condición o la creencia de estos.

Estos derechos que cada individuo posee por el simple hecho de existir, no encuentran su origen en una concesión del poder público, de contrario se afirma reiteradamente que, son derechos anteriores y superiores al poder del Estado, y que por tanto encuentran su fundamento en la propia naturaleza y dignidad humana, lo que se traduce, en definitiva, en el hecho de que necesariamente son el límite al

ejercicio de éste, y que como consecuencia de lo anterior, le está vedado al Estado y sus organismos afectar el goce pleno de aquellos derechos.

2.1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La inherencia anteriormente reseñada, sólo puede ser comprendida bajo el alero de la evolución, desarrollo y progreso de la idea y concepto de derechos humanos, de allí que, para recalcar este aspecto intrínseco sea necesario volcar la mirada en el proceso histórico, que a la larga, permitió la concepción de derechos de la entidad referida.

El concepto de los derechos humanos es, en gran parte, producto de la historia y de la civilización humana y como tal está sujeto a cambios y evoluciones. Así las cosas, el reconocimiento general que existe hoy en día, respecto de una noción universal de un ordenamiento jurídico dirigido a la protección de los derechos inherentes y provenientes de la dignidad humana, es una cuestión que se ha ido decantando a lo largo de la historia, de tal forma que encuentra su desarrollo y evolución en una serie de impulsos que van, desde las luchas sociales y políticas, que a su vez dieron lugar a cambios estructurales de carácter cultural, político y socioeconómico, hasta los continuos avances en el plano de la filosofía moral y política, lo que fomentó el nacimiento de ideologías que han servido de base primordial para el nacimiento y solidificación de la realidad jurídica constitucional de nuestros días.

Por otra parte, esta evolución de la que venimos hablando, recién a mediados del siglo que acaba de expirar, encontró el apoyo internacional necesario para desencadenar el proceso, que a la larga daría lugar a los instrumentos jurídicos internacionales que contemplan expresamente el catálogo de derechos, que la

comunidad internacional entendería pertenecientes a cada individuo. Especial mención merece, la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948, la cual recoge la idea de la inherencia en reiteradas ocasiones, baste con citar el primer artículo de la Declaración que señala:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Sin embargo, para la comunidad internacional no fue nada fácil alcanzar este tipo de acuerdos, de hecho los más denigrantes acontecimientos sirvieron de causa inmediata a esta corriente humanitaria que tuvo como primer objetivo lograr el reconocimiento de la dignidad intrínseca del ser humano.

La línea histórica de los derechos humanos encuentra sus primeros antecedentes relevantes en Inglaterra, en el siglo XIII, a través de un documento que aparece como la primera limitación jurídica con relación al ejercicio del poder público frente a los gobernados, se trata de la Carta Magna de 1215, la cual junto con el Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689, pueden considerarse como precursores de las modernas declaraciones de derechos. Estos documentos, sin embargo, no se fundan en derechos inherentes a la persona sino en conquistas de la sociedad. Se trata de instrumentos que más que declarar y proclamar derechos intangibles del individuo frente al poder público, lo que establecen son deberes para el gobierno.

Las primeras declaraciones de derechos, ya en el sentido de entender que se está frente a derechos fundamentales de todo individuo de la especie humana, y que por ende suponen un respeto incondicional de aquellos por parte del Estado, las encontramos en las declaraciones independentistas que se dieron lugar en las

colonias inglesas ubicadas en América durante el siglo XVIII. Es así como en la declaración de independencia de las colonias del 4 de julio de 1776, se observa un claro énfasis en afirmar que el ser humano es titular de ciertos derechos inherentes a su dignidad, de naturaleza inalienable y superiores al poder del Estado, lo que se traduce finalmente en que son oponibles frente a éste último.

Con posterioridad, esta vez en Francia, en 1789 encontramos otra manifestación concreta de una declaración de derecho individual, fundada sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano, nos referimos a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual consolidó definitivamente la idea de que el hombre es poseedor de una condición anterior a todo poder humano, de modo tal que es la individualidad del sujeto libremente desplegada la que se transforma en la fuente generadora del poder del Estado. Es lo que hoy conocemos como principio de la soberanía popular.

Son estos acontecimientos los que permitieron que los derechos fundamentales del hombre fueran elevados hasta el punto de constituir verdaderas categorías que cualquier organización social debía respetar si quería considerarse justa.

Los derechos fundamentales del hombre, y en particular los derechos individuales y las libertades públicas, hacen su ingreso al Derecho Constitucional, quien ve en este acontecimiento un hecho crucial, ya que el reconocimiento de tales derechos, supone de inmediato una limitación al alcance de las competencias del poder público, el cual orientará su acción precisamente a encontrar los mecanismos necesarios para garantizar el pleno ejercicio de aquellos derechos anteriores y superiores a él.

Con todo, lo anterior no es sino la primera parte de una historia que se sigue desarrollando, dejando de manifiesto una de las principales características de los derechos humanos, esto es, su constante progresividad.

2.1.2. GENERACIONES DE DERECHOS

Desde este punto de vista la doctrina clasifica los derechos humanos en “generaciones de derechos”, clasificación que queda determinada de acuerdo al tipo de derechos que, van teniendo progresivamente un reconocimiento tanto doctrinario como legislativo. Así podemos señalar que suelen distinguirse aquellos derechos que forman parte de la “primera generación”, que corresponden justamente a los derechos civiles y políticos, cuyo objeto es la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como su derecho a participar en la vida pública. Tales derechos son, según la enumeración meramente ilustrativa y por tanto no taxativa, propuesta por Theodoor C. van Boven: el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a torturas o tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a no ser tenido en estado de esclavitud o servidumbre; el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, incluido el derecho a un juicio justo; el derecho a la intimidad, en el hogar y en la correspondencia, y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia o religión. Entre los derechos políticos se cuentan: el derecho a la libertad de opinión y expresión; el derecho a la libertad de reunión y asociación; el derecho a tomar parte en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho a votar y ser elegido. Luego, encontramos la denominada “segunda generación”, que contempla aquellos derechos que dicen relación con las condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente del ser

humano. Estos derechos también son conocidos como los derechos económicos, sociales y culturales, que comprenden: el derecho al trabajo, incluido el derecho a unas condiciones de trabajo justas y favorables; los derechos sindicales; el derecho a la seguridad social; el derecho a una alimentación, vestuario y albergue adecuados; el derecho a un nivel de vida adecuado; el derecho a la salud; el derecho a la educación y los derechos a la cultura y la ciencia.³

Por último, se habla de la aparición de una “tercera generación” de derechos, sin embargo, existen diversas posturas en cuanto a precisar qué derechos quedarían comprendidos en esta nueva categoría, ya que mientras algunos sostienen que se referiría simplemente a una tendencia que buscaría avanzar desde el reconocimiento de derechos generales, al reconocimiento de derechos especiales de grupo o sectores vulnerables o tradicionalmente discriminados, otros manifiestan que se trataría mas bien de derechos colectivos o de naturaleza difusa, como serían el derecho al desarrollo, el derecho a la paz y el derecho a un medio ambiente sano.

Por lo pronto, cabe señalar que, precisamente este aspecto de las distintas categorías de derechos, es donde la controversia se instala con mayor frecuencia, al momento de definir el tema de la eficacia legal de los derechos fundamentales en el ámbito internacional e interno. Lo anterior obedece a la estructura propia de cada una de las denominadas generaciones de derechos, en razón de que la “primera generación”, conocidos también como derechos civiles y políticos, encuentran amplio apoyo y consenso en cuanto a la exigibilidad inmediata de los mismos, y por tanto están dotados de mecanismos eficaces y sencillos para exigir su cumplimiento, situación que no ocurre en los otros casos, pese a que la llamada “segunda generación” está recogida ampliamente en instrumentos internacionales

³ VAN BOVEN, Theodoor, Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. París, Unesco, 1984. p.86

vinculantes. Es así, como estos derechos han sido referidos como una categoría que depende de especiales condiciones (variables principalmente sociales y económicas), para su real aplicación, es decir, se trata de derechos de cumplimiento progresivo, que por lo mismo, no pueden ser perseguidos directamente en contra del Estado, reposando básicamente su vigencia en la aplicación de medidas de carácter técnico, lo que va directamente unido a las políticas sociales instauradas por los gobiernos, supervisadas por organismos internacionales, que más que presentar un carácter jurisdiccional, son instituciones especializadas en aspectos políticos y técnicos, que propenden a que el desarrollo se expanda en el orbe, apuntando precisamente a equiparar la desigual distribución del ingreso que se percibe entre los países desarrollados, respecto de aquellos que se encuentran en vías de desarrollo. Sin perjuicio de lo anterior, y desde un punto de vista doctrinario, la universalidad, interdependencia e indivisibilidad propia de los derechos humanos, permite concluir que no es posible concebir la dignidad humana sin hacer un amplio reconocimiento, tanto respecto de aquellos derechos de naturaleza individual, como aquellos derechos sociales y colectivos, los cuales no pueden entenderse sin la presencia de unos y otros, ya que la plena consecución de los derechos civiles y políticos es imposible sin el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo reconoce la Proclama de Teherán de 1968, lo que en definitiva pone de manifiesto un cambio, desde el punto de vista de los intereses perseguidos, en materia de derechos humanos, por la Comunidad Internacional, básicamente a través del órgano principal de representación de la misma, la Asamblea General de Naciones Unidas, quien en apenas un par de décadas, modificó su atención prioritaria en cuanto al objeto de protección de los derechos inherentes del hombre, desde el ámbito individual (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), para

pasar a una tendencia más colectivista (Declaración Final de la I Conferencia de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos).

2.1.3. INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Finalmente, y siguiendo con el tema del desarrollo histórico de los derechos humanos, no podemos dejar de lado una de las etapas más importantes para estos, a saber, aquella que se refiere a la internacionalización de los derechos humanos, que da lugar, por cierto, al actual sistema normativo internacional humanitario.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, tiene lugar una expansión y decidida internacionalización de los derechos humanos. Tal fue la conmoción que provocó en la comunidad internacional los crímenes de la era nazi, que fue posible superar una serie de obstáculos, principalmente políticos, todo con el objeto de unir consensos, en búsqueda de un sistema de protección internacional de los derechos humanos, tarea nada fácil, ya que como consecuencia de la guerra se había establecido un nuevo orden mundial, que claramente dividía al mundo en dos bloques políticos con diferencias lo suficientemente tajantes como para hacer fracasar cualquier acuerdo en estas materias.

Es así, como la comunidad internacional, convencida de que *la magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe dejarse a cargo, monopolísticamente, de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su protección*⁴ logró dar paso a

⁴ NIKKEN, Pedro. Op. cit. p.

la creación de un organismo que sería fundamental para la definitiva internacionalización de los derechos humanos, hablamos de Naciones Unidas.

Con posterioridad, la progresión histórica daría lugar a una nueva evolución de los derechos humanos, esta vez, desde el punto de vista de los instrumentos o textos que los consagran. Así tenemos, que en una primera etapa son frecuentes las actas o cartas precursoras y las declaraciones liberales, luego se genera un fenómeno de carácter doméstico en el sentido de incorporar estos derechos en el desarrollo constitucional y legislativo de los distintos ordenamientos jurídicos internos, para finalmente dar lugar al Derecho Internacional de los derechos humanos.

De esta forma el derecho internacional logró un importante avance, ya que significó, superar una barrera tradicional que los gobiernos oponían cuando se hablaba de protección universal de los derechos humanos, a saber, las consideraciones de soberanía, las que históricamente partían del hecho, de que las relaciones del poder público frente a sus súbditos estaban reservadas al dominio interno del Estado.

Es así, como la incorporación en el sentido común internacional de la idea de que existen derechos humanos universales que deben ser protegidos, no sólo por las naciones sino que también por el ordenamiento jurídico internacional, dio paso a la *declinación del principio de soberanía absoluta del Estado y la incorporación de los individuos en el Derecho Internacional*⁵.

⁵ CHIPOCO, Carlos. Antología Básica en D.D.H.H., San José C.R., I.I.D.H., 1994, p. 82

En síntesis, precisando lo que han sido los alcances del orden normativo internacional humanitario, podemos señalar, en primer lugar, que se incrementó el papel del ser humano como objeto y sujeto del Derecho Internacional, en segundo lugar, representa un consenso expreso sobre determinadas obligaciones Internacionales de los Estados, lo que facilita un activismo ciudadano de carácter internacional, en este sentido, cabe hacer presente el importante papel que han jugado las organizaciones no gubernamentales internacionales de derechos humanos, como son por ejemplo, Amnesty International y Humans Rights Watch, las cuales mas allá de los intereses políticos de turno, han desempeñado un rol fundamental en la promoción y protección de los derechos humanos, a nivel mundial. Finalmente, hay que destacar, que el actual orden internacional de los derechos humanos, constituye el más amplio acuerdo explícito de ética política jamás logrado en el plano internacional, lo que sin duda, pone de manifiesto el constante interés, que despierta esta materia en la filosofía y ética política actual.

Ahora bien, lo expuesto de ninguna manera da lugar a siquiera suponer que se está cerca de poner atajo a las violaciones sistemáticas que se cometen día a día en contra de la dignidad humana, por lo que la actividad de promoción y protección de los derechos humanos resulta del todo primordial para seguir extendiendo la esfera de amparo que proporcione al ser humano un sistema integral y eficaz de cuidado de los derechos fundamentales, pero sin duda *el único modo, por inadecuado que sea, de salir del callejón al que la omnipotencia del Estado moderno parece haber relegado a los derechos humanos, consiste en traspasar los estrechos límites del Estado para exponer el problema de los derechos humanos a nivel internacional. Sea dentro de organizaciones regionales o mundiales, los*

*derechos humanos deben tratarse, pues, como un problema internacional; el único problema internacional real.*⁶

Habiendo descrito parte de la evolución y desarrollo de los derechos humanos, y teniendo siempre en cuenta, que dicho progreso obedece a diversos factores, dentro de los cuales, siempre es conveniente destacar el constante avance de las corrientes humanitarias, destinadas a proteger a la persona humana frente al abuso del poder público y a los conflictos armados (es el caso del derecho humanitario), debemos ahora, hacernos cargo de tres temas relevantes para afinar la noción de que la dignidad humana es el fundamento de la inherencia de los derechos fundamentales, lo que resulta determinante para enfrentar estos derechos al Estado, quien, como se ha dicho, mas que prestar su reconocimiento, debe instar por la promoción y protección de los mismos, bajo la premisa de que, precisamente, este tipo de prerrogativas otorgan validez al sistema jurídico democrático. Lo que se tratará a continuación son las discusiones que giran en torno a la *universalidad; indivisibilidad e interdependencia* de los derechos humanos.

2.1.4. LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La universalidad de los derechos humanos, ciertamente no es un tema del todo pacífico en la doctrina, puesto que su aceptación como principio rector en materia de derechos humanos, importa concluir que ésta categoría de derechos poseerían validez universal, lo que implica dejar de lado las consideraciones políticas, sociales y culturales de las distintas regiones del mundo.

⁶ VASAK, Karel. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. París, Unesco, 1984. p.86

En esta materia resulta del todo imprescindible hacer una relación con lo que se ha venido diciendo respecto al constante desarrollo y evolución del tratamiento del tema de los derechos humanos. Así tenemos, que el primer instrumento de carácter general, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que incorporaba un catálogo específico de derechos humanos, proclamado por una organización internacional con vocación universal –Naciones Unidas-, constituye *el resultado de un ajustado equilibrio entre las diferentes ideologías y concepciones existentes sobre los derechos humanos en aquel momento*⁷, lo que supuso un importante debate en torno al tema de la validez universal de los derechos fundamentales, cuestión no resuelta del todo, al punto que, con posterioridad a la adopción de la Declaración en comento, muchas críticas surgieron en lo relativo a la supuesta visión occidental que contendría la proclama, lo que a la larga pasaría a constituir la base argumental de los detractores de la universalidad. Lo anterior no resulta baladí, puesto que el fundamento ideológico último, de aquellos regímenes que incurren en prácticas de violación de los derechos humanos, reside en la negación del carácter universal de los derechos humanos, manifestando que pretender dicha universalidad, obedece simplemente a un mecanismo de penetración política o cultural de valores que le son propios a occidente. Así encontramos, principalmente en gobiernos fundamentalistas o regidos por un partido único, una posición relativista en cuanto al valor universal de los derechos humanos.

En América Latina, se ha dicho que suelen identificarse tres nociones que relativizan el valor universal de los derechos humanos, lo que permitiría sostener que ciertas personas carecen de dichas prerrogativas, en primer lugar se ha señalado, el concepto predilecto de los regímenes de facto, la “Seguridad

⁷ BLANC ALTEMIR, Antonio. La protección Internacional de los DDHH a los 50 años de la Declaración Universal. Madrid, Tecnos, 2001. p.13

Nacional”, en segundo lugar se menciona el “Relativismo Cultural”, y en tercer lugar, aquella concepción que sostienen los grupos alzados en armas, quienes manifiestan que los derechos humanos serían derechos sólo de clases y no derechos pertenecientes a cada individuo.

No obstante lo anterior, la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, adoptó una Declaración en la ciudad de Viena el día 25 de junio de 1993, en la cual se afirma en forma explícita el carácter universal de los derechos humanos, agregando que todos estos derechos inherentes a la dignidad del ser humano, son indivisibles e interdependientes entre sí, y que, sin desconocer particularidades nacionales o regionales y los distintos patrimonios culturales “*los Estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (párrafo 3)*”.⁸

En síntesis, la universalidad de los derechos humanos, conceptualmente hablando, implica aceptar el postulado de que dichos derechos, pertenecen a todos los seres humanos, prescindiendo, por tanto, de las condicionantes políticas, sociales, culturales, espaciales o temporales, lo que trae consigo una conclusión definitiva, cual es, que la dignidad humana resulta ser el fundamento último de la universalidad, lo que supone a su turno afirmar que, esta idea de que existan derechos incorporados al individuo, descansa en la unicidad y singularidad del género humano.

⁸ NIKKEN, Pedro. Op. cit. p.16

Este conjunto de ideas, que a primera vista, denotan un marcado componente moral de inspiración iusnaturalista, sin embargo ha significado quizá el paso más relevante en lo que dice relación a la evolución y desarrollo de la problemática de los derechos inherentes al hombre, al punto *que la universalización de los derechos humanos, ha ido unida a la internacionalización política y jurídica de la materia, ya que los derechos del hombre han dejado de ser un tema que atraía la atención de la Humanidad sólo desde el punto de vista histórico, filosófico o doctrinario, para transformarse en una materia que política y jurídicamente interesa a la Comunidad Internacional*⁹.

La inquietud planteada no es menor, puesto que desde el punto de vista de la efectividad de los derechos humanos, tan sólo serían universales las normas que hayan sido aceptadas por todos los Estados, *con la excepción de las normas de ius cogens, que al tratarse de normas imperativas de Derecho internacional general, no requieren del consentimiento de los Estados, y se imponen a su voluntad más allá de todo vínculo convencional.*¹⁰ Así las cosas, nos encontramos frente a un escenario en constante desarrollo, que demanda por una parte la aceptación generalizada de una concepción universal de los derechos humanos, y por otra, un activo papel por parte de los sistemas internacionales y domésticos en cuanto a ir incorporando al derecho positivo todos y cada uno de los derechos humanos, o al menos, respecto de los más básicos y fundamentales, independientemente del contexto social o político.

⁹ GROS ESPIELL, Héctor. Estudios sobre derechos humanos. Madrid, Civitas, 1988. p.286

¹⁰ BLANC ALTEMIR, Antonio. Op. cit. p.18

2.1.5. INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Previo a tratar derechamente la cuestión de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, es necesario hacer una referencia a lo que parte de la doctrina ha denominado el *núcleo duro* de los derechos humanos, concepto que iría estrechamente ligado al tema de la posibilidad de establecer límites a los derechos fundamentales.

El ordenamiento jurídico que regula los derechos humanos, tanto en el plano doméstico, como en el plano internacional, expresamente autoriza limitaciones a los mismos, lo que permite identificar dos tipos de situaciones para llevarlas a cabo, una vinculada a condiciones normales, y otra vinculada a períodos excepcionales o de emergencia.

En el primero de los casos, las prerrogativas suelen encontrar su cortapisa, en un concepto de contenido jurídico indeterminado, a saber, la noción de orden público. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha definido esta noción como el conjunto de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. Ahora bien, por más que se acepte la posibilidad de limitar un derecho fundamental esgrimiendo razones vinculadas al orden público o el bien común de la sociedad, no puede perderse de vista, que dicha restricción sólo puede estar amparada por los principios que inspiran al Estado democrático, y que en ningún caso podrían afectar la esencia que predica el contenido del derecho limitado. En este sentido, ha dicho la Corte referida, que nociones como la de orden público y la de bien común no pueden invocarse como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención y deben interpretarse con arreglo a las justas

exigencias de una sociedad democrática, teniendo en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar objeto y fin de la Convención¹¹.

Tratándose de situaciones excepcionales o de emergencia, surge asimismo la posibilidad de limitar los derechos fundamentales, lo que ocurrirá si se presenta alguna de las hipótesis previstas por los distintos instrumentos jurídicos. Dichas circunstancias excepcionales dicen relación, en términos generales, con situaciones que impliquen un grave peligro público o amenaza a la independencia o seguridad del Estado, y encuentran su fundamento en el hecho de que pueden significar el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática.

Sin embargo, la facultad de suspensión y no derogación, se encuentra restringida por dos tipos de consideraciones. Por una parte, la posibilidad de suspender no es absoluta, en razón de que su aplicación depende del cumplimiento de ciertos requisitos formales y de fondo, así *la declaración y aplicación del estado de excepción debe cumplir una serie de requisitos derivados del Derecho Internacional convencional: proclamación, notificación, amenaza excepcional, proporcionalidad, provisionalidad y no discriminación. Tales requisitos constituyen garantías de procedimiento y supervisión por los órganos internacionales de la legalidad de su establecimiento.*¹²

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas, Opinión Consultiva Oc/5 de 13 de Noviembre de 1985, párrafo 67.

¹² BLANC ALTEMIR, Antonio. Op. cit. p.26

La segunda consideración que cabe hacer en cuanto a las restricciones a las que se ve enfrentada una posible suspensión de los derechos fundamentales en situaciones excepcionales o de emergencia, dice relación con lo que ya se anunciaba al inicio de éste apartado, a saber, la posibilidad de identificar un grupo de derechos que no son susceptibles de tales medidas. Así las cosas, tenemos un núcleo esencial de derechos cuyas garantías no pueden ser suspendidas bajo ninguna circunstancia. Es precisamente este conjunto de derechos inderogables, los que permiten sostener la existencia de un núcleo duro de derechos humanos, que constituirían los atributos inalienables de la persona humana, cuya violación importaría la inaplicabilidad de los restantes derechos. Si bien es cierto, no existe uniformidad entre los distintos ordenamientos jurídicos, al momento de establecer el catálogo de derechos que formarían parte de este núcleo irreductible de derechos, ya que el enunciado de los mismos varía según lo establecido en los distintos sistemas locales, regionales y universales de protección de los derechos fundamentales, es posible colegir un mínimo común denominador, que según los dichos de Carrillo Salcedo representan *una convicción jurídica universal: la del rechazo a la barbarie*¹³, así tenemos que el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre, y el derecho a las garantías jurídicas y procesales mínimas e indispensables, han sido consagrados como derechos cuya suspensión o derogación está proscrita por la comunidad internacional, lo que hace pensar que estaríamos en presencia de normas de *ius cogens*, es decir una norma imperativa de Derecho Internacional, que importa ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional, que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada

¹³ CARRILLO SALCEDO, J.A. Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo. Tecnos, Madrid, 1995. p.105.

por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. En tal sentido, cabe destacar que *el hecho de que nos encontremos ante un núcleo de derechos inderogables en cualquier circunstancia, por excepcional que sea, determina en la práctica una limitación de la soberanía de los Estados cuando esté en juego el respeto a la dignidad humana*¹⁴, consecuencia del todo relevante, ya que importa otorgar al derecho Internacional de los derechos humanos un carácter imperativo, e imponer al mismo tiempo, una seria cortapisa al poder del Estado en lo que al ejercicio de la soberanía se refiere.

Dicho lo anterior, resulta conveniente destacar que, el hecho de que se identifique un núcleo de derechos considerados como básicos, no importa de manera alguna establecer una jerarquía que vaya en desmedro de aquellos derechos que se encuentren en la periferia de este núcleo duro, lo que nos hace retomar el tema que nos convoca en este apartado, a saber, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. De allí que, establecer una distinción entre derechos derogables e inderogable, obedece lisa y llanamente a un criterio práctico, que en ningún caso debe atentar contra los principios referidos, puesto que de aceptarse que existe una clasificación de los derechos fundamentales en función de su importancia, trae consigo el riesgo de que se niegue la posibilidad de que determinadas garantías pasen a formar parte de éste núcleo duro del que se viene hablando, cuestión siempre probable, en razón el carácter progresivo de los derechos humanos, y por otra parte trae consigo la posibilidad que se establezca *una jerarquía entre los diversos derechos humanos, en razón a su carácter fundamental o no. Con todo, en el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

¹⁴ BLANC ALTEMIR, Antonio. Op. cit. p.29

Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, por decirlo así, un bloque único y no pueden ser situados uno sobre otro en una escala jerárquica¹⁵.

En este mismo sentido, encontramos una serie de declaraciones que vienen a confirmar las ideas planteadas:

1. La Asamblea General de la ONU, ya en el año 1952 proclamaba que el goce de las libertades civiles y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente. El ser humano privado de los derechos económicos, sociales y culturales, no representa esa persona humana que la Declaración Universal considera como ideal de hombre libre (A.G., 5 de febrero 1952 A/2119 Res. 543, v1).
2. La Resolución 32/130 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1977, afirma que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, la promoción y la protección de los derechos civiles y políticos como a la de los derechos económicos, sociales y culturales.
3. La Proclamación de Teherán, adoptada por la Conferencia Internacional de derechos humanos el 13 de mayo de 1968, en su párrafo 13 señala: Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta imposible.
4. Finalmente, ya en el año 1993 y en el marco de la Segunda Conferencia Mundial de los derechos humanos desarrollada en Viena en el año 1993,

¹⁵ VAN BOVEN, Theodoor. Op. cit. p. 78

se señalaba que, todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

En suma, es posible afirmar, que *los derechos fundamentales son indivisibles porque son indispensables para el respeto de la dignidad humana y para el desarrollo integral de la persona, lo que refuerza la unicidad de los mismos frente a la jerarquización, y al mismo tiempo, son interdependientes porque se interrelacionan necesariamente entre sí y porque la existencia real de cada uno de los derechos humanos, sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos*¹⁶.

2.2. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PODER PÚBLICO

Luego de haber analizado el primer aspecto que integra el concepto de derechos humanos, corresponde ahora hacernos cargo de aquella segunda parte de la definición propuesta, o sea, aquella que señala que este tipo de prerrogativas se afirman frente al poder público.

Lo anterior, importa destacar la idea de que es precisamente el Estado, como ente soberano, el llamado a dar satisfacción a los requerimientos de respeto, garantía y promoción de los derechos fundamentales. El papel del Estado en la relación con sus súbditos, en lo relativo al tema de los derechos humanos, ha ido variando con el transcurso de los años, proceso estrechamente vinculado con las distintas generaciones de derechos a que ya se hizo referencia con anterioridad.

¹⁶ BLANC ALTEMIR, Antonio. Op. cit. p. 31

*Mientras que en épocas anteriores el Estado fue, ante todo, una autoridad que vigilaba la protección y mantenimiento del orden público y la seguridad de la sociedad, el Estado moderno es (o debería ser) un instrumento para el bienestar de todas las personas dependientes de su jurisdicción que les permitiera desarrollar al máximo sus facultades, individual o colectivamente*¹⁷.

Por otra parte, es importante consignar que los derechos humanos sólo pueden identificarse en la medida que la transgresión al derecho reconocido provenga del Estado, ya que por grave que sea la violación a la prerrogativa, si la lesión o afectación reconoce su origen en un ente distinto al órgano o persona que actúa a través del órgano del Estado, se puede afirmar, que se está en presencia de una infracción, un delito o un incumplimiento, según el ámbito de comisión del hecho infractor, pero en ningún caso se podría hablar de una violación a los derechos humanos, ya que precisamente *la nota característica de las violaciones a los derechos humanos es que ellas se cometen desde el poder público o gracias a los medios que éste pone a disposición de quienes lo ejercen*¹⁸, lo que, de una u otra forma, viene a establecer el límite distintivo entre un derecho subjetivo cualquiera y un derecho fundamental reconocido.

Sin embargo, existen situaciones límites que vienen a relativizar lo dicho, en el sentido de que la infracción puede provenir de un sujeto activo distinto al Estado, el ejemplo usualmente citado, el de los grupos insurgentes armados que dominan una parte del territorio del Estado ejerciendo de hecho autoridad sobre un grupo de personas. Sin duda, al igual que todos los temas vinculados a los derechos humanos, existe la necesidad continua de ir actualizando los contenidos referentes a los derechos inherentes al ser humano, y en lo relativo a este punto surge la

¹⁷ VAN BOVEN, Theodoor. Op. cit. p.87

¹⁸ NIKKEN, Pedro. Op. cit. p. 20

necesidad de plantearse preguntas en torno a fenómenos sumamente complejos en cuanto a su impacto en la sociedad y en los derechos de los individuos, como son la globalización y la presencia, cada vez mayor, de sociedades multinacionales, que mediante su acción alteran el escenario social, político y económico de distintas regiones del mundo, debido a su gran poder financiero, tecnológico o científico, y que por lo mismo pueden representar una nueva vertiente de poder con capacidad suficiente como para vulnerar derechos fundamentales, ya sea de naturaleza individual, social o colectiva, situación que en un futuro cercano obligará a efectuar un nuevo exámen respecto a la situación de los derechos humanos frente a estas nuevas situaciones de poder.

3. LOS DERECHOS HUMANOS: REALIDAD JURÍDICA Y SITUACIÓN PRÁCTICA

Existen una serie de situaciones que ya han sido tratadas en los dos puntos anteriores que ofrecen un panorama alentador en cuanto a la existencia de un conjunto de normas y organismos que hacen suponer una presencia mundial de esta verdadera nueva doctrina de los derechos humanos. Sin embargo, el hecho de que se haya configurado un sistema normativo e institucional internacional tendiente a la promoción y respeto de los derechos fundamentales, no necesariamente implica el éxito de la tarea iniciada por la comunidad internacional hace más de cincuenta años. Es así, como la creciente frontera que se ha instalado entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, obliga a reflexionar acerca de la eficacia de los instrumentos locales e internacionales destinados a expandir el respeto de la dignidad humana en las distintas regiones del mundo.

Si bien es cierto que el tema de los derechos humanos, se ha caracterizado por ir unido a un fuerte fenómeno progresivo tanto en su reconocimiento, como en su instauración positiva, cuestión que a la larga le ha permitido consolidarse como materia de interés en la comunidad internacional, lo que a su turno, ha posibilitado la actual posición privilegiada de los derechos fundamentales, en cuanto opinión pública se refiere, ya que las violaciones cometidas provocan siempre un fuerte rechazo y repudio internacional, no obstante lo dicho, aun persiste la duda razonable, de si verdaderamente estamos frente aun sistema normativo eficaz que otorgue garantías suficientes como para estimar que la dignidad humana posee un conjunto de normas e instituciones capaces de protegerla frente a los abusos del poder.

Duda que se ve alimentada por el carácter incipiente de la medidas tendientes a garantizar la protección de derechos inalienables, lo que pone de manifiesto la necesidad de dotar a los órganos internacionales de un conjunto de herramientas que sobrepasen el umbral de lo consultivo, para llegar al campo de lo coercitivo, para así no depender de la buena voluntad de los mecanismos domésticos, al momento de establecer responsabilidades y aplicar sanciones respecto de violaciones a los derechos inherentes al individuo.

Por lo pronto, resulta fácil advertir, respecto del tema de la eficacia de los derechos humanos, una contradicción entre la vasta proclamación teórica de los mismos, y la constante que pone de manifiesto su inobservancia práctica en el mundo de los hechos, cuestión que no hace más que confirmar lo difícil que resulta hacer coincidir el mundo de la ley –deber ser de la norma- con las situaciones reales.

Así las cosas, toda reflexión sobre la eficacia de un sistema jurídico de promoción y protección de los derechos humanos, debe partir de la consideración

*de que la realidad de estos derechos está determinada por las condiciones económicas, sociales y culturales. En un mundo caracterizado por la miseria, la enfermedad, la explotación y la injusticia, podrán “existir” los derechos humanos según el orden normativo vigente, pero no serán una verdad real si no se dan determinadas condiciones económicas y sociales*¹⁹. Se establece así una relación entre la efectiva protección de los derechos humanos y el progreso social en un contexto económico que permita la elevación del nivel de vida.

Ahora bien, resulta importante enunciar los elementos que permiten que los derechos humanos se transformen en una realidad legal, lo que viene a representar el primer paso, para entrar, a lo menos, al campo formal de la protección. En este sentido se identifican tres elementos que pasan a ser verdaderos requisitos habilitantes para que se esté en presencia de un escenario que posibilite el disfrute de dichas prerrogativas fundamentales. Tales requisitos son, según Karel Vasak, los siguientes:

1. Debe existir una sociedad organizada en forma de Estado *de iure*;
2. Dentro del Estado, los derechos humanos deben ejercitarse como un marco legal preestablecido, lo que no impide que pueda variar de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza de los derechos;
3. Y, por último, debe proporcionarse a quienes están en posición de ejercer los derechos humanos las garantías legales específicas y, en especial, los recursos necesarios para asegurarse de que tales derechos son respetados²⁰.

Respecto al primer punto cabe señalar que, la legitimidad internacional del Estado ha de sustentarse en su legitimidad interna y un Estado se legitima cuando respeta los derechos humanos, cuenta con un gobierno representativo, división de

¹⁹ GROS ESPIELL, Héctor. Op. cit. p.294

²⁰ VASAK, Karel. Op. cit. p.27

poderes, pluralismo político y elecciones. De esta forma, podemos afirmar que el reconocimiento, protección y promoción de aquellos derechos inherentes a la dignidad de cada hombre y mujer, viene a constituir un claro límite o restricción al ejercicio del poder estatal, de modo tal, que dicha cortapisa, pasa a ser uno de los elementos constitutivos de la noción actual del Estado de Derecho, la cual obliga al Estado y sus organismos a regir su actuar, de acuerdo a un conjunto de reglas impersonales, generales y previamente establecidas- la ley-, que en el fondo impiden que el ejercicio del poder sobrepase las fronteras naturales que impone una sociedad democrática, que dentro de sus principales características destaca el reconocimiento en el orden constitucional de los derechos humanos, al punto que *en la actualidad, las declaraciones de derechos que preceden a las constituciones se están convirtiendo cada vez más en una fuente legal de la que los jueces se sienten tentados de extraer el argumento decisivo que resuelve de una vez un determinado caso*²¹ .

En este mismo sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa en el tercer párrafo de su preámbulo que es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.”

Asimismo se afirma que *dentro del ámbito cultural del mundo occidental, se ha dicho que la expansión y la observancia del principio del Estado de Derecho, constituyen la única alternativa racional y razonable frente a la intolerancia, la arbitrariedad, la injusticia, la violencia y, por consiguiente, la mejor garantía de los derechos humanos*²². Es así, como el Estado al asumir un compromiso fiel con el respeto de los derechos humanos, no están haciendo otra cosa, que no sea

²¹ Ibid. p.26.

²² CUADRA, Héctor. La proyección internacional de los derechos humanos. México, Unam, 1970, p.13.

cumplir con una de las exigencias propias, para dar cabal cumplimiento a los requerimientos que subyacen al Estado de Derecho.

De lo anterior, surge de inmediato una premisa que finalmente permitió la implantación doctrinaria y legal de los derechos humanos, hablamos de que estos últimos, potencian sus posibilidades de ser cumplidos en la medida que se desarrollen en un Estado democrático y de tradición parlamentaria, ya que *históricamente, puede observarse que el parlamentarismo y los derechos humanos han progresado interrelacionados, transformándose el primero en garante de los segundos, y siendo éstos la base de aquél*²³.

Ahora bien, en lo que dice relación a la necesidad de contar con un marco legal preestablecido para los derechos inherentes a cada individuo, se está haciendo referencia con esto, a la creación de un sistema legal que los proteja, situación que de una u otra forma supone encontrar el lugar que ocupan estos derechos dentro del orden social, lo que implica en gran medida buscar la fórmula que permita un equilibrio entre estas prerrogativas y la autoridad al momento de definir las limitaciones reales a cada una de ellas, que permitan el normal desempeño de las mismas, ya que *el propósito social de los derechos humanos los hace, si no dependientes, al menos relacionados con el poder político. Lejos de estar en oposición, derechos humanos y poder político se apoyan uno en otro.*²⁴

El establecimiento de un marco legal que vaya a regular los derechos humanos, si pretende gozar de eficacia frente a los hechos, necesariamente debe ser establecido por la autoridad política, la cual facilitará su ejercicio con el propósito de que dichas disposiciones permitan la continuidad del régimen de promoción y protección instaurado.

²³ VASAK, Karel. Op. cit. p.29.

²⁴ Ibid. p.31

Finalmente, y en lo que dice relación al tercer requisito arriba señalado, para que los derechos humanos formen parte de la realidad legal, es preciso consignar que dicha eficacia está determinada por la presencia de garantías que sean capaces de dar respuesta ante una violación de un derecho fundamental, ya sea para restablecer el imperio de la ley, ya sea para obtener una reparación cuando el retorno al estadio anterior no sea posible. En tal sentido cabe destacar la existencia de un sistema de protección internacional de los derechos humanos, que se caracteriza por ser subsidiario, ya que siempre hay que buscar una solución en la legislación doméstica, lo que supone la existencia en el ordenamiento jurídico interno de recursos, generalmente de naturaleza constitucional, destinados a velar por el cumplimiento de los derechos humanos. En la medida que dichos remedios procesales fracasen o no cumplan con su objetivo, es posible concebir la intervención de los mecanismos internacionales. Desde este punto de vista es posible distinguir entre sistemas de protección de carácter universal, de aquellos de naturaleza regional, estos últimos inspirados, en instrumentos dirigidos a potenciar la protección de los derechos fundamentales basados en la relativa afinidad de los Estados miembros en el plano cultural, económico o político. Tenemos así que *universalismo y regionalismo en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos no son fórmulas antitéticas y excluyentes. Por el contrario, constituyen dos maneras de encarar la protección y promoción internacional de los derechos humanos*²⁵, que otorga, en definitiva, una mayor cobertura jurídica para sus destinatarios.

Sin embargo, es posible advertir ciertos inconvenientes, ante la proliferación de instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de los derechos

²⁵ GROS ESPIELL, Héctor. Op. cit. p.292

humanos, al punto que la falta de coordinación de las numerosas normas, instancias e instituciones , pueden dar lugar a *disfunciones operativas y a duplicaciones inútiles, por lo que se impone una clarificación de estructuras y una coordinación de sistemas, organismos y procedimientos que faciliten al individuo la elección de la previsión más favorable*²⁶.

4. DERECHOS HUMANOS: INSTAURACIÓN PROGRESIVA

Finalmente, y en relación, al tema de los derechos humanos, hay que hacer referencia a uno de los principales aspectos a destacar, en cuanto al desarrollo continuo de esta rama del derecho internacional. Nos referimos al carácter progresivo de esta disciplina. Ya en parte hemos anunciado esta característica, al momento de trazar la línea histórica que ha determinado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, desarrollo que no hace más que constatar, que esta concepción humanista del derecho, no ha sido mas que el resultado de un proceso en esencia progresivo, debido fundamentalmente a que la instauración de un régimen de protección internacional de los derechos humanos ha encontrado como principal obstáculo un concepto, frecuentemente citado y esgrimido por los Estados, cuando se pretende ejercer los mecanismos destinados a brindar protección al individuo frente a una violación de sus derechos inherentes en sus fronteras: la soberanía.

Lo anterior no es más que una compleja relación de intereses contrapuestos. Por una parte, la garantía internacional de los derechos humanos, y por otra parte la

²⁶ BLANC ALTEMIR, Antonio. Op. cit. p.20

soberanía como elemento integrante de un Estado independiente. Esta pugna surge precisamente al poner en marcha los mecanismos de protección que contempla el derecho internacional de los derechos humanos, ya que siempre existe *cierta posibilidad de injerencia de organizaciones internacionales en asuntos tradicionalmente considerados como propios de la jurisdicción interna de los Estados, como también comporta algún género de reconocimiento de atributos al ser humano individual, no admitidas otrora, que le permiten ejercer derechos subjetivos frente al Estado en la esfera internacional.*²⁷

No obstante lo anterior, y partiendo de la base que retomaremos este tema más adelante, cuando se trate el problema de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, resulta imperioso recalcar que el desarrollo progresivo de los derechos humanos, descansa en gran medida, en la percepción, siempre mayor y creciente de la comunidad internacional, de que no basta con consagrar a nivel nacional un catálogo de derechos fundamentales, sino que se hace necesario apoyar dicho reconocimiento, con una estructura jurídica que comprometa a las naciones en el verdadero respeto y promoción de aquellos derechos inherentes a la dignidad de cada sujeto, de modo tal, que las distintas generaciones de derechos que anteriormente se enunciaron, pasen a formar parte de un sólo conjunto de derechos, que no reduzca a dichas prerrogativas, en meros enunciados formales, o simplemente en aspiraciones programáticas.

²⁷ NIKKEN, Pedro. La protección internacional de los D.D.H.H.: Su desarrollo progresivo. Madrid, Civitas, 1987. p. 61

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En el capítulo anterior se hizo referencia al concepto de derechos humanos, el cual se caracteriza por reconocer en la dignidad humana aquel elemento invariable que dota a esta noción, de la trascendencia suficiente, en cuanto a su reconocimiento, como para ir más allá de las fronteras impuestas por la diversidad étnica, cultural, política o religiosa, lo que posibilita, en definitiva, la existencia de un sistema normativo con vocación universal, en lo que dice relación a la promoción y protección de esta categoría de derechos.

Asimismo, se puso en evidencia el desarrollo progresivo de una orgánica internacional, tanto legal como institucional, destinada a dar cobertura y salvaguarda a esta concepción de derechos fundamentales, cuestión que ha permitido el nacimiento de una, cada día más poderosa, rama del Derecho Internacional, caracterizada por modificar y relativizar viejos conceptos e instaurar una nueva visión del mismo, incorporando al escenario internacional al individuo en su calidad de destinatario de una legislación internacional, oponible al Estado, no sólo respecto de sus súbditos, sino que respecto de cualquier individuo, sin importar la nacionalidad de éste, lo que posibilita estar en presencia de un ordenamiento jurídico, cuyo incumplimiento es susceptible de ser reprochado por la Comunidad Internacional toda.

De allí la importancia de conceptualizar, identificar y precisar las características y el contenido de esta rama del derecho, para luego abordar sus consecuencias en el plano interno, y finalmente confrontarlo con aquella rama

específica que nos interesa, a saber, el Derecho Internacional Humanitario, para así obtener el panorama más amplio posible, en cuanto a la situación internacional del individuo frente a las violaciones de sus derechos.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. CONCEPTO Y DESARROLLO EVOLUTIVO

Un concepto del derecho internacional de los derechos humanos, que por sí sólo encierra el contenido preciso de esta disciplina lo aporta Carlos Chipoco al señalar que dicha normativa representa el *cuerpo de reglas internacionales, procedimientos e instituciones elaboradas para implementar las ideas de que toda nación tiene la obligación de respetar los derechos humanos de sus ciudadanos y de que las otras naciones y la comunidad internacional tienen la obligación y el derecho de vigilar el cumplimiento de esa obligación*²⁸.

Cabe tener presente, a modo de antecedente, que el derecho internacional clásico brindaba protección a los individuos sólo en su calidad de extranjeros, de acuerdo a los diversos mecanismos que contemplaba la protección diplomática, donde la posibilidad de accionar en contra del Estado anfitrión sólo le correspondía al Estado de la nacionalidad de la víctima, y en donde la situación de los súbditos quedaba reservada exclusivamente a la legislación doméstica amparada en el principio de no intervención.

El derecho internacional de los derechos humanos, es la reacción espontánea a la magnitud de los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda

²⁸ CHIPOCO, Carlos. Antología Básica en D.D.H.H. San José C.R., I.I.D.H., 1994, p. 82

Guerra Mundial, y pretende ser un ordenamiento jurídico, dentro del derecho internacional, *destinado a establecer una especie de orden público entre los Estados en beneficio de la persona humana*²⁹, cuestión que se ha verificado en el tiempo, toda vez que las leyes internacionales sobre derechos humanos han tenido un desarrollo sin precedentes y se han convertido en una parte muy sustancial del derecho de gentes.

En este mismo sentido, resulta del todo relevante la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha señalado que “Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” [Corte I. D. H.: “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana” (arts. 74 y 75), opinión consultiva OC-2/82 del 24 de diciembre de 1982, serie A, N°2, párr.29.]

²⁹ O'DONELL, Daniel. Protección Internacional de los DDHH. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p.16

Por otra parte, las nuevas funciones del derecho internacional contemporáneo, facilitaron la estructuración del derecho internacional de los derechos humanos, y ciertamente la codificación de éste, puesto que el derecho internacional clásico tenía básicamente una *función competencial y relacional de distribución y delimitación de las competencias estatales, y lo esencial de este cometido podía ser desempeñado por normas consuetudinarias. El Derecho Internacional Contemporáneo sigue teniendo una función competencial y relacional, pero ésta ya no es la única. A ella se añade hoy la del desarrollo y, en definitiva, la de crear condiciones de paz mediante una cooperación, incluso institucionalizada, a todos los niveles*³⁰. En dicho contexto, y con estas nuevas funciones, el derecho internacional asume que las normas consuetudinarias no resultan del todo satisfactorias para los nuevos cometidos, de allí que a partir de 1945, con la creación de las Naciones Unidas, la idea de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación se convirtió en una de las atribuciones expresamente encomendadas por la Carta a la Asamblea General de dicho organismo.

2.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Entendiendo que el derecho internacional de los derechos humanos, representa un conjunto normativo distinto del derecho internacional general, pero en ningún caso desligado de éste, resulta importante pasar revista a las principales características de la legislación internacional sobre derechos fundamentales,

³⁰ PASTOR RIDRUEJO, José A. Lecciones de Derecho Internacional Público. Madrid, Univ. Complutense de Madrid, 1983. p.79

precisamente para hacer el distingo de éste, frente a la normativa internacional general, lo que supone desde luego indagar en los principales aspectos que han posibilitado la generación de una nueva concepción del derecho internacional.

Los rasgos propios de esta rama del derecho internacional son los siguientes:

- a) En primer lugar, cabe destacar que el derecho internacional de los derechos humanos, más que pretender cumplir un papel de coordinación entre los distintos sujetos del derecho internacional, su papel en el plano normativo está determinado por su objeto, a saber, propender a la protección del ser humano, a través del respeto de los bienes jurídicos de naturaleza inalienable del individuo, los cuales reconocen su fundamento, precisamente en la dignidad humana. De allí que se declare constantemente que la labor principal de esta normativa es promover el reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos humanos, por lo que se le ha calificado como un *derecho de protección*.

- b) Luego, tenemos que al estar en presencia de un derecho con vocación universal, en cuanto al reconocimiento y el respeto de la dignidad humana, encontramos que este sistema normativo presenta un contenido netamente *ideológico*, toda vez que pretende incorporar en el acervo cultural de toda la humanidad esta idea de que existe un grupo de prerrogativas que encuentran su origen en la unicidad del género humano, y por tanto *aspira a expresar una ideología común a toda la humanidad*³¹.

³¹ VASAK, Karel. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. París, Unesco, 1984. p.870

- c) En tercer lugar, es preciso destacar el carácter **progresivo** de esta rama del derecho internacional. Ya se ha planteado con anterioridad, el tema de los distintos derechos que han ido siendo incorporados a esta concepción de los derechos fundamentales. Es así como la idea de la protección del nivel de vida que más aproxime al sujeto a la libertad, tanto en el ámbito material como en el espiritual, conduce inevitablemente a una progresión constante, en cuanto al catálogo de derechos que pasan a formar parte de este grupo de avanzada de derechos del hombre. Es por esto, que el derecho internacional de los derechos humanos, se presenta como una normativa en constante desarrollo, lo que conduce a concluir, que *el sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos está diseñado para propender a la progresividad*³².
- d) El rasgo anterior no hace más que poner de manifiesto un hecho reconocido abiertamente en la legislación internacional de los derechos humanos, cual es, que el conjunto de derechos reconocidos internacionalmente como fundamentales, forman parte de un grupo mínimo de derechos exigibles a los distintos Estados, de allí que se hable de una **legislación mínima** al momento de referirse a la legislación internacional en comento, consagrándose a nivel normativo internacional verdaderas “cláusulas de individuo más favorecido” que disponen expresamente la imposibilidad por parte del Estado de suprimir derechos fundamentales reconocidos o existentes en su legislación doméstica,

³² MEDINA, Cecilia. Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico UDP, 1996. p.33

bajo el pretexto, que el convenio en cuestión no contemplaba el derecho reconocido, o que los reconocía en menor extensión³³.

e) Por último, hay que destacar el carácter *subsidiario* de la legislación internacional de los derechos humanos, la cual, si bien tiene como función principal la protección de los derechos humanos, su participación en cuanto a supervisión se refiere, siempre parte del supuesto de la existencia en el derecho interno de un sistema jurídico que permita el cese de la violación al derecho fundamental o a la justa reparación en su caso, *el modelo ideal es, pues, aquel que hace prácticamente innecesaria la supervisión internacional*³⁴.

2.3. EL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Quizá una de las características del derecho internacional de los derechos humanos, que merece un trato separado, por su trascendencia e importancia en el plano práctico, es precisamente aquella que derribó los más viejos estandartes del derecho internacional clásico, en lo que se refiere a subjetividad internacional, se trata por cierto de la incorporación del individuo como actor principal en el escenario normativo internacional.

La doctrina clásica no tenía inconvenientes para sostener hasta mediados del siglo XX. que la normativa internacional era un derecho entre Estados única y exclusivamente, baste con recordar los el fallo de la Corte Permanente de Justicia

³³ Ver al efecto el artículo 5 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966; artículo 29b del Convenio Americano sobre derechos humanos y el artículo 60 del Convenio Europeo sobre derechos humanos.

³⁴ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.33

Internacional, quien en el emblemático caso *Lotus*, conceptualizaba al Derecho Internacional como el que rige las relaciones entre Estados Independientes.

Sin embargo, dicha concepción ha sufrido alteraciones coherentes con la evolución del derecho internacional, toda vez que las relaciones interestatales y la comunidad internacional, exigen un desarrollo en el plano de la interacción, que va más allá de las antiguas necesidades que se planteaban en un escenario mundial caracterizado por naciones aisladas las unas de la otras, *en efecto, en la medida que la subjetividad internacional ha ido dejando de ser considerada como una pertenencia de la soberanía para ser concebida como un procedimiento de atribución de derechos y obligaciones dentro de un ordenamiento jurídico determinado, la sociedad internacional se ha abierto a otros sujetos, que como advirtió la Corte internacional de Justicia en su opinión relativa a las Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas (1949), no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza y estatuto*³⁵. En este sentido, cabe mencionar a las Organizaciones Internacionales, como nuevos actores dotados de la subjetividad internacional suficiente como para actuar jurídicamente en el ámbito internacional.

Ahora bien tratándose del individuo, han existido diversas posturas, dentro de las cuales destaca, por una parte, la doctrina tradicional, la cual sostiene que el Derecho Internacional no produce efectos subjetivos en el individuo, en el sentido de que no le concede derechos ni le impone obligaciones directamente. La postura contraria la representa la doctrina moderna, que dice que los Estados actúan como simples representantes o agentes de sus nacionales y que estos son los verdaderos sujetos del derecho internacional.

³⁵ REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho Internacional. Madrid, McGraw-Hill, 1997. p.41

Toda esta discusión, sin embargo empieza a encontrar antecedentes en el plano normativo internacional, que hacen pensar que efectivamente el individuo habría alcanzando, vía derecho de petición, algún grado de subjetividad.

El conjunto de normas y mecanismos de protección de los derechos inalienables del individuo, instaurados desde mediados del siglo pasado en adelante, han posibilitado que los individuos puedan dirigir peticiones y denuncias a instituciones internacionales destinadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados, de modo tal que dichos organismos, *una vez establecida su competencia, no requieren del consentimiento del gobierno afectado para actuar, y en algunos casos, como en los sistemas regionales de Europa y América, pueden llevar la denuncia individual ante un tribunal internacional, para que decida el caso en términos jurídicamente obligatorios para el Estado afectado,* - situación que ha permitido concluir que - *el reconocimiento en el Derecho Internacional de la facultad del ser humano individual para dirigirse directamente a instituciones internacionales, para introducir peticiones, quejas o denuncias particulares sobre violaciones a los derechos humanos cometidas por un gobierno cualquiera y poner así en marcha una instancia internacional, representa una innovación profunda, una transformación de conceptos, de normas y procedimientos bien cimentados en el Derecho internacional clásico*³⁶.

Por último, habría que destacar que *el derecho del individuo a la acción internacional, siempre se ejerce a través del derecho de petición, el cual, aunque no sea un derecho humano, es el medio empleado para la ejecución internacional de los derechos humanos*³⁷.

³⁶ NIKKEN, Pedro. La protección internacional de los D.D.H.H.: Su desarrollo progresivo. Madrid, Civitas, 1987. p. 72

³⁷ VASAK, Karel. Op. cit. p.877

2.4. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En materia de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, no cabe hacer mayores distinciones de éstas, con relación a las fuentes del derecho internacional general, de allí que al momento de enumerar dichas fuentes, necesariamente hay que remitirse al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual en su artículo 38 dispone:

1. El Tribunal, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
 - b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho.
 - c) Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
 - d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

No obstante existir un claro consenso, a nivel de autores, en cuanto a que esta norma formula las fuentes del derecho internacional, la doctrina más aceptada, señala que sólo existen dos fuentes principales del Derecho Internacional: los tratados y la costumbre. Así autores como José Antonio Pastor Ridruejo, han señalado, comentando cada una de las fuentes establecidas por el citado artículo 38, lo siguiente. En primer lugar advierte, que los principios generales del Derecho constituyen una categoría normativa común a los Derechos Internos y al Derecho

Internacional; luego agrega que, las decisiones judiciales o jurisprudencia tienen valor de costumbre judicial, recalcando, por último, que la doctrina no es fuente autónoma, sino un auténtico medio auxiliar, de reducido valor en nuestros días³⁸.

Cabe destacar, que no obstante la unanimidad que existe en cuanto a que la norma transcrita más arriba, reúne las distintas fuentes del derecho internacional, no hay que omitir el hecho de que existen otras dos fuentes a considerar, a saber: los actos jurídicos unilaterales y las decisiones de los órganos internacionales, las que según sus características podrían ser requeridas para solucionar diferencias de interpretación en una etapa anterior y previa al *conflicto* requerido por la norma del artículo 38, y ciertamente pueden transformarse en elementos principales de aplicación normativa, atendido los constantes cambios en los procesos de creación jurídica en relación a la dinámica de la sociedad internacional.

Ahora bien, y respecto a las fuentes del sistema normativo de los derechos fundamentales, cabe destacar la importante producción normativa que existe, situación que podría apurar una conclusión en lo relativo al valor, desde el punto de vista de su aplicación, de las distintas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de otorgar una importancia sobre dimensionada a los tratados, en perjuicio de las otras fuentes, lo que obliga a hacer una revisión abreviada de cada una de las vertientes de producción de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

³⁸ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Op. cit. p.78

2.4.1. LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

El derecho internacional de los derechos humanos, como ya se adelantó, está contenido mayoritariamente en tratados, lo que de una u otra forma acusa la necesidad de *revestir estos derechos de una solidez legal que pueda oponerse al Estado cuando éste se muestre renuente a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos*³⁹.

El tratado es la fuente por excelencia de derechos y obligaciones internacionales, y puede conceptualizarse como *el acuerdo por escrito imputable a dos o más sujetos de Derecho Internacional con efectos jurídicos en este mismo orden*⁴⁰.

En el plano internacional, sólo una mínima parte de los acuerdos celebrados entre sujetos de derecho internacional y reglamentados por éste, reciben la denominación original de tratado. Así es frecuente observar denominaciones del tipo como: acuerdos, convenios, canje de notas, cartas, protocolos, convenciones, declaraciones, estatutos, arreglo, etc.

Lo anterior, obliga ir en búsqueda de los elementos que permitan diferenciar un instrumento de las características vinculantes de un tratado, de otro que cumpla una función diversa en el derecho internacional. En este sentido, resulta del todo útil aquella fórmula que señala, que para identificar un tratado hay que estarse a la presencia conjunta de los siguientes tres componentes que debe poseer el respectivo acuerdo escrito:

- 1) Que el acuerdo se impute a entes dotados con subjetividad internacional.
- 2) Que el acuerdo origine derechos y obligaciones jurídicas.

³⁹ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.27

⁴⁰ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p.181

3) Que el marco regulador, del acuerdo, sea el Derecho Internacional⁴¹.

Estos elementos permiten diferenciar al acuerdo que reúne estos elementos, y que por tanto constituye un tratado, de aquellos acuerdos que:

- Se celebran, o bien por sujetos sin personalidad internacional, aunque sí interna.
- Carecen de consecuencias jurídicas.
- No están regulados por el derecho internacional.

Dichos acuerdos, pueden ser, contratos internacionales o acuerdos no normativos.

Ahora bien, tratándose del marco regulador internacional en materia de derechos humanos, resulta interesante destacar el proceso de instauración del actual sistema normativo, el cual, ciertamente, ha sido construido sobre el anhelo de establecer un sistema global para la promoción y protección de los derechos humanos. En este sentido, se pueden identificar diversas razones para propender a la promulgación de tratados universales y regionales, que consagraran expresamente los derechos que ya habían sido proclamados en las grandes declaraciones de 1948. Por una parte estaba la necesidad de establecer normas vinculantes para los Estados, lo que no hace más que reflejar la aspiración de todo sistema jurídico por sustituir la costumbre por derecho escrito. Por otra parte, se trataba de crear mecanismos más eficaces para la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y por último, existía una creciente necesidad de definir en forma concreta el contenido de los derechos ya reconocidos, así como su alcance y sus limitaciones.

⁴¹ Ibid. p.184

Otro aspecto importante en esta fuente formal del derecho internacional de los derechos humanos, lo encontramos en la tipología de instrumentos que consagran los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva es posible establecer una clasificación determinada por la especificidad, en cuanto al reconocimiento y garantía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, así encontramos, en primer lugar, tratados o *instrumentos generales*, que representan el resultado de un enfoque global y sistemático, reflejando así una preocupación por los derechos fundamentales, en un sentido más amplio. En este grupo, encontramos, por ejemplo, a los Pactos de 1966, de derechos civiles y políticos y de derechos económicos sociales y culturales, respectivamente. Por otra parte, encontramos instrumentos o tratados *específicos*, que reconocen su origen en el trabajo especializado de agencias u organizaciones con competencia en un ámbito determinado, y obedecen, precisamente, a la necesidad de responder a las demandas de grupos particularmente más vulnerables a la violación de sus derechos fundamentales, o bien a la necesidad de prohibir o sancionar actos particularmente lesivos para la dignidad humana. Múltiples instrumentos se encuentran comprendidos en ésta categoría, a modo de ejemplo podemos citar, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención sobre derechos del niño (1989), entre otras.

Se puede advertir un verdadero abanico de instrumentos convencionales sobre derechos humanos con vocación universal. Sin embargo, esta situación de proliferación normativa, en principio alentadora, no permite aminorar una consecuencia jurídica básica cuando hablamos de instrumentos convencionales, a saber, el *efecto relativo* de los tratados. *Se dice que el efecto de los tratados es*

*relativo porque éstos no pueden, en cuanto tales, conferir derechos ni imponer obligaciones a terceros, no parte en ellos, sin mediar su consentimiento*⁴².

Esta situación de relatividad, en cuanto a sus efectos, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, puede desvirtuar la vocación normativa general del tratado en sí, lo que podría llevar a suponer que el derecho internacional de los derechos humanos, sólo encontraría acogida en aquellos Estados que hayan consentido regirse por sus normas, lo que atentaría contra unos de los principios básicos de los derechos humanos: la universalidad. De allí, que resulte vital recurrir a los otros modos de producción normativa, los que debidamente relacionados con las convenciones, permiten dar lugar a normas de naturaleza consuetudinaria igualmente obligatorias.

2.4.2. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

*El derecho consuetudinario fue tradicionalmente la principal fuente del Derecho Internacional. Debido a la falta de un legislador internacional y a la igualdad de los Estados, según la doctrina legal, las relaciones de éstos entre sí se regían por reglas no escritas aceptadas por todos*⁴³.

La situación antes descrita representa el génesis del Derecho Internacional, en donde la necesidad de intercambio entre los distintos Estados, colocaba a la norma consuetudinaria en un lugar privilegiado al momento de dirimir diferencias. No obstante, fue la propia dinámica de las relaciones internacionales, la que promovió la sustitución de la lenta e incierta elaboración de reglas, a través de prácticas acompañadas de una convicción de necesidad social y obligatoriedad

⁴² Ibid. p.332

⁴³ O'DONELL, Daniel. Op. cit. p.20

jurídica, por un proceso de positivación escrita, caracterizado por ser un medio cierto, más rápido, transparente, y adecuado a las circunstancias cambiantes del tiempo.

Sin embargo, y no obstante el contundente proceso de codificación del Derecho Internacional, la costumbre o norma consuetudinaria, continúa cumpliendo, en el plano internacional, un rol fundamental como medio de producción normativa como se verá más adelante.

La costumbre internacional se ha definido como *la norma resultante de una práctica general, constante, uniforme y duradera llevada a cabo por los sujetos del Derecho Internacional y realizada con la convicción de ser jurídicamente obligatoria*⁴⁴.

De la definición anterior se pueden extraer los dos elementos que debe reunir la costumbre para ser considerada norma consuetudinaria:

- 1) Elemento material, la práctica.
- 2) Elemento espiritual u *opinio iuris*.

2.4.2.1. ELEMENTO MATERIAL

Del tenor de la definición dada con anterioridad, es posible señalar que éste elemento viene dado por la repetición de comportamientos de los sujetos de Derecho Internacional, esto es por la actuación del Estado, cuando actúa a través de sus órganos, o por la actuación de las Organizaciones Internacionales principalmente. La práctica, por otra parte, debe ser llevada cabo de una manera general, constante, uniforme y duradera en el tiempo.

⁴⁴ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p. 318

La práctica, en definitiva, debe traducirse en una repetición de comportamientos, de modo tal que, ante situaciones similares los actores internacionales, adopten una postura idéntica. Dicha actuación puede ser el producto de una acción (costumbre positiva) o bien puede ser la consecuencia de una omisión (costumbre negativa).

Ahora bien, no basta que concurra en el elemento material, la repetición de comportamientos, es necesario a su vez, la presencia de tres aspectos copulativos, a saber, que la práctica sea *general*, que, la práctica generalizada sea *constante y uniforme*, y por último que dicha práctica sea *continuada o duradera* en el tiempo.

Que la práctica sea general, significa que la misma haya sido seguida por la mayoría de los Estados. *Generalidad no implica universalidad ni unanimidad, sino más bien consenso. Lo esencial, como puso de manifiesto la Corte Internacional de Justicia, en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969), es que esa práctica incluya a los Estados interesados; esto es, aquellos que han tenido ocasión de comportarse en el sentido de la norma que se indica*⁴⁵.

Otro tema vinculado a la generalidad de la práctica, es aquella cuestión que dice relación con la oponibilidad de la costumbre en la comunidad internacional, en cuanto a si ésta obliga a todos los Estados de la sociedad internacional - *tesis objetiva* - o si tan sólo a aquellos que con su conducta hayan contribuido a la formación de la norma consuetudinaria - *tesis subjetiva* -. Frente a ellas la Corte Internacional de Justicia ha mantenido una postura más bien ecléctica y ha considerado que la costumbre general obliga a todos los Estados, hayan contribuido o no con su conducta a la formación de la norma, con excepción de aquellos que se

⁴⁵ Ibid. p.319

hayan opuesto a ella, en el período de su formación, de manera permanente, persistente e inequívoca.

En segundo lugar, la práctica, requiere además de ser generalizada, que ésta sea constante y uniforme. De lo que se trata, es que la práctica generalizada, al momento de desarrollarse debe demostrar ser frecuente, continua y coherente, por ende, no debe ser contradictoria, lo que supone, desde luego, actuaciones, cuyo contenido deben estar dotados de identidad sustancial.

Por último, la formación de la costumbre precisa el transcurso de cierto lapso temporal. No existe una regla exacta que determine el tiempo que debe reunir el comportamiento reiterativo, para configurar costumbre internacional, lo que conduce a razonar que, la duración de la práctica no es un fin en sí misma, se trata solamente de un factor que sirve para probar la continuidad de la misma. Lo que sí, se puede constatar es el hecho de que ya no se requiere que la práctica en cuestión provenga de tiempos inmemoriales. Hoy existen diversos factores que han acelerado el proceso de formación de la costumbre, entre los que cabe destacar, la institucionalización de la sociedad internacional, la que a través de la continua labor de las organizaciones internacionales, ha provocado un cambio esencial en el procedimiento de elaboración de las normas consuetudinarias. Es así, como tratados multilaterales y resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas son capaces de colaborar activamente en la gestación o reconocimiento definitivo de la costumbre internacional, básicamente, por el alto nivel de representatividad que poseen, lo que de una u otra forma facilita la identificación y prueba de cada uno de los elementos de la norma consuetudinaria.

2.4.2.2. ELEMENTO PSICOLÓGICO: LA *OPINIO IURIS*

Tal como se ha venido expresando, la costumbre internacional para convertirse en una fuente formal del Derecho Internacional, debe reunir dos elementos, uno de los cuales reposa en aspectos materiales, y por tanto, susceptibles de verificación en el mundo de los hechos. El otro elemento, por el contrario, carece de un sustento fáctico y se deposita, en consecuencia, en el plano espiritual. Este elemento psicológico, no es más que la actitud consciente por parte de los actores internacionales, de que su comportamiento está siendo guiado por el deber ser de una norma de derecho, y no por un simple uso o regla de cortesía.

En suma, *para que surja una norma consuetudinaria, esto es, para que lo que los Estados hacen se convierta en lo que los Estados deben hacer, es preciso que la práctica o los comportamientos de los sujetos de Derecho Internacional se hayan realizado con el convencimiento de conformarse a una obligación jurídica*⁴⁶.

La necesidad de que concurra este elemento espiritual ha sido puesta de manifiesto por la Corte Internacional de Justicia, la que en el asunto de la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte (1969), se pronunció respecto de si la regla de equidistancia-circunstancias especiales del artículo 6 de la Convención de Ginebra de 1958, sobre plataforma continental, se había convertido en regla consuetudinaria. El tribunal resolvió negativamente, entre otras razones, por la inexistencia de la *opinio iuris*. La sentencia dice:

“Los actos considerados no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben atestiguar, por su naturaleza o el modo en que se llevan a cabo, la convicción de que dicha práctica resulta obligatoria por la existencia de

⁴⁶ Ibid. p.321

una regla jurídica. La necesidad de tal convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de *opinio iuris sive necessitatis*. Los Estados interesados deben, pues, tener la sensación de conformarse a algo equivalente a una obligación jurídica. Ni la frecuencia ni el carácter habitual incluso de los actos bastan. Existen numerosos actos internacionales, en el campo del protocolo, por ejemplo, que se realizan casi invariablemente, pero que están motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidad o de tradición, y no por el sentimiento de una obligación jurídica”.

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la costumbre internacional, si bien es cierto, ya no cumple un papel protagónico en el plano de la producción normativa, producto del amplio desarrollo del trabajo convencional por parte, de las organizaciones internacionales universales y regionales, encargadas de codificar los derechos fundamentales, sigue estando presente, y *aunque la codificación internacional potencia a los tratados como fuente del Derecho Internacional, la costumbre ha sabido aprovecharse de las inmensas ventajas que representa la existencia de un foro – organización internacional o conferencia diplomática – en que los Estados enuncian expresamente la opinio iuris*⁴⁷.

Esta idea, sirve para sustentar y para tratar de explicar, el importante rol que en el plano de los derechos fundamentales cumple la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que no obstante carecer del poder vinculante de un tratado internacional, *ha sido investida por la comunidad internacional representada en las Naciones Unidas de una autoridad tal que ningún miembro de dicha comunidad internacional puede desatender los derechos que consagra. En este*

⁴⁷ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Op. cit. p.94

*aspecto, el carácter de normas de obligado cumplimiento legal que poseen estos derechos parece menos importante que su relevancia y peso morales y políticos*⁴⁸.

La obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue reconocida por el Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, que señala expresamente que la declaración en comento “enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”.

Ha sido tal el impacto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que sin duda ha servido de fuente inspiradora, y por tanto, influencia directa en la legislación y Constituciones de distintos países. Por otro lado, *el haber llegado a consagrar una concepción y un ideal común de la humanidad toda en materia de derechos humanos más allá de las divergencias teóricas y doctrinarias sobre la naturaleza de los derechos y libertades del hombre constituyó quizá el logro más importante alcanzado con la adopción de la Declaración Universal*⁴⁹, lo que ha permitido afirmar, incluso que, el deber de respetar los derechos del hombre constituye una norma imperativa de Derecho Internacional general, es decir un caso de *ius cogens*, lo que vendría a corroborar la idea de que dentro del derecho consuetudinario general existen normas en las que la *opinio iuris* tiene un carácter calificado, nos referimos a las normas consuetudinarias de *ius cogens*, en donde nadie duda que respecto de ellas existe una convicción de actuar conforme a derecho, pero ésta convicción va más allá, existe también una conciencia o convicción de que esas normas gozan de un carácter imperativo absolutamente necesario.

⁴⁸ VAN BOVEN, Theodoor. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. París, Unesco, 1984. p.162

⁴⁹ GROS ESPIELL, Héctor. Estudios sobre derechos humanos. Madrid, Civitas, 1988. p.290

Así tenemos, que la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto manifestación del derecho consuetudinario, es una clara manifestación del valor de la costumbre, lo que permite concluir que *el derecho consuetudinario sobre derechos humanos parece tener así un significado más amplio que las leyes cuyo cumplimiento debe buscarse en los tribunales nacionales o internacionales y es, ante todo, la normativa que debe invocarse ante los foros públicos nacionales o internacionales, como los órganos políticos de las Naciones Unidas y los parlamentos nacionales*⁵⁰.

2.4.3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Continuando con las fuentes formales del derecho internacional de los derechos humanos, corresponde hacer una revisión somera a los *principios generales del derecho*, los cuales suelen utilizarse para señalar los principios generales de las leyes de una nación, o bien los principios generales del derecho internacional general, de allí que es frecuente que se cuestione el valor autónomo de estos principios como medio de producción normativa.

Sin embargo, en materia de derechos humanos, los principios generales del derecho, merecen una atención especial, especialmente cuando se trata de interpretar los distintos instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el caso sobre las reservas a la Convención sobre el genocidio, la Corte Internacional de Justicia señaló que “los principios en que se sustenta la convención son unos principios reconocidos por las naciones civilizadas como

⁵⁰ VAN BOVEN, Theodoor. Op. cit. p163

vinculantes para los Estados, incluso los que no han asumido ninguna obligación respecto de la convención”. (Informes de la CIJ, 1951, p.23)

Cabe señalar, que este tipo de conclusiones, establece una frontera no muy nítida entre la costumbre internacional y los principios generales del derecho, surgiendo inmediatamente una relación entre ambas fuentes normativas, donde el derecho consuetudinario *está más reflejado y afirmado por la práctica constante de las organizaciones internacionales y los Estados, mientras que los segundos indican unas normas fundamentales o suprapositivas que están en la base de toda la sociedad humana*⁵¹.

Ahora bien, no obstante ser considerados estos principios como una fuente subsidiaria de derecho, concentrándose su actuación en el campo procesal y en el de la interpretación de las normas convencionales, algunos de ellos revisten una particular importancia en el ámbito de los derechos humanos, principalmente en lo que dice relación con los aspectos del ejercicio y goce de tales prerrogativas. En este sentido merecen especial atención aquellos principios generales relacionados con la igualdad ante la ley, la no discriminación y la libre determinación de los pueblos.

Hablar de igualdad ante la ley, nos transporta a los orígenes de la doctrina de los derechos humanos, pues, ciertamente constituye el fundamento básico de cada una de las demandas hechas por los distintos actores sociales a lo largo de la historia, y que trajeron consigo las primeras actas y declaraciones liberales que consagraron a la igualdad como una de las conquistas sociales más importantes en cada una de las batallas libradas en nombre de la dignidad humana, Es por esto que *no cabe duda de que la igualdad de los seres humanos ante la ley es uno de los*

⁵¹ Ibid.

*derechos más importantes del hombre y que puede considerarse fundamental en el sentido de que es la base para el desarrollo de las garantías de los derechos humanos específicos*⁵². Desde esta perspectiva, puede considerarse, que la igualdad ante la ley, es de aquella clase de derechos humanos que está dentro de la categoría de bienes jurídicos generales, en contraposición a aquellos bienes jurídicos pormenorizados, de allí que se afirme que es un derecho dinámico, y por tanto puede servir de sustento a otros derechos.

Por su parte, el principio de no discriminación, puede representarse como el corolario de la igualdad ante la ley, toda vez que la discriminación o trato discriminatorio, no hace más que poner de manifiesto un trato desigual a personas iguales, ya sea por la concesión de favores, ya sea por la imposición de cargas, lo que desde luego hace suponer el quebrantamiento de una norma que consagra la igualdad de trato. *Si la igualdad ante la ley se entiende como el principio según el cual los hechos iguales deben tratarse de igual manera, y los hechos no iguales deben tratarse de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso, el principio de no discriminación prohíbe la diferenciación en ciertos casos*⁵³.

Ahora bien, las organizaciones internacionales encargadas de codificar el derecho internacional de los derechos humanos, al momento de elevar estos principios al plano convencional, optaron por aquella fórmula que eliminaba la incertidumbre generada por la igualdad como principio, la que resultaba del todo engorrosa, puesto que los distintos sistemas jurídicos aplicaban distintos criterios al momento de definir bajo qué circunstancia un acto es arbitrario o desigual, y es así como la práctica convencional optó por la formulación negativa de la igualdad, esto es, con la prohibición de la discriminación.

⁵² JOSEF PARTSCH, Karl. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. París, Unesco, 1984. p.100

⁵³ Ibid. p.101

Prueba de ello, son los distintos instrumentos y declaraciones internacionales que prohíben genéricamente el trato discriminatorio, como la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como aquellas convenciones que a través de un sistema específico proscriben el trato discriminatorio tomando en cuenta distintos factores, como el sexo (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979) y la raza (Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965).

Finalmente, y para cerrar el tema de los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, cabe hacer ahora referencia a la autodeterminación de los pueblos, la que ha sido objeto de una polémica constante en cuanto a considerar si se trata de un derecho humano aislado o si se trata de la condición indispensable para el respeto de los derechos humanos.

Los partidarios de definir a la autodeterminación como un verdadero derecho del hombre, citan el artículo 1º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que señala expresamente que “Todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación...”

Sin embargo, hay autores que opinan que, *el hecho de que la autodeterminación de los pueblos haya sido situada al mismo nivel que los derechos humanos, e incluida entre ellos, parecería deberse más a razones de conveniencia política que a la existencia de una base que lo justifique*⁵⁴, lo que de una u otra forma permitió que este principio haya desempeñado un papel de enorme importancia en el complejo proceso descolonizador de las Naciones Unidas.

⁵⁴ VASAK , Karel. Op. cit. p28

Con todo, no cabe duda que este principio o derecho colectivo, ha sido de gran importancia en el plano internacional, principalmente en el plano de las acciones políticas de Naciones Unidas, al punto que entre *el acontecimiento histórico de la descolonización y el principio de la libre determinación de los pueblos se produjo una relación simbiótica: el principio facilitaba la operación descolonizadora; la descolonización permitía vertebrar y consolidar jurídicamente al principio*⁵⁵.

2.4.4. DECISIONES JUDICIALES Y DOCTRINA

El ya citado artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, califica como medios auxiliares para la determinación de reglas de derecho, tanto a las decisiones de los tribunales, como a la doctrina.

En lo que se refiere a la jurisprudencia internacional, cabe señalar que se trata del *conjunto de decisiones de los tribunales internacionales –tanto las de la Corte Permanente de Justicia Internacional como las de la Corte Internacional de Justicia y las de los tribunales arbitrales- dictadas en el ejercicio de su competencia contenciosa o consultiva*⁵⁶.

Este conjunto de decisiones que conforman a la jurisprudencia, sin embargo, alimentan una viva polémica, al momento de definir si se trata de una fuente autónoma del derecho internacional; si se trata de un método secundario o auxiliar que tiene como función última, declarar, determinar o descubrir la existencia de una norma no escrita, o por último, si se trata de un elemento más de la formación de la norma consuetudinaria.

⁵⁵ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p. 109

⁵⁶ Ibid. p.328

Aquellos que señalan que la jurisprudencia, es por sí sola, una fuente autónoma del Derecho Internacional, deben enfrentarse a ciertos principios y normas que no permiten concebir ésta posición, particularmente a cuestiones como el consensualismo que predomina en el ámbito jurisdiccional internacional, donde precisamente las partes en conflicto privan al juez de la posibilidad de recurrir a un juicio de equidad para dar solución a la controversia (art.38.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) lo que viene a corroborar la idea de que si las partes no desean juicios apartados de lo jurídico, menos aceptarían la posibilidad de un juez legislador. Además, los mismos fallos de los Tribunales Internacionales se han encargado de precisar que su función se traduce en la *aplicación* del Derecho Internacional a la solución del caso.

Por otra parte, aquellos que sostienen que la jurisprudencia es un eslabón más para la configuración definitiva de la norma consuetudinaria, necesariamente tienen que tener presente, que la función de los fallos internacionales es dirimir la controversia puesta en su conocimiento, la que, si bien, puede requerir un pronunciamiento que reconozca una costumbre consolidada o que se cristaliza con su decisión, no implica que a través de su actuación colabore a su formación, precisamente porque lo que hace el juez internacional es identificar o buscar la norma, pero en ningún caso crearla.

Dado lo anterior, parece ser que, el criterio más consecuente con las fuentes de producción normativa internacional, es aquel que considera a las decisiones judiciales como un medio auxiliar para la identificación de las normas, y la determinación del contenido de las reglas de derecho, y en donde los fallos y las decisiones judiciales internacionales *tienden a ser invocadas como testimonios*

*autorizados de las reglas de derecho internacional y a inspirar decisiones judiciales posteriores*⁵⁷.

Finalmente, el estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también menciona a las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Al respecto cabe destacar que hoy en día, nadie discute el hecho de que la doctrina de los autores, no obstante el importante papel que antaño desempeñaban en un derecho internacional emergente, caracterizado por la ausencia de normas, no cumplen ya ninguna función que no sea la estrictamente vinculada a comentar, determinar y explicar las distintas normas del derecho internacional, por lo que se descarta totalmente su posible carácter de fuente formal de ésta rama del derecho.

Respecto de estos dos medios auxiliares a que se ha hecho referencia en este apartado, y siempre vinculado con el tema de las fuentes del derecho internacional de derechos humanos, sólo queda por destacar que tanto la jurisprudencia y la doctrina de los autores, como fuente generadora de obligaciones, carecen de relevancia por la continua y creciente codificación de los derechos humanos en el plano internacional, lo que no resta el inmenso valor que ambos medios aportan a la evolución y desarrollo de esta rama del derecho, que atendida su naturaleza progresiva siempre está abierto a la particular visión de los distintos autores, y al reconocimiento sólido de una sentencia que compruebe la consolidación de una norma no escrita.

Ahora, sólo queda pasar revista a las decisiones de las organizaciones internacionales, para concluir el tema relativo a las fuentes de la norma internacional de los derechos humanos.

⁵⁷ BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. Santiago, Ed. Jurídica Conosur, 1999. p.29

2.4.5. LAS DECISIONES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Las Organizaciones Internacionales son entidades creadas por los Estados a través de un tratado constitutivo, en el cual se establecen los órganos y las reglas de procedimiento, así como, se definen las funciones y ámbito de competencia de la Organización.

Como entidad distinta de los Estados miembros que la componen, las Organizaciones Internacionales manifiestan una voluntad propia, mediante determinados actos de sus órganos, los que de acuerdo al fin perseguido pueden recibir distintos nombres (decisiones, declaraciones, reglamentos, recomendaciones, prácticas, etc.) y por ende producen distintos efectos jurídicos.

En atención a esta heterogeneidad de términos que revisten los actos de las Organizaciones Internacionales, nos referiremos a dicho actos con la voz genérica de *resoluciones*, todo con el fin de visualizar la posibilidad que tienen las mismas, de convertirse en un medio idóneo para crear derechos y obligaciones para sus destinatarios. Desde esta perspectiva, hay que destacar que, la capacidad de las Organizaciones para dictar resoluciones jurídicamente vinculantes, pasa necesariamente por examinar la voluntad de los Estados miembros, manifestada en el correspondiente Tratado constitutivo. De resultar afirmativa dicha posibilidad, esto es, el hecho de que esté facultada la Organización para adoptar resoluciones con efectos jurídicos para los Estados miembros, es posible afirmar entonces, que estaríamos en presencia de una fuente autónoma del Derecho Internacional, con la prevención de que se trataría de una fuente con un carácter secundario o derivado, toda vez que, dichas resoluciones se encuentran jerárquicamente subordinadas a las reglas del tratado constitutivo.

Las resoluciones de la Organizaciones Internacionales pueden ser de dos tipos: en primer lugar encontramos aquellas que tienen por objeto regular el funcionamiento interno o institucional de la Organización, denominadas *resoluciones internas*, que atendido sus fines, poco interés aportan, en cuanto, a la trascendencia de su carácter vinculante en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, pues, se trata de decisiones que solamente inciden en el plano interno de la organización, ya sea en aspectos reglamentarios o de presupuesto, pero que gozan, no obstante, del carácter de norma obligatoria para los Estados miembros de la respectiva Organización.

Luego encontramos un segundo tipo de resoluciones, que tienen por objeto el desarrollo material o sustancial de las competencias y funciones para la que fue creada la Organización, a las que se le denomina *resoluciones externas*. Con estas resoluciones se hace referencia a aquellos actos jurídicos que son el resultado del ejercicio de las funciones de una Organización Internacional. En términos generales se puede afirmar que este tipo de resoluciones, excepcionalmente son capaces de producir efectos jurídicos respecto de los Estados miembros de la organización, cuestión que depende del hecho, de que los mismos le hayan otorgado la posibilidad de contar con poderes normativos a la entidad internacional en el acta constitutiva.

Así, tenemos que la mayor parte de las resoluciones de las organizaciones internacionales (salvo las que se refieren a asuntos relacionados con su funcionamiento interno) no se les reconoce obligatoriedad para los Estados miembros en los tratados instituyentes, por lo que, en principio no constituyen fuentes independientes y autónomas del Derecho Internacional. Estas resoluciones de carácter externo o funcional son *recomendaciones, mediante las que se invita a los Estados miembros para comportarse en un determinado sentido, incumbiéndole*

*a éstos únicamente la obligación de apreciar de buena fe la posibilidad de observar lo recomendado*⁵⁸.

Lo anterior, explica el por qué de la carencia de fuerza jurídica inmediata de las resoluciones externas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las que precisamente revisten el carácter de recomendaciones (artículos 10 a 14 de la Carta de Naciones Unidas).

Sin embargo, existe un tipo especial de resoluciones que son capaces de desempeñar, un papel importante en otros procesos de producción normativa, se trata de aquellas resoluciones que formulan principios jurídicos, que toman la forma de *declaraciones*, y que la práctica de la Naciones Unidas ha definido como *un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, en cuestiones de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible*⁵⁹.

Ahora bien, precisamente la trascendencia de este tipo de resoluciones en el ámbito internacional, cuya expectativa, pasa precisamente por el hecho de que serán cumplidas por la comunidad internacional, y en la medida que se satisfaga dicha pretensión, pueden llegar a ser una regla obligatoria para los Estados en virtud de la costumbre, son las que han significado un importante aporte a la legislación internacional de los derechos humanos (cabe recordar, y dar por reproducida en esta parte lo señalado respecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos), representando, ciertamente, una vía indirecta de crear derechos y obligaciones para los Estados miembros, e inclusive para aquellos que no lo son, vía norma consuetudinaria.

⁵⁸ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p. 301

⁵⁹ Memorando de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la O.N.U., Doc./E/CN.4/L.610.

3. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos estatales suelen ocupar un lugar destacado en el debate teórico de los estudiosos del derecho internacional, que encuentra su razón de ser, en la necesidad de consolidar al ordenamiento jurídico internacional, como un sistema eficaz y vigente en la comunidad de Estados, lo que significa, que la consagración de cada una de sus normas y principios encuentren la debida acogida en las legislaciones domésticas.

Lo anterior, supone y trae consigo, el análisis de diversos temas como: la interacción entre el ordenamiento jurídico internacional y las leyes estatales; la aplicación de las normas y obligaciones internacionales; el debate entre monistas y dualistas; la recepción del derecho internacional en el derecho interno y la concurrencia entre ambos ordenamientos.

A continuación revisaremos cada uno de estos aspectos, con el objeto de relacionar estos temas, con lo que nos interesa en concreto, esto es, cómo el derecho internacional, en general, y el derecho internacional de los derechos humanos, en particular, es acogido por la ley interna y los órganos del Estado, lo que ciertamente facilitará el análisis, vía comparación y complementación, del tema central de este trabajo, a saber, la recepción del derecho internacional humanitario en el derecho interno nacional.

3.1. INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Partiendo de la base que el derecho es una necesidad social, y que dicha situación es capaz de originar un ordenamiento jurídico lo suficientemente específico, como para distinguir entre las necesidades originadas en las sociedades estatales y las que emergen en la sociedad internacional, nada hoy en día, hace pensar que podría tomarse en serio los dichos de los antiguos detractores del derecho internacional, que cuestionaban rigurosamente tanto la existencia como la eficacia de ésta rama del derecho. Así *la virtualidad del Derecho Internacional está confirmada por la experiencia, la práctica de los Estados y la jurisprudencia*⁶⁰.

Sin embargo, la interacción entre la normativa internacional y el derecho interno de cada Estado, es una relación compleja, y a veces desconocida, que se caracteriza por enfrentar conceptos jurídicos aferrados en el inconsciente colectivo de cada Estado, los que amparados en cuestiones como la soberanía nacional y la no intervención, resisten la evidente obligatoriedad de las normas destinadas a satisfacer los requerimientos de la sociedad internacional, cuya existencia, a esta altura, nadie niega.

Es por estas consideraciones, que *la importancia de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos de los Estados radica en el hecho de que la eficacia real del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto*⁶¹.

⁶⁰ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p. 301

⁶¹ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Op. cit. p.193

Ahora bien, la interacción entre ambos sistemas jurídicos, ha encontrado una especial acogida en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, donde es posible encontrar un cúmulo de situaciones, en que la interacción ha permitido, por una parte, la consagración y el reconocimiento a nivel constitucional de los distintos tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos, lo que ha significado la incorporación material de estos principios y normas internacionales en el derecho interno de los distintos Estados⁶². Por otra parte, la debida interrelación de sistemas jurídicos, ha permitido, no sólo el hecho de que los distintos ordenamientos nacionales dicten cuerpos legales tendientes a dar cumplimiento a las leyes internacionales, sino que ha posibilitado, a su turno, que se omita sancionar aquellas leyes que implicaban una clara violación a las obligaciones internacionales derivadas de las convenciones internacionales⁶³.

Cabe destacar que, este proceso de interacción, también ha sido recogido, en el ámbito jurisdiccional internacional, donde en distintas instancias, los tribunales establecidos por los distintos textos de derechos humanos, ya sea ejerciendo la función consultiva o ya sea haciendo uso de la función contenciosa, según sea el caso, han utilizado dentro de sus dictámenes disposiciones del derecho interno del Estado implicado. En este sentido, cabe recordar el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Manfredo Velásquez Rodríguez contra el Estado de Honduras*, donde la Corte a objeto de fijar el monto de la indemnización compensatoria correspondiente, se remitió al derecho interno, aplicando el artículo 69 de la ley del Instituto de Previsión del Magisterio, norma

⁶² Esta tendencia es posible advertirla en distintas Constituciones latinoamericanas: Constitución de Perú de 1978 (artículo 105); Constitución de Guatemala de 1983 (artículo 46); Constitución de Nicaragua de 1987 (artículo 46).

⁶³ En este punto resulta emblemático el proyecto de ley retirado por el Gobierno Peruano en 1983, que pretendía reimplantar la pena de muerte, instancia que, en definitiva, no prosperó, por la flagrante vulneración a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que de acuerdo al artículo 105 de la Constitución Peruana posee rango constitucional.

que por cierto el tribunal internacional integró, para lograr así la debida armonización de normas jurídicas, tanto nacionales como internacionales⁶⁴.

3.2. MONISMO Y DUALISMO. ¿DEBATE VIGENTE?

Es frecuente, al momento de analizar las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos estatales, que surja la inquietud de, si el primero es aplicable sin más en el ámbito jurídico interno de los Estados o si requiere, de contrario, de algún procedimiento que signifique la conversión del mismo. Se trata, en definitiva, de una discusión doctrinal que indaga en los efectos que el derecho internacional puede tener en el derecho interno.

Dos han sido las posturas que han intentado dar respuesta a la conjetura planteada. Por una parte, encontramos a la denominada visión monista, la que en términos muy generales, sostiene que hay un solo ordenamiento jurídico, que reúne y estaría compuesto tanto por las normas internacionales, como por el derecho nacional de cada Estado, constituyéndose así una unidad jurídica u orden jurídico universal, afirmando que el ordenamiento internacional tendría primacía en su aplicación por sobre la legislación doméstica, fundamentando tal consecuencia, en la premisa de que la legislación interna de los distintos Estados surge precisamente de la delegación de la competencia legislativa que haría a su respecto el derecho internacional, lo que significa que la norma fundamental que dotaría de validez y fuerza obligatoria a todo el sistema jurídico se encontraría en el ámbito del ordenamiento internacional. En suma, la consecuencia más importante de ésta visión, radica en que *no se plantea la pregunta de cómo incorporar el derecho*

⁶⁴ ALBANESE, Susana. Promoción y Protección Universal de los Derechos Humanos. Buenos Aires, Ediciones La Roca, 1992. p.122 a 125

*internacional al ordenamiento interno de un Estado, ya que el solo cumplimiento de las normas internacionales necesarias para que una norma de derecho internacional se transforme en obligatoria para un Estado en el ámbito internacional, es suficiente para que dicha norma pase a formar parte del derecho de ese Estado y sea, por lo tanto, obligatoria en el ámbito nacional*⁶⁵.

Por otra parte, encontramos a la visión dualista, doctrina que a diferencia de la postura recién expuesta, niega la existencia de un ordenamiento jurídico universal que comprenda al derecho internacional y a los distintos derechos internos, afirmando que dichos ordenamientos no son más que dos esferas legales separadas e independientes, cada cual con su propio fundamento, lo que permite concluir que *las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos internos, necesitando para su aplicación en ellos de un acto especial de recepción*⁶⁶.

El debate entre monistas y dualistas, encuentra su vigencia, precisamente en el silencio que existe al respecto en el Derecho Internacional, el que cede la determinación de la visión a seguir, a los distintos ordenamientos internos, los que son en definitiva los encargados de dar respuesta a los temas vinculados con la aplicación, recepción y jerarquía del derecho internacional en el derecho interno.

Sin embargo, existen fuertes motivos para sostener que la vigencia de éste debate sucintamente planteado, puede decaer con el correr de los años, en efecto, una atenta consideración de los derechos estatales, examinados a partir de sus Constituciones o Leyes Fundamentales, permite concluir que existe una clara tendencia legislativa –especialmente en materia de derechos humanos- que posibilitaría *la integración del derecho, tanto a través de la interpretación*

⁶⁵ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.53

⁶⁶ PASTOR RIDRUEJO. Op. cit. p.198.

*dinámica de las leyes, como ante el reconocimiento de las personas como sujetos de derecho en el ámbito internacional y la existencia de órganos de control ya universales, ya regionales, que con sus decisiones marcan relevantes hitos en el desarrollo progresivo del derecho*⁶⁷.

3.3. APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Todas las normas y obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe por los sujetos a las que resultan oponibles. Se trata de un principio fundamental, universalmente reconocido, que ha sido, en reiteradas ocasiones, evocado por la jurisprudencia internacional, e incluso se encuentra reconocido en textos de gran relevancia como la Carta de Naciones Unidas (preámbulo y artículo 2.2) y la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados⁶⁸.

Este principio, también recibe acogida en el plano internacional convencional, así la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 26 lo enuncia taxativamente, señalando:

“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Asimismo, la convención en comento, afirma de manera inequívoca, en su artículo 27, que un Estado no puede invocar los preceptos de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

⁶⁷ ALBANESE, Susana. Op. cit. p.70

⁶⁸ Resolución 2625-XXV de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970.

Lo reseñado anteriormente, sirve para sostener que el cumplimiento del Derecho Internacional, encuentra respaldo en principios fundamentales que han sido consagrados por la sociedad internacional, incluso en el plano positivo, para lograr que las normas y obligaciones que dimanen de éste ordenamiento sean debidamente observadas en el derecho interno de los distintos Estados, persiguiendo, de por sí, el mayor grado de aplicación espontánea de sus normas por parte de los destinatarios de éstas, en buena parte por carecer de un conjunto de órganos centralizados de carácter judicial o ejecutivo que aseguren el cumplimiento de las mismas, sin perjuicio de hacer uso de otros medios, acordes con la estructura de la sociedad internacional, que se reflejan en el régimen de la responsabilidad internacional, la aplicación coactiva del Derecho Internacional por los Estados, especialmente, a través de contramedidas, y en última instancia, el arreglo pacífico de las controversias.

Sin embargo, el sano propósito de observar de buena fe los tratados y el derecho internacional en general, no basta para asegurar que este ordenamiento no sea relegado a un plano meramente nominal en el derecho doméstico, producto de la deficiente o desigual aplicación que pueda hacerse a su respecto, como asimismo, por la errada interpretación por parte de los tribunales internos, tratándose de materias de recepción o de establecimiento de jerarquía, en caso de concurrencia de normas. De allí, que la insuficiencia de medios coactivos directos para asegurar el cumplimiento del derecho internacional, aconseja la articulación de medios de control, cuya eficacia dependerá, básicamente, de que dichos mecanismos de tutela se encuentren asociados a procedimientos sancionadores o jurisdiccionales.

3.4. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS ORDENAMIENTOS ESTATALES

En la medida que, normas y obligaciones internacionales trascienden, en cuanto a sus efectos, las relaciones interestatales, requiriendo, por tanto, la actuación de los órganos estatales correspondientes, es preciso definir la relación de éstos organismos con el Derecho Internacional.

Dicha vinculación, en términos generales, depende de que el Derecho Internacional se encuentre incorporado o no al derecho interno del Estado, lo que trae consigo, entonces, el análisis de los mecanismos de incorporación o recepción de las normas y obligaciones internacionales.

El tema de la recepción de la normativa internacional al derecho interno *no dice relación con la validez de las obligaciones provenientes de normas de derecho internacional en el plano internacional. Allí, la infracción por parte de un Estado de una obligación internacional genera responsabilidades internacionales para el país, reguladas por el propio derecho internacional. Cuando se discute sobre la incorporación, se está examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del Estado, es decir, qué condiciones son necesarias para que estas normas, en general, puedan ser invocadas directamente ante los tribunales domésticos*⁶⁹.

Preciso es recordar, en este sentido, que esta materia es de disposición absoluta por parte de los Estados, toda vez que el derecho internacional no regula esta cuestión, es por esto, que los ordenamientos internos son libres para adoptar el

⁶⁹ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.53

sistema de incorporación que les parezca más idóneo y coherente con su legislación.

Ahora bien, la técnica jurídica y los mecanismos de incorporación suelen ser distintos, para el derecho internacional general y para el derecho internacional convencional.

3.4.1. LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS

Los ordenamientos jurídicos internos, conciben, en términos generales, la recepción de los tratados a través de dos mecanismos de incorporación:

- a) La recepción o incorporación del tratado internacional, previa transformación mediante un acto formal de producción normativa interna (ley, decreto) denominado *régimen de recepción especial*;
- b) Incorporación inmediata en el derecho interno, desde que el tratado es internacionalmente obligatorio, exigiendo eventualmente el acto material de su publicación oficial, denominado *régimen de recepción automática*⁷⁰.

Dentro del primer grupo, es decir aquellos sistemas que contemplan un régimen de recepción *especial*, destaca Gran Bretaña, quien junto a otros países del *Commonwealth*, hacen depender la eficacia interna de los tratados internacionales celebrados, a la previa transformación de las normas y obligaciones internacionales en ley, esto es, como un acto independiente de la manifestación de voluntad del Estado en obligarse internacionalmente por el tratado.

⁷⁰ REMIRO BROTÓNS, Antonio. Op. cit. p.357

Por su parte, se puede afirmar, que la mayoría de los Estados de Europa occidental y de América, han consagrado un régimen de incorporación o recepción *automática*, con la exigencia adicional, de publicación oficial interna.

Cabe hacer presente, que el papel asignado a la publicación oficial interna del Tratado internacional, puede llevar a concluir a algunos, que se trataría de un acto especial de recepción, lo que adscribiría a los regímenes que contemplan esta formalidad dentro del grupo que descarta la incorporación automática del derecho internacional en el derecho interno, circunstancia que por cierto inclinaría la balanza de la mayoría, en favor de los regímenes de recepción especial. Sin embargo, no parece razonable, hacer de un acto material de índole administrativa, un acto de transformación, así, por ejemplo, lo ha entendido el Tribunal Supremo Español, el cual ha advertido en su jurisprudencia que, *aunque con la publicación los tratados adquieren plenitud de efectos en el ordenamiento interno (Sentencia de 30 de septiembre de 1982), el sistema español es de recepción automática (Sentencias de 19 de mayo de 1983 y 30 de abril de 1986)*⁷¹.

Los Estados al momento de definir, la adopción de alguno de los mecanismos de incorporación ya reseñados, toman en cuenta diversos factores a considerar.

Es posible identificar factores de carácter ideológico, que encuentran su fundamento, ya sea en la valoración que se hace de la soberanía del Estado, ya sea en las concepciones monistas y dualistas en lo relativo a la relación existente entre el ordenamiento jurídico internacional y los derechos internos. También, es posible identificar factores históricos, vinculados básicamente a la historia y tradición constitucional de cada país. Sin embargo, *el factor técnicamente más importante*

⁷¹ Ibid. p.359

estriba en la participación o no de las Cámaras legislativas en la conclusión de los tratados. Allí donde las cámaras no intervienen de manera decisiva, autorizando la estipulación del tratado, aceptar la recepción automática de sus disposiciones equivaldría a atribuir al Gobierno una especie de poder legislativo en detrimento de aquéllas, a menos que se considere a los tratados de rango inferior a las leyes...En cambio, en los países donde las Cámaras legislativas intervienen autorizando la conclusión de los tratados, nada justificaría un régimen de recepción especial. Antes al contrario, una segunda intervención de las Cámaras es, cuando menos, superflua⁷².

3.4.2. RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Tratándose de la incorporación de las normas que pertenecen al derecho internacional general- normas consuetudinarias y principios generales del derecho - los distintos sistemas jurídicos estatales, en su mayoría, han optado por un sistema de recepción automática, sin que medie acto especial de recepción alguno, ni publicación oficial, atendida la particular estructura y naturaleza jurídica de esta fuente formal del derecho internacional.

Por una parte, es posible identificar sistemas jurídicos como el alemán, que en su Carta Fundamental, no sólo admite la obligatoriedad y recepción automática de las reglas generales del Derecho Internacional, sino que también hacen prevalecer dichas normas por sobre el derecho interno⁷³.

⁷² Ibid. p.357

⁷³ El artículo 25, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949, señala: “Las normas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y hacen nacer directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.

Una solución similar consagran, las cartas fundamentales de Austria (artículo 9), Grecia (artículo 28.1) y de Portugal (artículo 8.1), en cuanto a la recepción automática del derecho internacional general.

En aquellos casos, donde el derecho positivo de los Estados guarde silencio en lo relativo al mecanismo de recepción del derecho internacional general, la solución dada por la mayoría de los tribunales no es distinta a la que se viene comentando, es decir, se inclinan por un régimen de incorporación automática. Incluso esta solución, ha sido acogida por los tribunales de sistemas, como el británico, que proclaman para el caso de los tratados un sistema de recepción especial. Así los tribunales del Reino Unido, consideran que las normas internacionales de carácter consuetudinario forman parte del derecho interno, a menos que dicha normativa resulte contraria a las leyes del Parlamento o a decisiones judiciales firmes.

3.5. CONCURRENCIA ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

Es en esta materia, donde se pueden observar quizá, las diferencias más importantes entre los órganos internacionales frente a los órganos estatales, en lo que dice relación al comportamiento de éstos, en caso de concurrencia de normas.

En términos generales, y desde el punto de vista de los ordenamientos jurídicos nacionales, se puede afirmar que son los Estados, los que regulan la elección de los medios conducentes a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, lo que ha significado, en la práctica, que frente a un problema de concurrencia de normas internacionales con disposiciones internas, la solución se

encuentra en una norma nacional que resuelva la primacía correspondiente, ya sea inclinándose a favor del ordenamiento internacional, ya sea otorgándole superioridad a la legislación doméstica, o bien que la diferencia se salve, a nivel de pronunciamiento judicial, en caso de no existir una norma que resuelva la cuestión.

En estos casos, como se puede comprender, la concurrencia de normas puede encontrar como resultado un dictamen jurisdiccional o bien una solución legislativa que otorgue primacía a uno de los dos ordenamientos en conflicto, lo que dependerá en gran medida del grado de *internacionalización* que posea el respectivo sistema jurídico, esto es, de la mayor o menor reticencia que exista respecto de la normativa internacional en el plano interno, en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

En cambio, tratándose de órganos internacionales, no obstante la utilización o evocación que se pueda hacer, en casos concretos, respecto del derecho interno de cada Estado, (cabe recordar lo dicho en el apartado de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno) la solución ante la concurrencia de normas, parece ser una sola: la preeminencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno, a tal punto, que dicha primacía ha sido considerada por la Corte Internacional de Justicia, como un *principio fundamental* del Derecho Internacional, en su dictamen sobre la aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del acuerdo de 1947 relativo a la sede de Naciones Unidas (1988). Se ha señalado que éste principio también tendría acogida en la norma del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, norma que ya fue tratada con anterioridad.

Esta situación de preeminencia del Derecho Internacional, que sostienen los órganos internacionales frente al tema de la concurrencia, es el resultado lógico de entender, por una parte, que son precisamente estos órganos internacionales los

encargados de aplicar las normas y obligaciones internacionales, sea cual sea el grado de compatibilidad y el rango que posean éstas normas con las disposiciones internas de un Estado. Por otra parte, hay que tener presente, que para el Derecho Internacional las normas estatales, tienen el valor de meros hechos, como lo corrobora el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, el que sin embargo, al hacer referencia al artículo 46 del mismo cuerpo legal, permite que un Estado pueda alegar, como causa de nulidad de un tratado, la violación manifiesta de una norma fundamental de su derecho interno concerniente a la competencia para la celebración del mismo.

Para un órgano estatal, por el contrario, el comportamiento que pueda asumir frente a un caso de concurrencia, depende o está condicionado por distintas variables, pero principalmente pondrá atención al rango o jerarquía que posea la norma interna contrariada por la disposición internacional.

Así, la mayoría de los textos o Cartas Fundamentales, de manera expresa o, más, frecuentemente, de forma implícita, no consienten la estipulación de tratados que los contraríen, es decir, no se admite la prevalencia de las normas y obligaciones internacionales sobre la ley fundamental del Estado, a menos que aquéllas hayan sido constitucionalizadas, como es el caso de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Tratándose de normas que estén por debajo de la cúspide de disposiciones constitucionales, la situación admite matices y soluciones diversas, que variarán según si se esté en presencia de regímenes de recepción automática del derecho internacional, o regímenes jurídicos que contemplen algún mecanismo especial de recepción.

En aquellos sistemas jurídicos, donde se adopta un sistema de recepción o de transformación de las normas y obligaciones internacionales, la relación entre el derecho internacional y las leyes estatales, estará definida por la naturaleza jurídica que revista el acto formal de incorporación, de modo tal que si dicho acto reviste el carácter de una ley, no cabe más que concluir que el problema será resuelto, en conformidad a las disposiciones internas que regulen las diferencias entre normas de idéntica jerarquía normativa, situándose la controversia, principalmente, en la posibilidad de que el tratado pueda derogar una ley anterior y, a su turno, que un precepto legal posterior pueda derogar un tratado anterior.

Por su parte, los sistemas que adoptan un régimen de recepción automática, representan una situación más compleja, toda vez que de inmediato nace el cuestionamiento respecto a la jerarquía normativa del precepto internacional, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de transformación o de recepción especial, donde interviene una ley, como acto jurídico formal e independiente, que se incorpora al ordenamiento interno, y que por ende, tiene definida de por sí una ubicación en la pirámide normativa.

En consecuencia, en los sistemas de recepción automática, surgen variadas soluciones frente a la concurrencia normativa entre preceptos del derecho internacional y normas del derecho interno.

Es posible encontrar algunas Constituciones, como la de los Países Bajos, que dispone la no aplicabilidad de las normas jurídicas vigentes en el Reino cuando su aplicación sea incompatible con las disposiciones de un tratado o con las resoluciones de instituciones internacionales (artículo 94), lo que pone de manifiesto, la superioridad jerárquica de la normativa internacional convencional en frente del derecho interno.

Por su parte, la Constitución francesa, dispone la superioridad de los tratados respecto de las leyes (artículo 55). Esta solución es también recogida por las Constituciones de Costa Rica (artículo 7), Honduras (artículo 18) y El Salvador (artículo 144), entre otras. En cambio, otras Constituciones, se destacan por la primacía de la ley posterior sobre el tratado, es el caso de las Constituciones austriaca (artículo 9) e irlandesa (artículo 129).

Tratándose, del derecho internacional general, son raras las Constituciones que proclaman normas equivalentes a las reseñadas anteriormente, una excepción, por cierto, es el citado artículo 25 de la Constitución alemana de 1949.

Sin embargo, frente al silencio legislativo generalizado, la práctica de los tribunales estatales, suele establecer una equiparación entre las normas convencionales y las reglas consuetudinarias, otorgándoles el mismo rango, básicamente porque entre las distintas fuentes del derecho internacional no se establece una jerarquía, lo que permite, en definitiva, reiterar las diversas conclusiones referidas para el caso de los instrumentos convencionales, es decir, una situación de primacía del derecho internacional general por sobre el derecho interno, o bien una situación de equivalencia normativa, que cede en favor de la legislación doméstica posterior.

Finalmente, en aquellos casos, donde los sistemas jurídicos guardan silencio, respecto al tema de la concurrencia normativa entre el derecho internacional y el derecho interno, habrá que estarse a las respuestas que proporcionen los órganos jurisdiccionales, quienes, podrán salvar el conflicto normativo, ya sea en favor del derecho internacional, ya sea en favor de la ley doméstica, sin perjuicio, de la eventual responsabilidad internacional en que puede incurrir el Estado.

4. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO

Establecida ya, la situación general, en cuanto a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, corresponde ahora hacer una serie de precisiones y alcances en lo relativo a cómo se desarrolla y se soluciona ésta vinculación, en el ámbito de la normativa internacional destinada a promover y dar protección a los derechos humanos.

Como se ha venido destacando desde el inicio de esta investigación, la amarga experiencia de los gobiernos totalitarios y la traumática sucesión de hechos ocasionados en las dos grandes guerras que la humanidad tuvo que enfrentar en la primera mitad del siglo pasado, sirvieron como causa directa de los distintos movimientos que impulsaron la proclamación de los derechos humanos en el ámbito internacional.

Dicho desarrollo, significó, que en materia de derechos humanos los procesos de formación normativa a su respecto resultaran, particularmente, prolíferos, por lo que las distintas normas y obligaciones internacionales en materia de derechos fundamentales, aumentaron considerablemente, lo que supone, el origen de una creciente necesidad que dichas normas fueran incorporadas por los distintos Estados en sus derechos internos.

Cabe señalar, que el tratamiento de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, así como el tema de la concurrencia normativa entre ambos ordenamientos, resulta aún más complejo que tratándose del derecho internacional en general. Esta situación viene dada por el especial objeto de la normativa internacional sobre derechos humanos, esto es, la protección de la dignidad humana. Así el perseguir tal objeto, sea desde el punto de

vista de su promoción, sea desde el punto de vista de su protección, es capaz de provocar una molestia permanentemente, en lo que viene a ser un verdadero pilar para la soberanía nacional, a saber, la relación del Estado con sus súbditos, al punto que *“jurisdicción interna” y su contraparte “no intervención” son términos que han trastornado y atormentado las actividades en materia de derechos humanos en el orden internacional desde su misma creación*⁷⁴.

En la primera parte de esta exposición, se habló del complejo proceso que ha tenido que enfrentar la normativa internacional sobre derechos humanos, para lograr incorporar dentro de la cultura jurídica de cada Estado, conceptos como la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, proceso ciertamente inconcluso, pero que cada día va logrando un reconocimiento dentro de la sociedad internacional, que ahora enfrenta como principal desafío la consecución efectiva de los derechos inalienables del individuo, en lo que se refiere a su protección.

Los motivos expuestos, resultan suficientes para reconsiderar y replantearse los conceptos tradicionales del derecho interno, particularmente el de soberanía nacional, en cuanto al manejo de sus decisiones políticas, administrativas y jurisdiccionales, respecto a los derechos humanos de sus ciudadanos y de todo aquel que esté bajo su imperio. *Si los derechos humanos fuesen siempre cuestión de jurisdicción interna y nunca asunto propio de atención exterior en ninguna de sus formas, las disposiciones de la Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los muchos convenios y pactos internacionales, e incontables actividades, resoluciones y acciones de la ONU y otros organismos serían ultra vires; no habría gobierno libre de la acusación de injerencia y algunos también de*

⁷⁴ HENKIN, Louis. Derechos Humanos, Derecho Internacional y el Acuerdo de Helsinki, The American Society of International Law, 1977. p.35

*intervención, y muchas organizaciones no oficiales y millones de personas habrían trabajado estérilmente y en vano durante décadas*⁷⁵.

La trascendencia política, nacional e internacional, de los derechos humanos, ha sido capaz de lograr un sin número de acuerdos que superan la esfera jurídica tradicional, de modo tal que *actualmente se observa el desarrollo de los derechos humanos y su protección internacional con un concepto de soberanía actualizado. En esos términos la soberanía nacional no se reduce, procediendo su redefinición actual sobre la base del respeto de los derechos humanos. Por eso la soberanía será respetada si es respetable en la efectividad de los sistemas de protección de los derechos humanos*⁷⁶.

Estas consideraciones, han dado lugar a un nuevo panorama, desde el punto de vista constitucional estatal, en lo que se refiere al tratamiento de cuestiones como la recepción y determinación del rango jerárquico de las normas del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito jurídico interno, según veremos a continuación.

4.1. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS DERECHOS ESTATALES

En materia de recepción, ya ha quedado claro que, de lo que se trata de dilucidar es la manera en que se incorpora la normativa internacional, y específicamente las obligaciones que surgen del derecho internacional, en el derecho interno. Lo que se analiza, es la modalidad y las condiciones que hacen

⁷⁵ Ibid. p.38

⁷⁶ TRAVIESO, Juan Antonio. Derechos Humanos y Derecho Internacional. Buenos Aires, Ed. Heliasta S.R.L. 1990. p.67

posible la invocación del derecho internacional ante la jurisdicción doméstica de los distintos Estados.

Si bien es cierto, no existen las condiciones para sostener una regla general en esta materia, ya que como se sostuvo anteriormente, el sistema de incorporación o de recepción normativa, no es una cuestión regulada por el derecho internacional, sino que se trata de un asunto de exclusiva implementación por parte de los distintos Estados, no obstante aquello, y atendido el particular objeto perseguido por el derecho internacional de los derechos humanos, es posible hacer las siguientes afirmaciones:

- a) En lo que dice relación a la normativa consuetudinaria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cabe reiterar lo dicho con anterioridad (apartado 3.4.2.), en el sentido que, atendido el particular proceso de formación jurídica de la costumbre internacional, no existe otra forma de incorporación al derecho interno que no sea la contemplada en los regímenes de recepción automática. Por cierto, y esta vez precisando el contenido de la costumbre internacional sobre derechos humanos, cabe destacar, que ya existe una opinión generalizada en la sociedad internacional, que considera, que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, representa, precisamente la normativa internacional consuetudinaria a incorporar en los distintos Estados, afirmándose incluso, que los principios rectores de tal declaración dan lugar a normas consuetudinarias calificadas, esto es, normas imperativas o de *ius cogens*.
- b) Tratándose de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, al expresar éstos la voluntad por parte de los Estados de conceder determinados derechos a sus habitantes, todo hace pensar que dichos beneficios jurídicos se incorporarían al derecho interno de cada Estado en forma automática, en la medida que se reconozcan derechos a favor de los particulares, susceptibles de

ser aplicados de manera directa. La conclusión anterior resulta ser la interpretación más acorde con el objeto y fin perseguido por los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Sin embargo, hay que hacer una precisión, por cuanto, no toda norma contenida en una convención internacional sobre derechos humanos necesariamente implica que sea aplicada directamente por los órganos internos del Estado. Dicha aplicación directa e inmediata depende de la autoejecutabilidad o del carácter *self-executing* de la norma internacional respectiva, cuestión que merece un tratamiento separado, como se verá a continuación.

4.2. NORMAS Y OBLIGACIONES *SELF-EXECUTING* Y *NON SELF-EXECUTING*

Las normas y obligaciones internacionales, son de aplicación inmediata, por parte de los órganos del Estado, siempre que dichas disposiciones no requieran al efecto, de medidas normativas de desarrollo. Cumplida esta condición, se dice que una norma internacional posee el carácter de *self-executing*. Es así, que en la medida de que dichas normas *reconozcan derechos a favor de los particulares, de forma precisa e incondicional, gozarán de eficacia directa, es decir serán invocables por aquéllos ante los órganos estatales, sin perjuicio de la obligación que incumbe a éstos de aplicarlas de oficio*⁷⁷.

La definición del carácter autoejecutable de una norma, es una cuestión que le corresponde al órgano que va a llevar a cabo la aplicación de la misma, sin embargo dicha posibilidad, a veces, se puede ver restringida, por no decir vedada, en

⁷⁷ REMIRO BROTONS, José Antonio. Op. cit. p.364

aquellos casos, donde ha sido el propio instrumento internacional el encargado de dar respuesta a la cuestión, explicitando de manera unívoca la necesidad o no de dictar en el plano interno normas tendentes a dar eficacia directa a la norma. Otras veces, la solución viene dada en el acto de manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado, o bien, en el acto de autorización del órgano legislativo, cuando la aprobación condicione la aplicación interna de la norma internacional a la dictación de las leyes y reglamentos pertinentes.

Por otra parte, *cuando una norma u obligación internacional no es self-executing su aplicación requiere de lo que TRIEPEL llamó “Derecho interno internacionalmente indispensable”, esto es, la adopción de leyes y otras disposiciones de rango inferior que las complementan y desarrollan. La obligación de cumplir de buena fe con una norma u obligación que tenga este carácter comporta poner en marcha los procesos de producción normativa interna que aseguren la ejecución de las obligaciones que de ella se derivan*⁷⁸.

Cabe señalar, que las leyes internas que se dicten en ejecución de una norma u obligación internacional, se caracterizan por presentar un carácter derivado, precisamente por ser la consecuencia legal necesaria para poder invocar la norma internacional respectiva en el plano doméstico, por ésta razón, habrá que interpretar ésta norma de desarrollo, en conformidad al espíritu del precepto internacional que le da su origen, teniendo especial consideración en el objeto y fin perseguido por el tratado en cuestión.

Ahora bien, y en lo referente a los tratados internacionales sobre derechos humanos, es preciso determinar, si una vez incorporados en los distintos derechos internos, poseen o no este carácter self-executing, o si por el contrario, carecen de

⁷⁸ Ibid. p.364

eficacia directa, en frente de los órganos estatales, resultando, por tanto, necesaria la dictación de la normativa interna destinada a dar desarrollo a los derechos consagrados.

Para los efectos de salvar la inquietud planteada, se analizará el tema bajo la perspectiva de dos importantes Convenciones Internacionales, caracterizadas por tener un alto grado de representación y apoyo en la comunidad internacional, como consecuencia de que han sido ratificadas por un gran número de Estados. Nos referimos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, verdaderos símbolos de la consagración de derechos humanos, a nivel regional y universal respectivamente.

Ambos instrumentos internacionales se encargan de explicitar las obligaciones que asumen los Estados partes de éstas convenciones, a saber:

- i) La obligación de *respetar* los derechos reconocidos en la Convención o Pacto. (artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)
- ii) La obligación de *garantizar* los derechos reconocidos en la Convención o Pacto. (artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)⁷⁹

Respecto de éstas dos obligaciones, no queda duda, de que se trata de comportamientos exigibles de manera inmediata en el plano internacional, por lo

⁷⁹ El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala “ Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión , opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra consideración social”; a su turno el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “ Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

que se ha señalado, que el respeto y garantía de los derechos humanos proclamados en estos tratados internacionales, al ser precisamente la base o mínimo que permite el desarrollo de los derechos humanos, son obligaciones del derecho internacional con carácter *self-executing*, y que por ende, no requerirían de norma de desarrollo alguna para ser invocadas ante los órganos estatales.

Sin embargo, hay quienes sostienen, que precisamente estos pactos internacionales sobre derechos humanos, acto seguido a las obligaciones referidas con anterioridad, se encargan de aclarar que los derechos proclamados en dichos instrumentos no poseerían autoejecutabilidad. Las normas que dan sustento a ésta postura son:

- El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”, y

- El artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

En el caso de ésta última norma, la historia legislativa de la misma no es del todo clara, no obstante, se estima, que existía por parte de los representantes de algunos de los Estados que participaban en la redacción del tratado de incorporar al

mismo un elemento que permitiera otorgar a éstos un lapso para adecuar sus legislaciones internas a las nuevas obligaciones, persiguiendo, por tanto que el Pacto postergara su exigibilidad internacional respecto de las obligaciones contraídas en el artículo 2.1, estos es, que las obligaciones de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no poseyeran el carácter *self-executing*. *Esta intención no prosperó y la manera en que el Comité de Derechos Humanos aplica el Pacto...ha sido consistentemente la de interpretar las normas que consagran derechos humanos como exigibles de inmediato, en virtud del artículo 2.1* ⁸⁰.

Por otra parte, y en lo que dice relación al artículo 2 del Pacto de San José de Costa Rica, también se ha levantado el argumento de que el sólo hecho de que se establezca para los Estados la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos consagrados, niega el principio de autoejecutabilidad de la norma internacional de derechos humanos. Ésta fue la tesis sostenida por el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, al enviar al Senado la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo tanto la doctrina, como la jurisprudencia han negado esta posición, argumentando al efecto que, la intención del artículo 2 de la Convención no fue otra que eliminar en el ámbito interno de los Estados Partes todos los obstáculos que se opusieran a la aplicación de la Convención, sin que pueda deducirse de su texto ni de los antecedentes del mismo, que los artículos 1 al 32 no se apliquen directamente, de lo que se infiere, que el ser de esos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes.

⁸⁰ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.46

A su turno, la Corte Interamericana señaló que la obligación del artículo 2 es:

“...una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2 complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1...”⁸¹.

En suma, es posible afirmar que, atendido el particular objeto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y teniendo en cuenta que dicha normativa reconoce la clara intención, por parte de los Estados, de asignar ciertos derechos a favor de los individuos, en razón de su dignidad, nada obsta, y más bien todo invita a sostener que, la normativa internacional sobre derechos humanos presenta el carácter *self-executing*, resultando por tanto sus normas y obligaciones exigibles directa e inmediatamente frente a los órganos del Estado, ello sin perjuicio, de la obligación de desarrollar, en el derecho interno, aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados e invocados en sede jurisdiccional.

⁸¹ Corte I.D.H. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A N°7, párrafo 6.

4.3. CONCURRENCIA NORMATIVA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO ESTATAL

La trascendencia e impacto en el ámbito normativo, del derecho internacional sobre los derechos humanos, radica precisamente en el rango o jerarquía que poseen sus normas en los ordenamientos estatales.

La promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos, es decir, el objeto básico de toda Convención sobre Derechos Humanos, más el hecho de que se trata de una legislación internacional destinada a establecer un orden público común, en lo que se refiere a la protección de la dignidad de la persona humana, son los factores que han permitido un reconocimiento constante y progresivo de la preeminencia de ésta rama del derecho internacional, por sobre el derecho interno de cada Estado.

Esta prevalencia del derecho internacional sobre derechos humanos, ha sido reconocida por distintos ordenamientos jurídicos, tanto en el orden constitucional, como en el ámbito legal, incluso, en algunos casos, se ha situado a ésta normativa a un nivel supraconstitucional, básicamente por considerar que el respeto de los derechos fundamentales del hombre, constituye un elemento más del Estado de Derecho, y por tanto, un límite al ejercicio del poder del Estado.

Sin embargo, nuevamente, resulta necesario advertir, que el rango o jerarquía que posean los tratados internacionales en el derecho interno, es una materia que queda al arbitrio de los distintos derechos estatales, los que de acuerdo a su legislación interna podrán asignarle a éstos uno de los siguientes niveles jerárquicos:

- Jerarquía Supraconstitucional.
- Jerarquía Constitucional.
- Jerarquía superior a la ley, pero inferior a la Constitución.
- Jerarquía legal.

En materia de derechos fundamentales, sin embargo, tal como se señalaba con anterioridad, la tendencia es otorgarle a los tratados internacionales sobre derechos humanos una particular ubicación en la estructura normativa interna, ya sea consagrándolos a nivel constitucional o supraconstitucional, o bien situándolos por sobre el ordenamiento legal común.

Es así, que la naturaleza y el objeto propio de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ha sido el factor distintivo, que ha permitido consecuentemente sacar ventaja a éstos, en el plano interno respecto de los tratados multilaterales del tipo tradicional, desde el punto de vista del rango jerárquico de la norma internacional, básicamente porque “al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”, según lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 2/82.

En suma, *ha sido debido a la consideración de esta diferencia entre estos distintos tipos de tratados, al hecho de que estos tratados sobre derechos humanos tienen un contenido y una proyección política y humana esencial y constituyen un elemento indispensable hoy para asegurar la pervivencia y desarrollo de la democracia, que algunas constituciones latinoamericanas de los últimos años han iniciado el proceso dirigido a reconocerles una jerarquía normativa especial*⁸².

⁸² GROS ESPIELL, Héctor. Op. cit. p.307

A lo anterior, y siempre en el contexto latinoamericano habría que agregar, *la triste experiencia de las recientes dictaduras, de lo que significaron en cuanto a la violación de los derechos humanos y de cómo, muchas veces, estas violaciones pretendieron fundarse en “leyes” internas –que no eran en verdad leyes, sino un mandato arbitrario carente de legitimidad-, aconsejaba y aconseja que se le dé ésa a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, una verdadera superlegalidad. Sin duda, esta experiencia histórica ha sido determinante para la inclusión de estas normas en algunos de los nuevos textos constitucionales latinoamericanos*⁸³.

En efecto, la Constitución del Perú de 1978, en diversas normas da respuesta al tema de la concurrencia normativa entre el derecho internacional y el derecho interno. Así, en caso de que ésta situación se produzca respecto de tratados internacionales generales, la Constitución resuelve “en caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalece el primero” (artículo 101). A su turno, el artículo 105 de la referida Carta Fundamental, eleva a rango constitucional “los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos” (artículo 105). Por su parte el artículo 103 resuelve, de manera preventiva, el eventual conflicto entre una disposición constitucional respecto de un tratado internacional señalando que “cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta a una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

⁸³ Ibid. p. 308

A su turno, la Constitución de Guatemala de 1985, dispone en su artículo 46, lo siguiente: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Otro ejemplo, que da cuenta de ésta tendencia de la que se viene hablando, es la situación consagrada en la Constitución de Nicaragua de 1987, la que en vez de dar a los tratados internacionales sobre derechos humanos que se incorporan a su ordenamiento una especial jerarquía, asigna y le otorga rango constitucional a los derechos fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo que podría considerarse una particular forma de reenvío, con consecuencias directas en el ámbito constitucional.

Asimismo, la Constitución del Brasil de 1988, en su artículo 5.2, establece que los derechos y garantías reconocidos por la Constitución no excluyen otros emanados del régimen o de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que la República de Brasil sea parte.

Una norma que no podemos dejar de mencionar, y que también obedece a esta tendencia de llevar al ámbito constitucional los tratados internacionales cuyo objeto sea el respeto y garantía de los derechos humanos, es la que actualmente está consagrada en el artículo 5º de nuestra Constitución Política de 1980, disposición que a consecuencia de la Reforma Constitucional de 1989, estableció en su inciso segundo, una norma que significó toda una innovación en el derecho nacional, situación que será expuesta y analizada a cabalidad en un capítulo posterior de éste trabajo (Capítulo IV). Por ahora, baste con citar la norma referida: “ 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 encuentren vigentes.”

Con todo, y no obstante este recorrido normativo que deja entrever una concepción tendiente a otorgar una posición jerárquicamente privilegiada a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el plano interno, principalmente en lo que dice relación con la solución de problemas de concurrencia normativa, no se puede obviar, ni dejar en un lugar secundario, el carácter internacional del conjunto de normas que configuran el actual sistema de protección de los derechos humanos, de allí que *la adopción generalizada de instrumentos internacionales por la mayoría de los países de la comunidad de naciones, genera un progresivo aumento de las tendencias a una regulación supranacional que, si bien resulta ratificada por cada país en virtud de la previsión constitucional interna en materia de ratificación de Tratados e Instrumentos Internacionales, en la práctica esto no es más que un tecnicismo que encubre una realidad absolutamente evidente en materia de derechos básicos y derechos humanos fundamentales: las instancias sustantivas y prácticas de la ética de los derechos humanos fundamentales, cada día suponen más un corpus ético global, que trasciende las formulaciones particularistas y que, incluso, en su ámbito de control, encuentra como una de sus referencias básicas y obligadas la opinión pública internacional*⁸⁴.

⁸⁴ ORDOÑEZ, Jaime. Estudios Básicos de Derechos Humanos II. San José C.R., I.I.D.H., 1995, p.124

En todo caso, la situación derivada de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, que eventualmente puede dar lugar a un problema de concurrencia normativa, en la medida que exista una contradicción entre el sistema estatal y las normas y obligaciones internacionales, es un asunto, que en materia de derechos fundamentales, muchas veces, encontrará su solución en el plano judicial, precisamente, por el silencio del constituyente o del legislador en esta materia.

Es allí, donde el interprete tendrá que determinar, en primer lugar qué lugar ocupan dentro del ordenamiento jurídico, las normas internacionales sobre derechos humanos, para luego dirimir la cuestión, estableciendo la primacía legal que corresponda.

Lo anterior, sin duda, obliga a reflexionar acerca del importante papel que juega una adecuada interpretación del derecho internacional sobre derechos humanos, por parte de los órganos destinados a dar aplicación a ésta normativa, situación que ciertamente puede verse favorecida, en lo referente a una primacía de ésta rama del derecho internacional, por sobre las legislaciones domésticas, en razón de esta verdadera tendencia de la que se viene hablando, que cobra con el tiempo más adherentes, que sitúan, por sobre las razones de soberanía el respeto irrestricto de aquellos derechos inviolables e inherentes a la dignidad de cada persona.

De esta manera, concluye el exámen general que se ha hecho del contenido básico del sistema internacional de protección de la dignidad del individuo, análisis, por cierto, de carácter introductorio, atendido el vasto contenido de ésta materia, pero que de todas formas, otorga importantes elementos de juicio, para abocarnos de pleno a la esfera correspondiente al Derecho Internacional Humanitario.

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Una primera aproximación al Derecho Internacional Humanitario, nos enfrenta a una normativa concebida para hacer valer la juridicidad de una obligación internacional, junto a un requerimiento moral de humanidad, en un contexto, paradójicamente, fuera de la ley, e incluso, expresamente prohibido por la comunidad internacional, desde hace un par de décadas: la guerra.

Tal proscripción, ha desplazado del vocabulario normativo a la guerra como concepto, instaurándose en su lugar, el de *conflictos armados*, noción elaborada por los publicistas internacionales, inspirados en la necesidad de dar vida a un concepto que acoja ampliamente, las diversas formas de enfrentamiento bélico, confirmando así, la lamentable condición humana, que aun concibe a la confrontación armada como alternativa para dar solución a las diferencias entre los hombres.

La construcción de la memoria histórica, sin embargo, nos enseña que la guerra, ha experimentado una evolución, desde el punto de vista normativo, que es posible observar desde el derecho tradicional al derecho actual.

2. LA PROHIBICIÓN DE LA GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Para el Derecho Internacional clásico el *ius ad bellum* (derecho a la guerra) era un atributo de la soberanía del Estado, un medio de autotutela tendiente a imponer el respeto de los derechos y obtener la satisfacción de los intereses en el

seno de una sociedad descentralizada. Luego, en el siglo XVI, la Escuela Española de Derecho Internacional, fue desarrollando conceptos de los teólogos medievales, como Santo Tomás de Aquino, y San Agustín, elaboró la distinción entre guerras *justas e injustas*, todo con el objeto de reducir el recurso a la fuerza armada en las relaciones internacionales.

Pese a que la guerra era aceptada como un medio al cual podían echar mano los Estados, para salvar así las diferencias en sus relaciones interestatales, la admisión del *ius ad bellum* en el derecho tradicional, se vio compensada con la instauración de dos limitaciones.

Por una parte, una limitación de carácter formal, y que dice relación con el anuncio formal de la iniciación de las hostilidades o actos de guerra. Así, la *declaración de guerra*, formaba parte de los elementos que debía integrar un concepto de guerra justa, puesto que sólo podía ser considerada como tal, aquella que reconociera en sus inicios un justo título, de modo tal que la declaración de guerra sólo podía ser realizada por el legítimo soberano.

La segunda limitación, está ligada estrechamente al tema que nos interesa, y que por tanto será objeto de lato desarrollo más adelante, se trata de la sumisión de la guerra a un conjunto de normas y principios relacionados con la humanización en el desarrollo de las hostilidades, se trata del *ius in bello*.

Recién a fines del siglo XIX, es posible encontrar otro hito importante, en lo que dice relación a la idea de dejar al margen del derecho, el recurso de la guerra en materia internacional. Se trata de las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907. En ellas, y particularmente en la segunda, denominada Convención Drago-Porter, se puede reconocer quizá el antecedente más remoto en lo referente a proscribir la guerra del contexto internacional, aunque el ámbito de aplicación era sumamente restringido, puesto que las limitaciones impuestas decían relación

básicamente con la imposibilidad de recurrir a la guerra para el cobro de las deudas contractuales.

Diferente es el caso, del Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919, donde si bien no se prohibió, en general, el recurso de la guerra, representó un avance sólido, en cuanto a apaciguar los ánimos beligerantes de los Estados, puesto que los miembros de la Sociedad se comprometieron, a zanjar sus diferencias por la vía del arbitraje, o bien someter la diferencia capaz de desatar un conflicto armado, al examen del Consejo, con el fin de que éste órgano se pronunciara vía dictamen, respecto de la problemática puesta en su conocimiento, de modo tal, que recurrir a la guerra sólo procedía, transcurrido el plazo de tres meses, contados desde la resolución del órgano al que se hubiese recurrido, y sólo contra quienes no se sometieran al fallo arbitral, o tratándose del Consejo, a las conclusiones de un dictamen aceptado por unanimidad.

Sin embargo, el Pacto de la Sociedad de Naciones, sólo significaba una restricción parcial del recurso de la guerra, ya que, por una parte, admitía supuestos de guerras legales, y por otra parte aceptaba, el empleo de diversas manifestaciones de fuerza que no supusiesen beligerancia previa, como las represalias armadas.

Las restricciones parciales, en cuanto al recurso de la guerra por parte de los Estados, establecidas por el Pacto de 1919, se convirtieron en una prohibición general mediante el Tratado General de Renuncia a la Guerra, o Pacto Briand-Kellog, que se suscribió en París el 27 de agosto de 1928, en el cual los Estados contratantes declaraban que “condenan el recurso a la guerra para la solución de las controversias internacionales y renuncian a ella como un instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas” (artículo 1), y asimismo, se proclamó que “el arreglo o solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera que sea su

origen, que puedan surgir entre ellas, no serán resueltas nunca sino por medios pacíficos” (artículo 2).

Si bien, en términos generales, el Pacto Briand-Kellog, ha hecho ilegal la guerra, la prohibición que establece no ha significado que la guerra como institución haya sido totalmente abolida. Así, lo demuestran una serie de problemas interpretativos, respecto de éste instrumento convencional, detonados por violaciones al Pacto por parte de Estados que pretendieron sustraerse a la prohibición general, argumentando que las hostilidades desplegadas, y la consiguiente acción armada, no vulneraban el acuerdo en cuestión, toda vez que, las partes en conflicto no habían declarado previamente la guerra. Es el caso de la Guerra de Manchuria entre China y Japón (1931 y 1937), donde ambos Estados justificaron las hostilidades desarrolladas, amparados en el hecho de que el estado de guerra no existía, lo que lo corroboraría el hecho de que ambas naciones seguían manteniendo relaciones diplomáticas.

Pese a los problemas descritos, el Pacto de la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellog, sirvieron de causa remota para consagrar plenamente la prohibición de la guerra, como atributo de la soberanía de cada Estado, potestad que quedó definitivamente marginada del plano legal, por lo menos desde el punto de vista jurídico, con la Carta de las Naciones Unidas, la que da respuesta a los problemas suscitados por los Pactos anteriores, ya que no se prescriben ciertas guerras, sino que la prohibición se extiende tanto al uso de la fuerza armada como a la amenaza de su uso.

En tal sentido el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas señala:

“ los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad

territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

*Este precepto tiene hoy validez universal y, como ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986), no sólo es una norma convencional, sino que también forma parte integrante del Derecho Internacional consuetudinario. Es además, sin lugar a dudas, recordémoslo, un principio fundamental del ordenamiento internacional cuyo carácter imperativo, ius cogens, parece asentado en la actualidad.*⁸⁵.

La Carta de Naciones Unidas, además, de consagrar esta prohibición general del uso de la fuerza, contempla otras medidas que tienen también por objeto velar por el objetivo básico de la Carta, cual es, mantener la paz y la seguridad internacional. En este sentido, cabe mencionar, el arreglo pacífico de las controversias, (artículo 2.3 de la Carta)⁸⁶ verdadero principio rector de las relaciones internacionales, en lo que dice relación a las desaveniencias que puedan surgir entre los miembros de la comunidad de Estados.

Por otra parte, la Carta de Naciones Unidas, establece un mecanismo institucional de coordinación y regulación, destinado a ponerse en marcha frente a las transgresiones a los principios reseñados, de modo tal, que es posible reconocer medidas colectivas, avaladas por los miembros de la comunidad internacional, a través del Consejo de Seguridad, quien mediante las facultades concebidas en el capítulo VII de la Carta, cristaliza la idea de contar con un sistema de seguridad

⁸⁵ REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho Internacional. Madrid, McGraw-Hill, 1997. p.913

⁸⁶ El artículo 2.3 de la Carta de Naciones Unidas señala: “ Los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y seguridad internacional ni la justicia”.

colectiva, una vez que se ha determinado la existencia de actos que supongan una amenaza o un quebrantamiento de la paz internacional.

Sin embargo, la historia de la humanidad, sigue dando muestras de un apego estricto a sus tradiciones más seculares, en lo que dice relación al manejo de sus conflictos y diferencias, demostrando día a día que el poder de las armas supera en demasía a los argumentos fraternales que están detrás de un arreglo pacífico de las controversias. De allí que la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, concebida como una norma con pretensiones históricas, en cuanto a dejar recluida a la guerra en los archivos más tristes de la experiencia humana, no ha servido para apaciguar el apetito insaciable de quienes pretenden ver en la acción armada la palabra definitiva y necesaria, para dar por cerrado y desahuciado el dialogo propio de un tiempo de paz que, paradójicamente, debe representar un peligro u obstáculo a superar, frente a los secretos, y a veces inconfesables intereses que están detrás de la acción bélica.

Admitiendo, desde un punto de vista práctico, que los conflictos armados, y la guerra en general, no obstante la ilicitud y condena que cargan consigo en el plano normativo internacional, representan una hipótesis de conducta, que lamentablemente no es posible descartar en nuestros tiempos, atendido los numerosos casos de beligerancia internacional e interna acaecidos con posterioridad a la Carta de Naciones Unidas, resulta de una trascendencia primordial el estudio de aquel conjunto de normas, principios e instituciones que constituyen y dan vida a aquella rama del derecho internacional preocupada de humanizar el desarrollo y las consecuencias de la guerra, fenómeno secular que se niega a abandonar la historia común de los hombres.

3. HISTORIA Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Las normas reguladoras de los conflictos bélicos, de carácter consuetudinario, se remontan a los mismos orígenes del Derecho Internacional. Así, desde mediados del siglo XVI, importantes autores como Francisco de Vitoria, o Alberico Gentilis, ya se mostraban preocupados por establecer una serie de precisiones, en lo relativo a la conducción de las hostilidades, de modo tal que principios como el de distinción, encuentran su germen, en consideraciones tales, como aquellas que establecían la ilicitud de matar intencionadamente a los inocentes, o como aquellas que proscribían el uso de serpientes o bestias feroces, como medios de guerra.

Idéntica preocupación, en cuanto a limitar los catastróficos efectos de las hostilidades armadas, está detrás de la elaboración de las teorías que distinguían entre guerras justas e injustas, que si bien, no son más que una respuesta incipiente, a una necesidad siempre presente, de acotar en extremo los efectos negativos de la confrontación bélica, constituyen, el primer esfuerzo por mitigar la vorágine propia de la guerra.

El concepto de *bellum iustum* que se deriva de la construcción doctrinal elaborada por los teólogos-juristas españoles gira alrededor de la idea de justa causa y supone un importante esfuerzo dirigido a limitar la libertad de los Estados a recurrir a la guerra, al configurar ésta como un recurso excepcional y no como un derecho inherente a su soberanía.

Ya en el siglo XVII, y a partir de Hugo Grocio, la justicia o injusticia de la causa, como elemento determinante de la licitud de la guerra, pierde progresivamente toda su significación práctica, pasando en su lugar, a adquirir

mayor relevancia el mero cumplimiento de ciertas formalidades, como la constatación de la condición de Estado soberano del beligerante y la existencia de una declaración de guerra, lo que significa en principio, la equiparación de los contendientes, con independencia de la naturaleza de la causa, que da fundamento al inicio de la acción armada. Se habla así del *bellum legale*.

La pérdida de interés por las causas de la guerra y, en consecuencia, el progresivo abandono de la teoría de la guerra justa, va a motivar el desarrollo de lo que hoy se conoce como *ius in bello*, esto es, aquel conjunto de normas y principios dirigidos a regular el comportamiento de los contendientes en el curso de la guerra, para limitar la violencia que se deriva de las hostilidades y proteger a las víctimas de las mismas.

El origen de la teoría del *bellum legale* va a determinar que por primera vez se proceda a considerar a ambos beligerantes iguales en derechos y obligaciones, base sobre la que se asienta el Derecho Internacional Humanitario.

Finalmente, ejerce una enorme influencia en la configuración del *ius in bello* clásico la concepción de la guerra elaborada por Rousseau, al considerar que ésta no es *una relación de hombre a hombre, sino una relación de Estado a Estado, en la cual los particulares no son enemigos más que accidentalmente, no en cuanto hombres, ni siquiera en cuanto ciudadanos, sino en cuanto soldados; no como miembros de la Patria, sino como sus defensores*⁸⁷, lo que permite alcanzar una conclusión de suma importancia, cual es, que los hombres no son naturalmente enemigos, sino que sólo llegan a serlo accidentalmente, como consecuencia de la guerra librada entre los Estados, lo que provocará o dará origen a la necesidad de introducir criterios de moderación dirigidos, fundamentalmente, a dar un trato

⁸⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social o principios del derecho político. Madrid, Tecnos, 1988. p.11

humano a los enemigos capturados o heridos en poder del adversario, o bien a dar la protección correspondiente a la población civil.

Estas formulaciones, que representan la base ideológica que da sustento a la idea de humanizar la guerra, no van a tener un mero carácter teórico, puesto que, paulatinamente, van a ser reconocidas en la práctica de los Estados. En tal sentido, un primer reconocimiento formal lo constituyen las Ordenanzas Militares aplicables a las hostilidades, antecedentes de los actuales manuales militares, así como determinados convenios celebrados por los beligerantes, entre los cuales cabe destacar, el convenio suscrito entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de Norteamérica (1813) cuyo objeto era regular la situación y el tratamiento de los prisioneros de guerra; el convenio de la regularización de la guerra suscrito entre Simón Bolívar y el general español Pablo Morillo (1820), por el que aceptan someter la guerra a las “leyes admitidas por las naciones más civilizadas y los principios más leales y más humanitarios”; o el tratado de amistad y comercio, firmado en 1785 entre Prusia y los Estados Unidos de Norteamérica.

A partir de estos elementos de la práctica, se van a cristalizar las primeras reglas consuetudinarias del *ius in bello* clásico, el que, sin duda, se presenta aún en formas muy poco definidas y con un alcance limitado, situación que se revertirá con el advenimiento de la inminente codificación de las leyes y costumbres de la guerra, a partir de mediados del siglo XIX.

3.1. CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La disciplina del Derecho Internacional, encuentra en el Derecho Internacional Humanitario, a mediados del siglo XIX, una de sus vertientes que primero da inicio al proceso de codificación.

Fenómenos, como la aparición de ejércitos no profesionales, como consecuencia del establecimiento del servicio militar obligatorio, y los progresos tecnológicos en materia de armamentos, junto con la incesante actividad militar desplegada por los Estados para salvar sus conflictos, representan los motivos principales que hacen necesaria la dictación de normas escritas, que regulen aspectos relacionados con la conducción de las hostilidades, y establezcan principios de humanización en materia de socorro de los heridos y de trato de las víctimas.

Es así, como las primeras elaboraciones doctrinales, que recogían las ideas humanitarias promovidas por la doctrina internacionalista clásica, se vieron plasmadas, en la práctica, en determinadas reglas consuetudinarias, las que fueron recogidas, en diversos instrumentos jurídicos internacionales, que tenían por objeto codificar esas primeras normas, conocidas como las leyes y costumbres de la guerra.

En este orden de cosas, cabe destacar, un conjunto de normas, que si bien tenían un carácter interno, representan el inicio de la labor codificadora del derecho internacional humanitario, se trata, del denominado *Código de Lieber*, correspondiente a la Orden N°100 *Instrucciones para la conducción de los ejércitos de E.E.U.U. en campaña*, promulgada por el Presidente Lincoln el 24 de abril de 1863, con motivo de las guerras de Secesión.

Entre los primeros instrumentos internacionales, donde el aspecto humanitario cobra real trascendencia, cabe mencionar a la *Declaración de París* de 1856, sobre la guerra marítima, la *Declaración de San Petesburgo* de 1868 sobre la conducción de las hostilidades, las que sólo debían dirigirse contra los combatientes y objetivos militares, renunciando a los medios de combate péfidos o innecesariamente dañinos, y la *Declaración de Bruselas* de 1874 sobre leyes y costumbres de guerra.

Pero si duda, el instrumento internacional, que es considerado, la primera manifestación de Derecho Internacional Humanitario, es el *Convenio de Ginebra* de 22 de agosto de 1864, para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña, el que fue auspiciado por la Cruz Roja, institución que había sido creada ese mismo año, por un grupo de ciudadanos suizos, dentro de los cuales se encontraba Henry Dunant, testigo presencial de la batalla de Solferino (1859), al norte de Italia, recordada como una de las batallas más sangrientas de la historia, en la cual murieron 6.000 combatientes, y otros 34.000 quedaron heridos en el campo de batalla, totalmente abandonados a su suerte, y desprovistos totalmente de asistencia médica.

Con esta historia de sangre de por medio, atormentado por el recuerdo de los acontecimientos de los que había sido testigo y por el ardiente deseo de evitar para siempre su repetición, Dunant escribió, con pluma fogosa “*Recuerdo de Solferino*” pequeño libro en el que presenta su testimonio y formula este doble deseo: por una parte, que en cada país se constituya una sociedad voluntaria de socorro que, ya en tiempo de paz – en eso radica toda la genialidad de la innovación – se prepararía para ayudar, en caso de guerra, al Servicio de Sanidad del ejército; por otra parte, que los Estados ratifiquen “un principio convencional sagrado”, que garantizaría una protección jurídica a los hospitales

*militares y al personal sanitario. Del primero de estos deseos nació la institución de la Cruz Roja, del segundo el Convenio de Ginebra, en adelante indisolublemente vinculados*⁸⁸.

El texto de la Convención de Ginebra de 1864, no obstante lo breve que puede parecer hoy (posee sólo 10 artículos), tiene el mérito de ser el primer instrumento internacional multilateral en consagrar, el respeto y la protección del personal y las instalaciones sanitarias, en caso de guerra, lo que a su turno, permitió el nacimiento del principio esencial de que los militares heridos o enfermos serían recogidos y cuidados, cualquiera que fuere la nacionalidad a la que pertenecieren.

Con posterioridad, y bajo el auspicio del Zar de todas las Rusias, tienen lugar las *Conferencias de la Paz* celebradas en La Haya en los años 1899 y 1907.

En la primera Conferencia de 1899, (convocada, entre otras razones, para revisar la Declaración sobre leyes y costumbres de guerra elaborada en 1874 en la Conferencia de Bruselas y que no había sido ratificada), dos de las convenciones adoptadas estaban relacionadas con el *ius in bello*, a saber, el Convenio (II) de La Haya, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, y el Convenio (III) de La Haya, para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra de 1864. Junto a estas convenciones, se elaboraron, además, tres declaraciones sobre la prohibición de determinados medios de combate.

En la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, de 1907, se adoptaron catorce convenios, de los cuales, doce son relativos al *ius in bello*: Convenio (III), relativo a la ruptura de hostilidades; Convenio (IV) relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre; Convenio (V) relativo a los derechos y deberes de las Potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre; Convenio (VI) relativo al

⁸⁸ PICTET, Jean. Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986, p.35.

régimen de los buques mercantes enemigos al empezar las hostilidades; Convenio (VII) relativo a la transformación de los buques mercantes en buques de guerra; Convenio (VIII) sobre la colocación de minas submarinas automáticas de contacto; Convenio (IX) relativo al bombardeo por fuerzas navales en tiempos de guerra; Convenio (X) para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra; Convenio (XI) relativo a ciertas restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima; Convenio (XII) relativo al establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas; Convenio (XIII) relativo a los derechos y deberes de los neutrales en la guerra marítima y Declaración (XIV) relativa a la prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde las aeronaves.

Este conjunto de instrumentos internacionales, que ciertamente marcaron un rumbo para limitar y atenuar los males de la guerra, pasan a constituir lo que podría denominarse el *Derecho Clásico de la Guerra*, caracterizado por dar vida a los grandes principios del *ius in bello*, y que se resumen, en la necesidad de que los Estados beligerantes, en lo referente a la conducción de las hostilidades, sólo pueden adoptar aquellas medidas que tengan que ver con la sumisión del adversario, lo que trae consigo, que las operaciones militares sólo deben dirigirse contra las fuerzas militares del Estado enemigo y contra los bienes que le sirven de apoyo. Por tanto, se considera que todo ataque contra la población pacífica y sus bienes constituye un acto inhumano y cruel, ya que no reporta ninguna ventaja militar al atacante, lo que implica el reconocimiento de la necesidad de distinguir entre las personas y los bienes que pueden ser susceptibles de ataque y destrucción, de aquellos que no deben serlo.

Con todo, el proceso de codificación no se detiene. Más aun, si se tiene en cuenta, que los conflictos que derivan en guerra, se suceden en el tiempo, develando y poniendo de manifiesto los nuevos desafíos impuestos por el

desarrollo técnico de los armamentos, así como los nuevos objetos y situaciones susceptibles de protección.

Así, nuevos esfuerzos por codificar el derecho de guerra, se realizaron en el período entre las dos guerras mundiales.

En 1925, y bajo el auspicio de la Sociedad de Naciones, se adoptó el Protocolo de Ginebra, sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares. Otro convenio, referido a la conducción de las hostilidades, se adopta en 1936, se trata del denominado Protocolo de Londres, sobre la guerra submarina.

Desde el punto de vista estrictamente humanitario, y teniendo en cuenta el fracaso de la normativa existente durante la Primera Guerra Mundial, en lo que dice relación al trato de los prisioneros de guerra, el Comité Internacional de la Cruz Roja elaboró un proyecto tendiente a crear un Convenio especial sobre ésta materia. Dicho proyecto fue sometido a la Conferencia de Ginebra, lo que en definitiva se tradujo en el Convenio de Ginebra de 1929, relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra y sobre protección de los heridos en guerra terrestre, sustituyendo así al paradigmático Convenio de 1864.

La experiencia otorgada por los desoladores resultados de la Segunda Guerra Mundial, nuevamente puso en el tapete la necesidad de seguir fomentando la protección humanitaria, esta vez, la preocupación se cernía, particularmente, sobre la población civil, la que fue objeto frecuente de ataques intencionados e indiscriminado por parte de los Estados beligerantes, al punto que se pudo constatar, al finalizar la guerra, que la mayoría de las víctimas de la Segunda Guerra Mundial fueron civiles.

Por otra parte, situaciones vividas como en la sangrienta Guerra Civil Española, también mostraron que los tratados humanitarios debían extenderse, de

una forma u otra, a los conflictos de carácter no internacional, atendida la inaplicabilidad de los mismos, respecto de las guerras civiles y coloniales.

Es así que, una vez finalizadas las hostilidades de la Segunda Guerra Mundial, se formó un consenso generalizado, con miras a adaptar y a modernizar los distintos instrumentos humanitarios existentes a la época.

No obstante, la labor codificadora a realizar, no fue promovida directamente por el naciente órgano interestatal – Naciones Unidas - que declamaba dentro de sus principales objetivos la promoción y la protección de la dignidad del individuo, sino que la tarea de trabajar por la consecución de nuevos instrumentos internacionales humanitarios recayó en el Comité Internacional de la Cruz Roja. Así las cosas, por paradójico que a primera vista pueda parecer, la evolución del Derecho Internacional Humanitario no fue impulsada en la inmediata posguerra por la ONU, que orientó sus trabajos al desarrollo progresivo de los Derechos Humanos y a la celebración de Convenios de desarme. *La idea de que una vez prohibidos por la Carta la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, el interés por el ius in bello podía debilitar la prohibición influyó, sin duda, en una actitud, alimentada también, por el escepticismo causado por las violaciones del Derecho Internacional Humanitario durante la Segunda Guerra Mundial, que provocó la exclusión de la codificación y el desarrollo progresivo de estas normas de los temas de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas*⁸⁹.

Fue así, entonces, que auspiciado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, se realizó una conferencia intergubernamental en la ciudad de Ginebra el año

⁸⁹ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Derecho Internacional Humanitario: Tratados Internacionales y otros textos. Madrid, McGraw-Hill, 1998. p.3

1949, en la que se adoptaron, cuatro convenios, conocidos como los Convenios de Ginebra:

- Convenio (I), para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- Convenio (II), para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- Convenio (III), relativo al trato de los prisioneros de guerra.
- Convenio (IV), relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

Los tres primeros Convenios, continúan por la senda de ir perfeccionando los instrumentos preexistentes, sin embargo el Convenio (IV) representa una verdadera novedad, puesto que los Convenios humanitarios adoptados antes de 1949 sólo se aplicaban a los combatientes y no a las personas civiles, por lo que la adopción del reseñado Convenio vino a satisfacer un anhelo frustrado del Comité Internacional de la Cruz Roja, quien ya en el año 1934 había elaborado un proyecto de convención, y que debía ser sometido a la Conferencia diplomática prevista para 1940, conferencia que no se celebró y que fue diferida por el estallido de la Segunda Guerra Mundial, contienda que no hizo más que reafirmar y poner de relieve las graves consecuencias que se derivaban de la inexistencia de un convenio que protegiera a los civiles.

Los Convenios de Ginebra de 1949, *en su conjunto aportan un régimen de protección de las víctimas de los conflictos armados más amplio, no sólo material sino subjetivamente, al excluir la cláusula si omnes⁹⁰, y también más creíble, al*

⁹⁰ La cláusula *si omnes*, que impedía la aplicación del acuerdo internacional si en la contienda participaban Estados no partes, fue sistemáticamente reproducida en todos los Convenios Humanitarios elaborados en las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y 1907, situación que impidió la aplicación de éstas normas en la Primera Guerra Mundial por la participación de Estados como Serbia y Montenegro que no habían manifestado su consentimiento a estos convenios.

*incorporar mecanismos de control que, aunque imperfectos, pueden coadyuvar a su cumplimiento*⁹¹.

El camino de la codificación del Derecho Internacional Humanitario, no cesó en su evolución, esta vez había que encontrar respuesta a la naturaleza no internacional de los conflictos armados en el mundo, en el período posguerra. Se trataba de brindar protección a las víctimas de los nuevos episodios bélicos. *En efecto, desde el final de la II Guerra Mundial, más de 150 nuevas contiendas armadas han surgido en el planeta, y la gran mayoría de ellas no se ha podido encajar en los conceptos tradicionales elaborados en los Convenios. Tal fue el caso de las “guerras de liberación nacional”, de las “guerras de descolonización” y de las “guerras revolucionarias”, en las cuales el carácter “interestatal” de los enfrentamientos no siempre aparecía, y donde la noción misma de “fuerzas armadas uniformadas e identificadas” era a menudo sustituida por la de combatientes, guerrilleros o simplemente “alzados en armas”*⁹².

Esta situación, nuevamente, movilizó los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja, y como resultado de una Conferencia diplomática destinada a la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario a los conflictos armados, se adoptaron en 1977 los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, el primero de ellos relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el segundo, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Hasta ahora, se ha visto el notable impulso, en materia de codificación, que ha experimentado el derecho humanitario moderno - o sea aquel que se desarrolla con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial -, desde el punto de vista de la

⁹¹ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p.989

⁹² PEYTRIGNET, Gérard. Estudios Básicos de Derechos Humanos II. San José C.R., I.I.D.H., 1995, p.151

protección de las víctimas de los conflictos armados, sin embargo, en lo referente al derecho de los conflictos armados, no se aprecia igual dinamismo. Prueba de ello, es que en la década del 50 del siglo XX, sólo se aportó al mundo del derecho la Convención de La Haya de 1954, sobre protección de los bienes culturales.

El auge de los derechos humanos en la década del 60, y la creciente lucha por instar al desarme, a fin de no repetir los lamentables sucesos de las dos grandes guerras vividas en la primera mitad del siglo XX, permitió que la comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, centrara su interés en las cuestiones armamentísticas, bajo una perspectiva humanitaria.

En este sentido, cabe recordar la adopción, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Resolución 2444 (XXIII) de 1968, sobre el respeto de los derechos del hombre en caso de conflicto armado, donde se exhorta al Secretario General de dicha organización, a estudiar la posibilidad de elaborar convenios destinados, no sólo a brindar protección a la población civil que no participa en las hostilidades, sino que contemplen, además, la prohibición y limitación del empleo de ciertos métodos y medios de guerra.

Las consecuencias no se dejaron esperar. Así en 1972, vio la luz la Convención de Naciones Unidas, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción. Posteriormente, y también bajo los auspicios de la ONU, se adoptó en 1980, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

Más tarde, en 1993, se adoptó la Convención relativa a la prohibición de la preparación, fabricación, almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción. Por último, cabe hacer mención, a la Convención sobre la prohibición

del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonal y su destrucción (1997), conocido también como el Tratado de Otawa.

Siempre en el campo del derecho de los conflictos armados, y ya en la etapa final de esta revisión histórica del proceso de desarrollo y codificación, de carácter progresivo, que ha experimentado el Derecho Humanitario, no se puede dejar de mencionar la situación de ausencia normativa, respecto de las armas atómicas.

La amenaza que supone para la humanidad el uso de la energía atómica como medio de guerra, está certificada en la historia contemporánea del hombre, con un saldo de destrucción sin precedentes. Sin embargo, la evidencia de los hechos, muchas veces, cede a los intereses políticos y económicos de las naciones más poderosas del orbe, lo que conduce, como en este caso, a enfrentarnos a una sociedad internacional dividida, cuando se trata de dirimir la legalidad o ilegalidad de las armas nucleares.

En tal sentido, cabe hacer referencia, a la Opinión Consultiva dada en 1996, por la Corte Internacional de Justicia, la que frente a un requerimiento, en esta materia, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, por siete votos contra siete, siendo dirimente el voto del Presidente de la Corte afirma *que la amenaza y empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas de Derecho Internacional aplicables en un conflicto armado y, en particular, a las de Derecho Humanitario; pero añade que en el estado actual del Derecho internacional y con los elementos de hecho disponibles no puede llegar a una conclusión definitiva acerca de si la amenaza o empleo de armas nucleares sería legal o ilegal en una circunstancia extrema de autodefensa en que la supervivencia misma de un Estado estuviera en juego*⁹³.

⁹³ Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, citada por REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p.991

4. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: CONCEPTO, ASPECTOS GENERALES Y CARACTERÍSTICAS

4.1. CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Se ha dicho que el Derecho Internacional Humanitario representa *el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto*⁹⁴.

El concepto referido deja entrever una necesidad moral que está detrás del Derecho Humanitario, de allí que conceptos como el que aporta PICTET, sean especialmente bien acogidos por las organizaciones internacionales humanitarias. Dicha definición señala que *El derecho humanitario es esa considerable porción del derecho internacional público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra*⁹⁵.

El autor en comento justifica la conceptualización reseñada, aseverando que la normativa humanitaria constituye una transposición, en el derecho internacional, de preocupaciones de índole moral, y más especialmente, de índole humanitaria, lo que vendría dado, por la estrecha relación de este derecho con el hombre, quien frente a una situación de despliegue bélico, no sólo puede ver menoscabada su libertad y dignidad, sino que también su integridad física y su propia vida.

⁹⁴ SWINARSKI, Christophe. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. San José, IIDH, 1984. p.11

⁹⁵ PICTET, Jean. Op. cit. p.9

Ahora bien, y sin perjuicio de aceptar que la mayor parte de la doctrina y de los publicistas, conocen a éste derecho como Derecho Internacional Humanitario, resulta interesante la visión de algunos autores que denominan a esta rama del derecho internacional, como “Derecho Humanitario Bélico”, entendiendo como tal a aquella *parcela del Derecho Internacional Humanitario que incorpora ideales de humanidad al desarrollo de los conflictos armados y que engloba tanto la limitación de los medios de hacer la guerra – Derecho de los conflictos armados o Derecho de La Haya – como la necesaria protección de las víctimas – Derecho de Ginebra – agregando que, no está de más tener en cuenta que la doctrina generalmente denomina a esta parcela del Derecho Internacional Público Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, en tan genérica denominación cabría incluir también otras normas que, con un espíritu de humanidad, protegen al individuo - Derecho de los Derechos Humanos – o limitan la soberanía del Estado o sus competencias - asistencia humanitaria o, incluso, Patrimonio Común de la Humanidad*⁹⁶.

Más allá de los diferentes conceptos que se puedan aportar, la necesidad del control del uso de la fuerza, así como el anhelo de disminuir los perjuicios en contra de aquellos que no participan directamente en las hostilidades, representan, el espíritu que inspira las normas y principios que componen este derecho, lo que a su turno, le otorga la especificidad necesaria, como para diferenciarlo de otras ramas del derecho internacional.

⁹⁶ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Op. cit. p.3

4.2. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: NECESIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA REGULACIÓN HUMANITARIA

La historia de la humanidad, desde las épocas más remotas, y aun en la actualidad, se ha visto sometida a un sin número de conflictos armados, de manera tal, que la mayor parte de los hitos históricos y las distintas modificaciones en el orden mundial, o están asociados directamente a una batalla librada, o bien son la reacción espontánea a un largo período de guerra, *así la sociedad internacional parece compelida irremediablemente a padecer constantemente las convulsiones de la guerra y a conocer nuevas víctimas. Y el hombre sigue siendo lobo para el hombre*⁹⁷.

Tal como se analizara con anterioridad, la comunidad de Estados, reunidos en torno a la ONU, hoy en día, estimula el arreglo pacífico de las controversias (art. 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas), y prohíbe el uso o la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas), salvo excepciones calificadas, y que dicen relación, en primer lugar, con la legítima defensa (art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas), en las cuales los Estados tienen derecho de reaccionar contra una agresión armada externa. Luego, y en segundo lugar, están aquellas acciones militares, derivadas de los mecanismos de seguridad colectiva, promovidos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y que son la consecuencia y respuesta inmediata a situaciones de quebrantamientos de la paz, amenazas a la misma, o bien actos de agresión (Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas). Finalmente, dentro de las excepciones a la regla general que proscribe el uso de la fuerza en las relaciones

internacionales, encontramos aquellas guerras denominadas de *liberación nacional*, libradas en el ámbito del consagrado derecho de autodeterminación de los pueblos contra la dominación extranjera o colonial.

Resulta fácil comprender, entonces, que tanto el mundo de los hechos, como el mundo del derecho, contempla y hace suya la posibilidad de que se desencadenen conflictos armados.

*Esta realidad hace imprescindible el establecimiento de normas que regulen la conducción de las hostilidades y que impongan a las partes en conflicto un estándar humanitario que impida que el uso de la fuerza, lícito o no, sea además incontrolado*⁹⁸.

4.3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Como rama particular del Derecho Internacional Público que es, el Derecho Internacional Humanitario, presenta una serie de características, que lo distinguen de otras ramas del derecho, y que en definitiva, le otorgan su configuración particular.

4.3.1. RAMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: DERECHO DE LA HAYA Y DERECHO DE GINEBRA

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p.985

En primer lugar, y como primera característica, cabe destacar que el Derecho Internacional Humanitario, desde el punto de vista de su contenido, está compuesto por dos vertientes, la una distinta de la otra, tomando en especial consideración, el objeto perseguido por los instrumentos convencionales adoptados en materia humanitaria.

Así, se habla del *Derecho de La Haya*, (por haberse celebrado en dicha ciudad los acuerdos y convenios más importantes) para referirse al Derecho de los conflictos armados, es decir, aquel conjunto de normas y principios internacionales que tienen *por objeto la regulación de la conducción de las hostilidades y la imposición de límites a los medios de hacer la guerra. Sus normas, con un trasfondo humanitario, se encuentran especialmente vinculadas a las ideas de necesidad, interés militar y conservación del Estado*⁹⁹.

En el derecho de los conflictos armados, o derecho de la guerra, propiamente tal, en definitiva, de lo que se trata, es determinar los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones militares, y, además se limita la elección de los medios para causar daño.

Los instrumentos convencionales internacionales que dan forma al *Derecho de La Haya*, son básicamente aquellas normas provenientes de los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907 (respecto de estos acuerdos, hay que tener presente, que respecto de ellos, buena parte de su contenido normativo, pasaron en 1929, 1949 y 1977, a formar parte del ámbito del *Derecho de Ginebra*, mediante su respectiva adaptación y modernización); la Convención para la protección de los bienes culturales en tiempos de guerra de 1954, y en general, todos aquellos tratados internacionales, que tienen como objeto, ya sea prohibir, o ya sea restringir, el empleo de ciertas armas, proyectiles, materias y métodos de hacer guerra, de tal

índole, que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, a los cuales ya se hizo una especial referencia, en el apartado relativo a la codificación del Derecho Internacional Humanitario.

Por otra parte, el denominado *Derecho de Ginebra*, o derecho humanitario propiamente dicho, es aquel que *tiende a salvaguardar a los militares fuera de combate, así como a las personas que no participan en las hostilidades*¹⁰⁰.

Este derecho centra su atención, básicamente en las víctimas de los conflictos armados, y su fundamento viene dado por las ideas de humanidad que pretende dotar el derecho internacional humanitario al desarrollo de los conflictos armados, cualesquiera que sea la naturaleza de éste.

Se le denomina Derecho de Ginebra, porque los principales instrumentos internacionales, que le dan su contenido, han sido adoptados en la referida ciudad. Dentro de esos tratados, cabe destacar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

4.3.2. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO GUARDA UNA ESTRECHA RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como segunda gran característica del Derecho Internacional Humanitario, esta rama del derecho internacional, está directamente vinculada con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al cual ya se hizo referencia en los dos primeros capítulos de éste trabajo.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ PICTET, Jean. Op. cit. p.10

La mencionada relación, encuentra su fundamento básicamente en la idea que está detrás de ambas ramas del derecho internacional, cual es la protección del hombre y su dignidad.

Sólo aceptando que el Derecho de los Derechos Humanos constituye el estándar de protección de la persona humana perseguido por el Derecho Internacional en condiciones de paz y bienestar y que el Derecho Humanitario Bélico constituye la máxima restricción posible de aquél –estándar humanitario mínimo – y de imprescindible observancia en situaciones de conflicto armado, estaremos en condiciones de entender la interrelación existente entre ambos y de asumir que cualquier situación – paz, guerra o disturbios internos – queda amparada por alguna de estas normas¹⁰¹.

4.3.3. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO NO TIENE COMO FIN EVITAR LOS CONFLICTOS ARMADOS

La finalidad del Derecho Internacional Humanitario, no pasa por establecer un conjunto de reglas, tendentes a impedir que se desaten conflictos armados, sino que lo que pretende, es hacer menos crueles dichos conflictos, cuando no hayan podido ser evitados.

Por otra parte, el establecimiento de normas que regulen el accionar de los beligerantes, no significa que se está legitimando la vía armada. La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no hace perder vigencia al mandato general que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

¹⁰¹ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Op. cit. p.7

El objeto del Derecho Internacional Humanitario consiste en *someter el uso de la fuerza a limitaciones y condiciones destinadas a proteger al ser humano contra las consecuencias de la arbitrariedad, a limitar la utilización de la violencia, y a reducir los sufrimientos ocasionados por la guerra, evitando los daños y las pérdidas humanas y materiales inútiles o superfluas, y procurando conciliar, hasta donde fuere posible, los imperativos humanitarios y las necesidades militares*¹⁰².

4.3.4. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO SE APLICA SIN TOMAR EN CUENTA LA LEGALIDAD DEL CONFLICTO ARMADO

Con esta afirmación, lo que se pretende, es dar cuenta del carácter general, en lo que se refiere a la aplicación de la normativa humanitaria, la que entrará en acción *ipso facto*, una vez que se haya desencadenado un conflicto armado (que esté dentro del ámbito de aplicación de la misma), sin tomar en cuenta la legalidad o ilegalidad del acto armado.

Si bien es cierto, que la doctrina ya superó con largueza las hipótesis de guerras justas, hay que recordar, que junto a la norma general que prohíbe el uso o la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones interestatales, existen tres excepciones, a las que ya se hizo referencia con anterioridad, que justifican, de cierta manera, la acción o reacción armada, lo que podría abrir paso a una clasificación que distinga entre conflictos armados situados en estas hipótesis de legalidad, las que se situarían frente y en oposición, de aquellos conflictos bélicos

¹⁰² PEYTRIGNET, Gérard. Op. cit. p.143

que están al margen del derecho, por vulnerar, abiertamente, el mandato general del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas que proscribe el uso de la fuerza, y que, por ende, podrían ser tachados de ilegales.

4.3.5. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ES UN DERECHO DE EXCEPCIÓN

El Derecho Internacional Humanitario está destinado a ser aplicado en situaciones de conflicto armado, es decir, en todas aquellas situaciones en donde se ha verificado la ruptura del ordenamiento internacional, (situación excepcional, desde el punto de vista de la paz perseguida por la comunidad internacional, que vendría a constituir el estado normal), o bien, cuando se verifique tal ruptura en el orden interno, en aquellos casos que se trate de un conflicto armado no internacional.

De allí, que se afirme que se trata de un derecho de excepción, subsidiario o de emergencia, *que entra en acción sólo cuando el derecho que prohíbe recurrir a la fuerza no ha podido operar*¹⁰³.

Por este carácter excepcional, hay que tener en cuenta que esta normativa, se encarga de precisar, tanto el principio como el fin de la aplicación de sus normas. En tal sentido, el artículo 3. a) del Protocolo I de 1977, señala:

¹⁰³ CAMARGO, Pedro Pablo. Derecho Internacional Humanitario. Tomo I. Santafé de Bogotá, Jurídica Radar, 1995. p. 27

“ Los Convenios y el presente Protocolo se aplicarán desde el comienzo de cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo 1 del presente Protocolo”¹⁰⁴.

De acuerdo a lo anterior, las normas del Derecho Internacional Humanitario, entrar a jugar una vez que se haya verificado el conflicto armado, sea que se trate, de un enfrentamiento de carácter internacional, o bien de un conflicto de carácter interno, que no esté dentro de la categoría de disturbio o tensión interna.

Por su parte, el mismo artículo 3º, esta vez en la letra b), señala:

“ La aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará, en el territorio de las Partes en conflicto, al término general de las operaciones militares...”

En suma, mientras subsista el conflicto armado, y hasta que éste no desaparezca, el Derecho Internacional Humanitario es el llamado a regir las conductas de los beligerantes, constituyéndose en la normativa de aplicación general, en tanto no cese la beligerancia que detonó su participación.

4.3.6. LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO SON DE ÍNDOLE IMPERATIVA

Cuando hablamos de una norma imperativa de derecho internacional, o *ius cogens*, necesariamente se debe hacer mención a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en razón de que entre sus disposiciones, y a propósito del análisis de la nulidad de los tratados, se refiere y conceptualiza en su

¹⁰⁴ La norma invocada, señala en su numeral 3, que el Protocolo en cuestión, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, norma que a su vez explicita, que sus disposiciones se aplican en caso de guerra declarada, o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varios Estados partes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas. Idéntico cometido, en cuanto a definir el ámbito material de aplicación, encontramos en el artículo 1 del Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

artículo 53, las normas imperativas del derecho internacional de la siguiente manera:

“ *...una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.* “

La norma imperativa de Derecho Internacional, apela a la conciencia universal o general de la sociedad internacional, que busca en este tipo de reglas, consagrar y defender con la fuerza del derecho, aquellos aspectos sin los cuales, ni la comunidad internacional en su conjunto, ni el hombre en su aspecto particular, podrían sobrevivir. Se trata, a la postre, de obtener aquel núcleo normativo que represente la conciencia jurídica de los Estados.

Ahora bien, la consecución de la norma imperativa, en lo que se refiere a su formación y posterior identificación, necesariamente supone un proceso en el cual, la comunidad de Estados, reconoce la presencia de una *opinio iuris* calificada o *cogentis*, que se aprecia en función de un juicio de valor vastamente admitido y compartido por la sociedad internacional, aunque no necesariamente unánime, y que puede manifestarse, a través de los procesos ordinarios de formación de las obligaciones internacionales, por ejemplo, en un tratado internacional con vocación universal o bien en una Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Formada y reconocida que sea, la norma imperativa de derecho internacional, la comunidad de Estados ya puede ser tributaria de sus consecuencias. *El ius cogens no sólo impone un límite a la libertad de los Estados en la concertación de sus obligaciones jurídicas, sino que además escapa a la*

voluntad de cada Estado en singular calificación de una norma como imperativa. El efecto relativo de los tratados (que la misma Convención enuncia, art.34) y la inoponibilidad de la costumbre general al objetor persistente chirrían. Normas y obligaciones de las que un Estado pretendía zafarse pasarían a obligarlo de ser consideradas imperativas por la comunidad internacional en su conjunto, aunque ese Estado, opuesto a la norma como tal no lo fuera menos a su carácter imperativo¹⁰⁵.

En lo que dice relación con el Derecho Internacional Humanitario, existe en la doctrina una opinión generalizada, en torno a considerar, que sus normas gozarían de esta imperatividad.

El carácter universal de las normas del Derecho Internacional Humanitario, (situación que se aprecia, por el alto número de Estados partes, que se encuentran vinculados en la actualidad, tanto al Derecho de Ginebra como al Derecho de La Haya¹⁰⁶), permite afirmar que buena parte de las normas humanitarias, por lo menos aquellas que se consideran fundamentales, son el producto de una concepción común, que reconoce en los principios humanitarios, una esfera de protección prioritaria, consolidada, por una parte, mediante el carácter imperativo o *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario, y por otra, comprendiendo que el respeto de las obligaciones dimanadas de esta rama del derecho internacional, son de aquellas consideradas *erga omnes*.

¹⁰⁵ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p.24

¹⁰⁶ Convenios de Ginebra de 1949: 190 Estados partes; Protocolo I de 1977: 160 Estados partes; Protocolo II de 1977: 153 Estados partes; Convención de UN, de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas y sobre su destrucción: 146 Estados partes; Convención de UN, de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción: 145 Estados partes; Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Convenio de Ottawa de 1997): 129 Estados partes.

Esta idea de concebir como *ius cogens* a las obligaciones internacionales, derivadas de las normas del Derecho Internacional Humanitario, también encuentra su fundamento en el plano positivo. Así se ha dicho, que este especial carácter de las obligaciones humanitarias deriva, *del compromiso asumido por los Estados partes, en virtud del art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y del art. 1,1 del Protocolo I de 1977, de respetar y hacer respetar en todas las circunstancias las disposiciones contenidas en estos instrumentos convencionales...ya que manifiesta el interés que tienen todos los Estados en el cumplimiento de este tipo de normas por los fines que persiguen, de ahí que acepten velar por que el resto de los Estados las apliquen adecuadamente en el caso de que se vean implicados en un conflicto armado*¹⁰⁷.

También se ha visto un fundamento de carácter convencional, para sostener el carácter imperativo de la normativa humanitaria, en la referencia directa que hace el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta norma trata las situaciones de terminación o suspensión de un tratado, como consecuencia de la violación del mismo, por alguno de los Estados partes, configurándose así, hipótesis de causales de terminación y suspensión extrínsecas de los tratados, que están al margen del acuerdo de las partes. Ahora bien, tratándose de disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de índole humanitaria, no regirían estas causales de terminación o suspensión (art. 60.5), precisamente por el carácter imperativo, y no dispositivo de las normas del derecho humanitario.

¹⁰⁷ URBINA, Julio. Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. p. 165

4.3.7. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO SON DE CARÁCTER ABSOLUTO E INCONDICIONAL

Las normas recién analizadas, dan el sustento a las características referidas en este apartado. El mandato general contenido en el artículo 1 común de los Convenios de Ginebra de 1949, manifiesta el carácter absoluto de la obligación impuesta a los Estados partes, de estos instrumentos humanitarios. *La obligación tiene carácter absoluto más que recíproco; se trata, por decirlo así, de una obligación para con todos, más que para algunas partes determinadas*¹⁰⁸.

Por su parte el carácter incondicional de las normas del Derecho Internacional Humanitario, encuentra asidero en la idea que la reciprocidad no actúa como condición suspensiva del cumplimiento de los convenios humanitarios o como causa de terminación, de manera tal, que el no cumplimiento de sus deberes por un Estado parte, no permite que su adversario se desvincule de sus propias obligaciones, *pues no se trata de un intercambio equitativo de prestaciones, sino de obligaciones de carácter superior inderogables*¹⁰⁹.

Otra manifestación de la referida incondicionalidad de las normas humanitarias, se ve reflejada en la prohibición general que hacen estos instrumentos respecto de las represalias contra las personas y bienes protegidos por los convenios, así, *para un beligerante, no aplicar uno de los Convenios de Ginebra invocando la insolvencia del adversario, equivaldría a ejercer represalias contra las personas protegidas*¹¹⁰.

¹⁰⁸ Ibid. p. 166

¹⁰⁹ PEYTRIGNET, Gérard. Op. cit. p.157

¹¹⁰ PICTET, Jean. Op. cit. p.105

4.3.8. LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO SON IRRENUNCIABLES

Los Convenios de Ginebra de 1949, se encargan de precisar que a las personas protegidas, les está vedado, y por tanto, no se les permite en ningún caso, renunciar parcial o totalmente a los derechos que se les garantizan en los Convenios (art. 7 Convenio I; art. 7 Convenio II; art. 7 Convenio III y art. 8 Convenio IV).

Asimismo, dichos Convenios, se encargan de estipular que los acuerdos especiales que les pareciere oportuno regular a las partes, sólo podrán significar una mejora en el trato que se brinde a las personas protegidas, prohibiendo, en definitiva, todo acuerdo tendiente a disminuir el nivel de protección establecido (art. 6 Convenio I; art. 6 Convenio II; art. 6 Convenio III y art. 7 Convenio IV).

Finalmente, cabe destacar que en materia de responsabilidad, se ha establecido que no resulta posible que ninguna parte contratante se exonere a sí misma, ni exonere a otra parte contratante, respecto de las responsabilidades en que haya incurrido, ésta o aquella, a consecuencia de las infracciones cometidas (art. 51 Convenio I y art. 52 Convenio II) lo que vendría a ratificar el carácter indisponible de este tipo de obligaciones, producto de la especial naturaleza de los derechos protegidos.

5. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En el capítulo anterior (apartado 2.4.) se hizo un análisis exhaustivo de las fuentes del Derecho Internacional, desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, razón por la cual no se reiteraran en esta parte, los conceptos dados para cada una de las fuentes del Derecho Internacional

(de acuerdo a la enumeración señalada por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) y solamente se hará una serie de alcances generales relativos a los procesos de formación normativa del derecho humanitario.

Como primera cuestión, cabe destacar, que el Derecho Internacional Humanitario, no escapa a la historia común del Derecho Internacional, en lo que se refiere al origen y a la evolución que ha sufrido desde el punto de vista de los métodos de producción normativa.

En este sentido, el origen de las reglas que van a conformar el actual derecho humanitario, reconoce en su base, a la costumbre internacional, como la primera fuente formal en recoger la finalidad perseguida por las normas humanitarias, esto es, introducir un móvil de humanidad en situaciones particularmente complejas, como las vividas en un contexto de confrontación bélica, así, *desde los orígenes del derecho internacional se vislumbraba la convicción de que era necesario, desde el punto de vista de los propios intereses de los Estados, someter la relación bélica a un régimen de derecho a fin de hacerla compatible con los principios fundamentales de la convivencia internacional, así como para mantenerla dentro de límites razonables y evitar que la guerra tuviera el aspecto de total barbarie*¹¹¹.

Con posterioridad, y tal como se analizara en la parte inicial de este capítulo (apartado 2 y 3), la historia se encargó de ir plasmando en distintos instrumentos, esta necesidad creciente de regular las consecuencias, y en parte el desarrollo, de los conflictos armados, lo que terminó por dar por sentado la existencia de principios y costumbres que los beligerantes debían cumplir en el campo de batalla: el *ius in bello*.

¹¹¹ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana. San José de C.R., IIDH, 1991. (Capítulo II nº1) Texto tomado del sitio web: www.cicr.org/spa/dih sección, **DIH: selección de obras (textos completos en línea)**

Con el paso del tiempo, y anotadas con anterioridad los motivos que desencadenaron el proceso de codificación, es posible concluir, que el Derecho Internacional Humanitario, reconoce, en los distintos tratados internacionales que se han adoptado a su respecto y en el derecho consuetudinario, a sus principales fuentes formales.

Respecto de los instrumentos convencionales internacionales que versan sobre el derecho humanitario, a parte del constante desarrollo experimentado, lo que se tradujo en una codificación creciente del *ius in bello*, sólo resta por reiterar y destacar, la notable aceptación a nivel internacional que han tenido sus normas, desde el punto de vista del consentimiento otorgado por los Estados de las más diversas latitudes y creencias, lo que ratifica la idea de que estamos en presencia de una normativa universal, que pretende ser concebida como tal y que representa una doctrina común de la sociedad internacional, destinada a brindar protección al ser humano en circunstancias en que la “civilización” parece engrosar el innumerable catálogo de palabras que han perdido su contenido.

En lo que respecta a la norma consuetudinaria humanitaria, baste con reafirmar la idea de que *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 encuentren estas normas, posterior y repetidamente codificadas en distintos convenios y demás instrumentos jurídicos*¹¹².

Respecto de las otras fuentes formales del Derecho Internacional Humanitario (las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor

¹¹² Ibid.

competencia)¹¹³, no parece necesario hacer un mayor análisis, en atención a la importancia capital que han adquirido, a consecuencia de la codificación, los convenios internacionales, lo que sumado al hecho de que frente al silencio normativo escrito, entra a jugar un papel determinante la norma consuetudinaria, hacen perder protagonismo a medios que, incluso, se han visto cuestionados por la doctrina en cuanto a su idoneidad propia, en lo relativo a su capacidad para representar métodos de producción normativa.

Sin embargo, y pese a su carácter subsidiario, la jurisprudencia internacional y la doctrina de los autores más connotados, sin duda han significado un aporte a la evolución y desarrollo de la normativa humanitaria.

La jurisprudencia internacional, por su parte, ha representado un papel significativo en materia de interpretación del Derecho Internacional Humanitario, y ciertamente ha aportado a su desarrollo, demostrando ser un importante canal para ir conformando la *opinio iuris* previa a la cristalización de una norma consuetudinaria.

En lo referente a la doctrina, cabe hacer una especial mención a lo que se ha denominado la “Doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja”, la que se ha encargado de cumplir un importante papel, no sólo de promoción, sino que también de implementación e interpretación del Derecho Internacional Humanitario vigente, lo que permite concluir que, *el Comité Internacional de la Cruz Roja ha sido el instigador, el alma de estos desarrollos sucesivos del derecho humanitario*¹¹⁴.

Por último, y esta vez escapando a la enumeración propuesta por la citada norma del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cabe hacer mención a una

¹¹³ Respecto de los principios generales del derecho del Derecho Internacional Humanitario se hará en el apartado siguiente una exposición particular.

¹¹⁴ PICTET, Jean. Op. cit. p.39

fuente formal particular, y propia, del Derecho Internacional Humanitario: los instrumentos aprobados en el marco de las *Conferencias Internacionales de la Cruz Roja*.

Dichos instrumentos, (estatutos, resoluciones, declaraciones, etc.) poseen un alto grado de representatividad y participación, por lo que sus decisiones presentan *un rango jurídico comparable al de las decisiones de los organismos internacionales gubernamentales*¹¹⁵.

6. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La actividad militar desplegada en todo conflicto armado, encuentra en las convenciones internacionales humanitarias, el fiel reflejo de los objetivos perseguidos por la comunidad de Estados, y por tanto, el sistema normativo a cumplir.

Sin embargo, el efecto relativo de los tratados, por una parte, y a veces el total desconocimiento de las normas humanitarias, por parte de los destinatarios de las mismas, recomienda potenciar la difusión de aquellos principios que significan el sustento y la base del Derecho Internacional Humanitario, y sobre los cuales se articulan las disposiciones que lo conforman.

Dada su importancia, se ha considerado que los principios del Derecho Internacional Humanitario, están por encima de las disposiciones particulares que lo constituyen, toda vez que estos principios representan *el “mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, lugar o circunstancia”*, y expresan la substancia

¹¹⁵ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos...Op. cit. (Capítulo II n°2)

*consuetudinaria del derecho humanitario, válida, de acuerdo con la Corte Internacional de Justicia de La Haya, para los Estados no formalmente Partes en los referidos acuerdos*¹¹⁶.

En este sentido, cabe recordar que el anhelo de brindar una protección a las víctimas de los conflictos armados, más allá de las consideraciones previstas por los acuerdos internacionales, encontraba en 1899, una fórmula ideada por el jurista Fedor Fedorovich Martens, que con el tiempo se conoció como la *Cláusula Martens* y que señala lo siguiente:

*“En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”*¹¹⁷.

Esta fórmula, verdadero paradigma de las consideraciones humanitarias en tiempos de guerra, y que persigue dar respuesta a los vacíos normativos, ha sobrevivido en el tiempo, por lo que suele considerarse uno de los principios fundamentales del derecho humanitario. Así, el Protocolo I de 1977, en su artículo 1.2, rescata dicha premisa de la siguiente manera:

“En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos

¹¹⁶ PEYTRIGNET, Gérard. Op. cit. p.152

¹¹⁷ Preámbulo de la Convención (II) de La Haya, de 29 de Julio de 1899.

establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.

Como se puede advertir, la remisión expresa, a los principios generales del *ius in bello*, realizada por la denominada *Cláusula Martens*, justifica del todo el estudio de aquellos principios que le dan su estructura y fundamento al derecho humanitario.

Los principios del Derecho Internacional Humanitario se pueden clasificar y agrupar de la siguiente manera¹¹⁸:

- Principios fundamentales.
- Principios comunes.
- Principios aplicables a las víctimas de los conflictos.(Ginebra)
- Principios propios del derecho de la guerra.

6.1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, representan la base sobre la cual, se erigen los restantes principios, que conforman la estructura misma de esta rama del Derecho Internacional.

En primer lugar cabe mencionar al denominado **Principio del Derecho Humano**, que tendría la siguiente manera de expresarse:

“Las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto de la persona humana”.

¹¹⁸ En esta parte se seguirá la clasificación reseñada por Jean Pictet, en su obra “Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario”, ya citada en este trabajo, y como consecuencia, todo lo que se reproduzca con letra cursiva pertenece al autor de la obra referida (p.71-91). Con esto se pretende evitar un elevado número de notas al pie de cada página.

La idea subyacente a este principio, no es otra que, la de reconocer un lugar común entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y supone concebir a una rama general que abarque a ambas disciplinas, con la finalidad de *avaluar un mínimo de garantías y de humanidad a todos los hombres, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.*

Ligado al principio anterior surge el **Principio del Derecho Humanitario**, el que se manifiesta así:

“ Las partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo ”.

Con este principio, lo que se busca en definitiva, es situar la conducción del conflicto armado en lo que debería ser su objetivo central: la derrota del enemigo, entendida tal pretensión, no, como un fin en si misma, sino como un medio para dar respuesta a la circunstancia que dio cabida a esta situación excepcional surgida entre los beligerantes, y que puso fin al estado normal de las cosas, esto es, la paz. De allí, que para cumplir con dicho objetivo militar, las partes en conflicto, más que desatar la barbarie en contra de su adversario, deben propender a lograr sus resultados infligiendo el menor sufrimiento posible a su oponente.

El Principio del Derecho Humanitario, a su turno, posibilita el nacimiento de dos principios más.

Por una parte está el llamado **Principio del Derecho de Ginebra**:

“Las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad”.

La exigencia de un trato humanitario, respecto de las víctimas de los conflictos armados, significa hacer un llamado a las partes beligerantes, a dar

cumplimiento, a un requerimiento de conducta que represente *el mínimo que debe recibir el individuo para llevar una existencia aceptable*.

El otro principio que deriva del denominado Principio del Derecho Humanitario, es aquel que dice relación con aquella rama del Derecho Internacional Humanitario llamada Derecho de La Haya, se trata del **Principio del Derecho de la Guerra**, el cual quedaría configurado de la siguiente manera:

“ El derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o los medios de guerra no es ilimitado ”.

Con esto se trata de limitar, e incluso prohibir, el uso de ciertas armas que pueden resultar excesivamente dañinas, no sólo para los combatientes, sino que también para los civiles que no participan en las hostilidades, o incluso con efectos permanentes sobre el medio ambiente. En tal sentido, el espíritu de este principio ha motivado la celebración de múltiples convenios que proscriben el uso de armas que, dada su peligrosidad, incluso pueden poner en riesgo la supervivencia humana.

6.2. PRINCIPIOS COMUNES

Estos principios representan un área común entre el denominado Derecho de Ginebra y el Derecho de los Derechos Humanos. Se trata de una serie de principios que reconocen un ideal común, en lo que se refiere a la protección de la dignidad humana.

El primero de estos principios de naturaleza común es el **Principio de Inviolabilidad**:

“ El individuo tiene derecho al respeto de su vida, de su integridad física y moral y de los atributos inseparables de la personalidad ”.

De este principio arrancan una serie de principios de aplicación:

1. *El hombre que cae en el combate es inviolable; el enemigo que se rinde salvará su vida.*

Esta noción básica, que dice estricta relación con el debilitamiento del enemigo, y no su exterminio, como objetivo a perseguir en el desarrollo de las hostilidades, es uno de los pilares de los Convenios de Ginebra. *Sólo se puede matar al soldado que pueda matar.*

Esta necesidad de amparar al combatiente que no es capaz de generar peligro a su adversario, ha sido recogido en distintas normas humanitarias, donde cabe destacar los siguientes preceptos del Protocolo I de 1977:

- art.41. Salvaguardia del enemigo fuera de combate. 1. Ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca, o atendidas las circunstancias, deba reconocerse que está fuera de combate;
- art.42. Ocupantes de aeronaves. 2. Al llegar a tierra en territorio controlado por una Parte adversa, la persona que se haya lanzado en paracaídas de una aeronave en peligro deberá tener oportunidad de rendirse antes de ser atacada, a menos que sea manifiesto que está realizando un acto hostil.

2. *Nadie será sometido a la tortura, física o mental, ni a castigos corporales o a tratos crueles o degradantes.*

La tortura, posee un largo prontuario en la historia de la humanidad. Desde, concebirla como medio útil para dirimir conflictos de índole judicial en la Edad Media, hasta método infalible, en décadas pasadas, para arrancar todo tipo de confesiones, por los distintos órganos de represión. Su uso (y abuso) ha develado lo cruel que puede llegar a ser el actuar del ser humano.

En la actualidad, la comunidad internacional posee un instrumento internacional, la Convención de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes, que se refiere exclusivamente a actos cometidos por autoridades del Estado o por personas que actúan a título oficial o por orden de éstas o con su consentimiento expreso o tácito.

3. *Se reconocerá a todos su personalidad jurídica.*

La esfera personal del individuo también requiere que se salvaguarde su actuar social, por lo que el ejercicio de los derechos civiles no puede ser desconocido del todo durante el desarrollo del conflicto bélico. Sin embargo, tratándose de una situación excepcional, en los *Convenios de Ginebra se incluye una reserva: el ejercicio de los derechos civiles puede de hecho reducirse, en la medida en que lo exija la cautividad.*

4. *Todos tienen derecho al respeto de su honor, de sus derechos familiares, de sus convicciones y, de sus costumbres.*

El artículo 75 del Protocolo I de 1977, se encarga de hacer una extensa enumeración de las denominadas “Garantías Fundamentales”, constituyendo una novedad en la regulación del Derecho Internacional Humanitario, y un progreso evidente, ya que a través de su regulación se establece una especie de miniconvención sobre garantías fundamentales.

En lo referente a las garantías enunciadas en el principio de aplicación en comento, las palabras sobran, pues se trata de garantías básicas, que aseguran la

dignidad del individuo, sin las cuales la esencia de lo humano desaparece, por lo menos en lo que dice relación a su parte espiritual y de convivencia básica.

5. *Toda persona que sufra será recogida y recibirá la asistencia que requiera su estado.*

Este anhelo, convertido hoy en principio, y en norma positiva, es el que dio inicio al movimiento humanitario, dentro de la sociedad contemporánea. Los sucesos de Solferino, marcaron el inicio de una senda que se vio fortalecida con el paso del tiempo, resultando innegable, hoy en día, el postulado que confirma que la acción humanitaria es fundamental en el transcurso de la guerra.

6. *Todos tienen derecho a conocer la suerte que corren los miembros de su familia y a recibir envíos de socorro.*

Sin duda, el contexto de una guerra, pone en una situación difícil, no sólo a los que participan directamente en ella, sino que también, a todos aquellos que se encuentren unidos por vínculos afectivos o familiares con los combatientes. De allí que, el sufrimiento y la desazón que supone todo conflicto armado, requiere dar respuesta a aquellas situaciones relacionadas con la desaparición o el fallecimiento de los miembros de las fuerzas beligerantes. Así, la sección tercera del Título II, del Protocolo I de 1977, en su artículo 32, reconoce “el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”, estableciéndose en los preceptos siguientes de la referida sección (arts.33 y 34) una serie de mecanismos destinados a dar con el paradero de las personas desaparecidas o fallecidas, destacando una

institución del Comité Internacional de la Cruz Roja, creado al efecto: la Agencia Central de Búsquedas.

En lo referente a las acciones de socorro, el citado Protocolo, desarrolla a su turno, las *disposiciones que favorecen la organización de las acciones internacionales de socorro, en caso de carestía, y el paso de los envíos. El personal de socorro será protegido (arts. 69-71).*

7. Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su propiedad.

Atendido el hecho de que, en la actualidad, la propiedad de bienes materiales define, muchas veces, la calidad de vida de los individuos, no es menor, ni resulta baladí la consagración de este principio.

El segundo principio común a tratar es el **Principio de no discriminación**, el que se puede retratar de la siguiente manera:

“Las personas serán tratadas sin distinción alguna fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o en otro criterio análogo”.

Lo que se pretende con este principio, es que la debida protección que merecen las víctimas de los conflictos armados, no se vea menoscabada, con lo que los Protocolos I y II de 1977, denominan “distinción de carácter desfavorable” (Preámbulo, art.75 y art.2 respectivamente). Con dicha expresión, los convenios humanitarios referidos, han querido poner de manifiesto que, existen situaciones y circunstancias, que admiten la introducción de distinciones, pero que en todo caso, no rompen con la igualdad subyacente en la no discriminación, de allí que se les

denomine “favorables”. *En el ámbito del derecho humanitario, son legítimas las distinciones que se fundan en el sufrimiento, el desamparo y la debilidad natural.*

El **Principio de seguridad**, es el tercer principio común que es posible identificar, entre el denominado Derecho de Ginebra y los derechos humanos, y que se encontraría plasmado en la siguiente afirmación:

“El individuo tiene derecho a la seguridad de su persona”.

La aplicación de este principio se encuentra en las siguientes consideraciones:

1. *Nadie será considerado responsable de un acto que no haya cometido.*
2. *Se prohíben las represalias, los castigos colectivos, la toma de rehenes y las deportaciones.*
3. *Todos se beneficiarán de las garantías judiciales usuales.*
4. *Nadie puede renunciar a los derechos que en los Convenios humanitarios se le reconocen.*

6.3. PRINCIPIOS APLICABLES A LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS (GINEBRA)

Estos principios dicen relación con el denominado Derecho de Ginebra, entendido como aquel derecho reunido básicamente en los Convenios de Ginebra, y que trata de la protección de las personas frente al abuso de la fuerza.

El primer principio a desarrollar es el **Principio de neutralidad**, que se expresa como a continuación se señala:

“ La asistencia humanitaria nunca es una injerencia en el conflicto”.

Con este principio, lo que se pretende es, por una parte, que la acción humanitaria no reciba oposición por parte de los beligerantes, en el sentido de que estos podrían argumentar que dicha acción sería constitutiva de un acto de injerencia, o peor aun, un acto de hostilidad. Por otra parte, lo que se busca es sustraer del conflicto armado a la acción humanitaria, asegurando así su sitial de agente ajeno a la beligerancia.

Por tanto, lo que se quiere con este principio, es recalcar que *el socorro aportado, incluso al enemigo, es siempre lícito y nunca es un acto hostil, una violación de la neutralidad.*

Diversas disposiciones humanitarias avalan este principio. El artículo 27, del Convenio (I) de 1949, al referirse a la asistencia humanitaria de una sociedad reconocida como neutral, “en ninguna circunstancia podrá considerarse este concurso como injerencia en el conflicto”. Por su parte, el Protocolo I de 1977, repite la fórmula, en el artículo 64, al señalar que la asistencia que presten los organismos humanitarios (organismos civiles de protección civil de los Estados neutrales u otros Estados que no sean Partes en conflicto y organismos internacionales de protección civil) “en ninguna circunstancia se considerará esta actividad como una injerencia en el conflicto. Finalmente, este mismo Protocolo, en su artículo 70, se encarga de precisar, al referirse a las acciones de socorro en favor de la población civil de una Parte en conflicto, que el ofrecimiento de acciones de carácter humanitario e imparcial, “no será considerado como injerencia en el conflicto ni como acto hostil”.

Los principios de aplicación que se derivan del principio de neutralidad son los siguientes:

1. *Como contrapartida de la inmunidad que se le otorga, el personal sanitario debe abstenerse de todo acto hostil.*

2. *Los miembros del personal sanitario están protegidos como profesionales de la medicina.*
3. *Nadie será obligado a dar informaciones acerca de los heridos y de los enfermos a los que preste asistencia, si ello puede causarles algún perjuicio.*
4. *Nadie será molestado ni castigado por haber prestado asistencia a heridos o a enfermos.*

Un segundo principio general, relativo a las víctimas del conflicto armado, es el **Principio de normalidad**, según el cual:

“Las personas protegidas deben poder llevar la vida más normal posible”.

Este principio pretende poner énfasis en la necesidad de distinguir la situación respecto de un combatiente capaz de provocar un daño a su oponente, respecto de aquel que no puede causar daño alguno. Así, para el combatiente que se encuentra prisionero, si bien no se le puede asegurar un trato que limite en lo confortable, lo que sí se le puede garantizar es que recibirá un trato normal, en lo que se refiere a condiciones de reclusión.

De este principio se deriva el siguiente principio de aplicación:

La cautividad de guerra no es un castigo, sino solamente un medio para que el adversario no pueda causar daños.

En tercer lugar encontramos el **Principio de protección**:

“El Estado debe asumir la protección, nacional e internacional, de las personas que tenga en su poder”.

Los principios de aplicación son los que siguen:

1. *El prisionero no está en poder de las tropas que lo han capturado, sino de la Potencia a la que éstas pertenezcan.*

2. *El Estado enemigo es responsable de la suerte que corren los prisioneros que guarda, así como de su manutención y, en país ocupado, del mantenimiento de la vida y del orden públicos.*
3. *Las víctimas de los conflictos serán provistas de un protector internacional tan pronto como ya no tengan un protector natural* ¹¹⁹.

6.4. PRINCIPIOS PROPIOS DEL DERECHO DE LA GUERRA

Con anterioridad, dentro de los principios fundamentales, se hizo referencia al Principio del Derecho de la Guerra (La Haya), el cual pone de manifiesto que “los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios para causar daños al enemigo”¹²⁰.

Ahora bien, de este principio fundamental, se derivan otros tres principios, que constituyen los principios propios del derecho de la guerra.

El primero de esos principios, es el **Principio de limitación “RATIONE PERSONAE”**:

“La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”.

Piedra angular del derecho humanitario, es precisamente aquel principio que subyace en todos los principios que hasta este momento se han señalado: el principio de distinción. Precisamente, este principio, es su dimensión personal, es el que se recoge en el principio que se está sometiendo a examen.

¹¹⁹ La referencia al “protector natural” dice relación con el Estado de origen. A su vez, el “protector internacional” es la Potencia Protectora y subsidiariamente, el Comité Internacional de la Cruz Roja.

¹²⁰ Art. 22 Convenio (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907.

Como se ha señalado con anterioridad, los conflictos armados, una vez desatados, deben propender al logro de su objetivo superior, cual es, la sumisión del adversario. Sin embargo, alcanzar tal estado, no puede significar una afectación indiscriminada de las personas que van a estar sometidas a los rigores de la beligerancia. Así, *el derecho de la guerra se basa en la distinción fundamental entre combatientes y no combatientes. Mientras que los primeros son, por excelencia, el objeto de la guerra, los segundos no deben ser implicados en las hostilidades y, a su vez, no tienen derecho a participar en ellas.*

El principio en comento, no es más que la repetición literal, de la norma del artículo 51 del Protocolo I de 1977, lo que no hace más que ratificar la idea de que este principio fundamental, otrora defendido desde las trincheras del derecho consuetudinario, cuenta desde fines de la década del 70 del siglo XX, con un canal de expresión de índole positiva.

Este principio, a su vez, encarna una serie de principios de aplicación:

1. *Las Partes en conflicto harán, en todo tiempo, la distinción entre la población civil y los combatientes, de manera que se salven la población y los bienes civiles*¹²¹.
2. *No serán objeto de ataques la población civil como tal ni las personas civiles, ni siquiera como represalias*¹²².
3. *Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil*¹²³.

¹²¹ Principio recogido en el artículo 48 del Protocolo I de 1977. Plantea la distinción entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y “objetivos militares”.

¹²² Artículo 51.6 Protocolo I de 1977.

¹²³ Artículo 51.2 Protocolo I de 1977.

4. *Las Partes en conflicto tomarán todas las precauciones a fin de salvar a la población civil y, por lo menos, para reducir al mínimo las pérdidas y los daños que se le podrían causar incidentalmente*¹²⁴.
5. *Unicamente los miembros de las fuerzas armadas tienen el derecho a atacar al enemigo y a resistirle*¹²⁵.

El segundo principio propio del derecho de la guerra es el **Principio de limitación “RATIONE LOCI”**:

“ Los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares ”.

Esta es la segunda vertiente del principio de distinción, al que se hizo referencia con anterioridad, se trata, esta vez, de la dimensión material de dicho principio, y persigue, básicamente, que la violencia militar sea dirigida contra los objetivos militares, idea que refuerza la noción de que se encuentran prohibidos todos aquellos actos de hostilidad que sean inútiles, porque o bien no reportan ninguna ventaja al atacante, o porque no están justificados por el fin de la guerra, esto es, el debilitamiento de las fuerzas militares del adversario.

Al efecto el artículo 52.2 del Protocolo I de 1977 otorga una definición de lo que se debe entender por objetivos militares: *“ aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida ”.*

A continuación se señalan los principios de aplicación:

¹²⁴ Artículos 57 y 58 Protocolo I de 1977.

¹²⁵ *Queda reservado el caso, muy excepcional, de “levantamiento en masa”, en el que la población de un territorio ocupado que tome las armas para combatir a las tropas de invasión será considerada como beligerante, si lleva las armas a la vista y si respeta las leyes y costumbres de la guerra.*

1. *Se prohíbe atacar localidades que no están defendidas*¹²⁶.
2. *No se dirigirá ningún acto de hostilidad contra los edificios dedicados a las ciencias y a la beneficencia, los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que son el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos.*
3. *Se prohíbe atacar las obras e instalaciones que puedan liberar fuerzas peligrosas para la población*¹²⁷.
4. *La población nunca será utilizada para proteger objetivos militares contra los ataques*¹²⁸.
5. *Los bienes civiles no deben ser objeto ni de ataques ni de represalias. Se prohíbe destruir o sustraer los bienes indispensables para la supervivencia de la población*¹²⁹.
6. *Se prohíbe el pillaje*¹³⁰.

Finalmente, encontramos el **Principio de limitación “RATIONE CONDITIONIS”**:

“Se prohíben a todos las armas y los métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos”.

Este principio está hoy recogido en el Título III del Protocolo I de 1977, específicamente en el artículo 35.2. Este Título, destinado a la regulación del desarrollo de las hostilidades, significó toda una novedad para el derecho humanitario, no sólo porque materias propias del Derecho de La Haya, esta vez, fueron tratadas en un instrumento propio del Derecho de Ginebra, sino que,

¹²⁶ Artículo 59 Protocolo I de 1977.

¹²⁷ Artículo 56 Protocolo I de 1977. Se refiere a los embalses, los diques y a las centrales nucleares de energía eléctrica.

¹²⁸ Artículo 51.7 Protocolo I de 1977.

¹²⁹ Artículos 52.1 y 54.2 respectivamente del Protocolo I de 1977.

¹³⁰ Art. 33.2 Convenio (IV) de Ginebra, de 12 de agosto de 1949.

también, porque se entró a regular cuestiones que hasta ese momento, sólo habían sido reguladas a fines del siglo XIX y a principios del siglo XX.

En este principio, *la norma es de otra naturaleza: ya no se trata de salvar solamente a las personas que no participan en las hostilidades; se trata de evitar, también a los combatientes, males inútiles o sufrimientos que sobrepasan lo que es necesario para poner al adversario fuera de combate.*

Como se señaló en el apartado destinado a dar cuenta del proceso de codificación de la normativa humanitaria, recién en la década del 60 del siglo XX, la comunidad de Estados mostró un interés creciente por retomar el trabajo destinado a proveer a los medios de guerra de una noción humanitaria acorde con los avances tecnológicos. Ya no se trataba de cuestionar la idoneidad militar de las balas explosivas o *dum dum*, que se agrandan en el cuerpo, sino que se trataba, además, de hacer frente a métodos de guerra particularmente perversos, nocivos, de alto impacto ambiental o de un alto costo en vidas humanas. Fruto de dicho interés, conocieron la luz, una serie de instrumentos internacionales (ver sección 3.1.), que respondieron a esta necesidad de poner coto al ingenio militar humano, por lo menos, respecto de aquellos métodos que resultaban especialmente peligrosos para la supervivencia humana.

Es así, como el principio enunciado abarca, y por tanto prohíbe, armas inútilmente crueles, indiscriminadas, y aquellas que impliquen métodos de guerra total.

Los principios de aplicación son los siguientes:

1. *Se prohíben los ataques indiscriminados*¹³¹.

¹³¹ Artículo 51.4 Protocolo I de 1977.

2. *Se prohíben las armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista*¹³².
3. *Se velará por respetar el medio ambiente natural*¹³³.
4. *Se prohíbe utilizar contra las personas civiles el hambre como método de guerra*¹³⁴.
5. *Se prohíben los actos de guerra basados en la traición o en la perfidia*¹³⁵.

Como es posible advertir, la clasificación recién expuesta, tiene la virtud de proporcionar una explicación sucinta y acabada, acerca de las principales directrices que están detrás de la normativa humanitaria, lo que permite, por su parte, entrar al conocimiento de esta disciplina, de una manera más simple y expedita, en relación, a un estudio exegético y pormenorizado de las más de 600 disposiciones de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos Adicionales respectivos, representando, por tanto, el estudio de estos principios fundamentales, una excelente modalidad de aprendizaje y promoción del Derecho Humanitario, convirtiéndose de esta manera, en un verdadero canal, para dar cumplimiento a uno de los requerimientos prioritarios perseguido por las organizaciones humanitarias, cual es, la difusión del Derecho Humanitario en las amplias esferas de la sociedad civil, para así, ir generando mejores condiciones sociales para fomentar el cumplimiento de dicha normativa.

¹³² Artículo 57.2 a) iii) Protocolo I de 1977.

¹³³ Artículos 35.3 y 55 Protocolo I de 1977.

¹³⁴ Artículo 54.1 Protocolo I de 1977.

¹³⁵ Artículo 37 Protocolo I de 1977.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO¹³⁶

Las normas que conforman el Derecho Internacional Humanitario, están pensadas y tiene por fin, ser aplicadas en conflictos armados, esto es, en episodios de particular violencia, donde las partes en conflicto, por vía armada, persiguen la consecución de un objetivo militar específico, que pasa, necesariamente, por la sumisión del adversario, situación que deja en situación vulnerable, desde un punto de vista humanitario, no sólo a los que participan activamente en las hostilidades, sino que, mayoritariamente, coloca en un estado de desprotección, a los grupos civiles.

Precisamente, para dotar de protección a los grupos vulnerables (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, civiles, etc.) mediante distintos mecanismos de aplicación e implementación de las normas humanitarias, (que van desde aquellos mecanismos que atendida su naturaleza podrían ser calificados de preventivos, hasta aquellos mecanismos que revisten un carácter sancionador) es que la comunidad internacional ha promovido, a lo largo de una historia llena de precedentes bélicos, un sistema normativo capaz de rescatar un mínimo de humanidad, en hechos que por su propia estructura de violencia y odio, hacen perder el parámetro de lo racional, que supuestamente es lo que caracteriza al género humano.

¹³⁶ En esta parte se hará especial referencia a lo que suele denominarse el derecho humanitario en su sentido estricto, esto es, el que corresponde a aquella parte denominada *Derecho de Ginebra*, de allí que el análisis que se haga de la normativa aplicable, del ámbito de aplicación y de su contenido, van a estar relacionados con los principales instrumentos internacionales vigentes en la actualidad, a saber, los Convenios de Ginebra de 1949, y sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

Ahora bien, no todo acto de violencia armada –por irracional que sea- se va a situar en el ámbito de aplicación propio del Derecho Internacional Humanitario. Como normativa de excepción que es, la normativa humanitaria, en lo referente a su aplicación depende básicamente del acaecimiento de una situación que rompa con la paz entre dos o más Estados, es decir, un conflicto armado de carácter internacional, o bien, de una situación de conflicto armado interno, calificada por una serie de circunstancias objetivas, que impiden la normal aplicación de la esfera propia del derecho interno del Estado afectado por el conflicto bélico.

Es así, como el Derecho internacional Humanitario, se clasifica, desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, en:

1. Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados de carácter internacional.
2. Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados *sin* carácter internacional.

Esta distinción deriva, básicamente, de las distintas disposiciones relacionadas con la aplicación, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y de sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

Sin perjuicio de la importancia práctica que reviste esta clasificación, particularmente por las distintas situaciones que quedan cubiertas e instituciones que participan, de acuerdo a si se trata de un conflicto de índole internacional o sin este carácter, es preferible, para efectos de analizar los efectos protectores de la normativa humanitaria, atender a aquella clasificación que divide el ámbito de aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en:

- Ámbito de aplicabilidad situacional (*ratione situationis*)
- Ámbito de aplicabilidad temporal (*ratione temporis*)
- Ámbito de aplicabilidad personal (*ratione personae*)¹³⁷

7.1. ÁMBITO DE APLICABILIDAD SITUACIONAL (RATIONE SITUATIONIS)

De acuerdo a este criterio, la aplicación directa y formal de las reglas humanitarias, va a depender de la situación en que se desenvuelva el conflicto armado. Así, es posible distinguir cuatro situaciones específicas:

- Conflicto armado internacional.
- Conflicto armado sin carácter internacional.
- Disturbios internos.
- Tensiones internas.

En el primer caso, esto es, en los **conflictos armados internacionales**, las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario son directamente aplicables e invocables, precisamente, porque han sido este tipo de conflictos, los que han motivado la creación y el desarrollo del derecho humanitario en general. Así, los principales instrumentos internacionales humanitarios destacan que el ámbito de aplicación de los mismos, queda definido por las siguientes situaciones, todas asimilables y por tanto tributarias del concepto de conflicto armado internacional:

¹³⁷ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos...Op. cit. (Capítulo IV)

1. Guerra declarada entre dos o más Estados.
2. Conflictos armados entre dos o más Estados, aunque el estado de guerra no haya sido reconocida por alguna de las partes.
3. Ocupación total o parcial del territorio de un Estado Parte.
4. 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.

La primer hipótesis de conflicto armado internacional, reconocida en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, dice relación con aquella situación, que bien podría denominarse “tradicional” desde el punto de vista de la forma adoptada por los enfrentamientos bélicos, esto es, la *guerra declarada*, la que podría definirse como una contienda militar entre Estados, de carácter expansivo, que tiene por objeto vencer al enemigo y exponerlo a la derrota.

La segunda de las situaciones que conforman el concepto de conflicto armado internacional, está vinculado a todos aquellos enfrentamientos bélicos en donde las Partes, sin reconocer el estado de guerra, desarrollan actos capaces de ser considerados como conflictos armados interestatales.

El supuesto, que sirve de base a esta hipótesis (residual a primera vista, general en la práctica) dice relación con la calificación jurídica del conflicto que se esté desarrollando, la que si quedara a disposición de las Partes en conflicto, muchas veces, podría ser desperfilada por las mismas, ya sea porque pretenden sustraerse de la aplicación de la normativa humanitaria y sus consecuencias, ya sea por razones de índole política que aconsejen encubrir el estado de guerra entre naciones.

Previnendo tal situación, y también, teniendo en cuenta situaciones del pasado, donde muchos de los convenios humanitarios de la primera mitad del siglo XX no tuvieron posibilidad de ser esgrimidos en razón de que las Partes desconocían el estado de guerra (por ejemplo en la guerra de Manchuria, ya citado con anterioridad), es que la norma del artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se encargó de dejar en claro, que las normas humanitarias serían aplicadas a dichos supuestos, *aunque el estado de guerra no haya sido reconocida por alguna de ellas*, privando así a los beligerantes de la posibilidad de mantenerse al margen de sus disposiciones.

La tercer situación comprendida dentro de los conflictos internacionales de carácter internacional, es aquella relacionada con actos de ocupación, total o parcial, del territorio de alguna de las Partes de los convenios humanitarios. Lo destacable de esta parte del artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, es que la norma extiende el concepto de conflicto armado a hipótesis, en donde incluso puede que no tenga lugar enfrentamiento alguno, ya que la disposición en comento, considera igualmente un conflicto armado internacional la ocupación territorial que haya operado *sin resistencia militar*.

La cuarta situación que es susceptible de ser calificada como conflicto armado internacional, es aquella confrontación bélica, que tiene lugar como consecuencia de las denominadas guerras de liberación nacional. En este caso se trata de situaciones de conflicto armado, que persiguen alcanzar la independencia política, y que poseen como resorte el derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, todo esto de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1 del Protocolo I de

8 de junio de 1977. Esta disposición supone una de las grandes innovaciones del Protocolo referido, en relación con la regulación anterior, y representa la victoria de los nuevos Estados en la Conferencia especialmente interesados en que este tipo de conflictos tengan el carácter internacional por todas las consecuencias que ello comporta.

Con este tipo de consideraciones, es posible sostener que el concepto de conflicto armado internacional, dado su extensión, y bajo los supuestos consagrados por los actuales instrumentos internacionales humanitarios vigentes, es más amplio que el concepto clásico de guerra, por lo que su ámbito de aplicación es mucho mayor.

Tratándose de los **conflictos armados sin carácter internacional**, cabe señalar que respecto de ellos, la normativa internacional humanitaria, también, resulta aplicable de manera directa, ello como consecuencia de un proceso de incorporación de este tipo de conflictos en el ámbito normativo del Derecho Internacional Humanitario, representando tal iniciativa, una extensión considerable y gradual del ámbito de aplicación del derecho humanitario.

El primer paso, en este sentido, fue dado por los Convenios de Ginebra de 1949, instrumentos que en una norma común, el artículo 3, consagraron lo que fue denominado en su tiempo como una verdadera “miniconvención” inserta en los convenios, que recepcionaba el anhelo de los organismos humanitarios, por extender la correspondiente ayuda, a aquellos conflictos, que muchas veces, por su carácter fratricida, podían causar, incluso, mayores sufrimientos, que las contiendas de carácter internacional.

El Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, significó el paso superior, en este camino de ascenso en cuanto a

brindar protección humanitaria a las víctimas de los conflictos bélicos internos, puesto, que el referido artículo 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949, resultó ser insuficiente, no ya sólo en contenido sino también como derecho aplicable a la mayoría de los conflictos armados que se han producido en la sociedad internacional, con posterioridad a 1945, y que se han revelado como especialmente mortíferos y crueles.

El artículo 1, del Protocolo II de 1977, se encarga de definir y acotar el ámbito de aplicación de dicho convenio, conceptualizando a los conflictos armados internos, como aquellos “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 presente Protocolo”.

En lo que respecta a la situación de los **disturbios interiores**, ha sido el propio artículo 1.2 del Protocolo II de 1977, el que se ha encargado de descartar su aplicación respecto de estas situaciones de hecho, por lo que no cabría asimilar este tipo de situaciones con un conflicto armado interno.

El disturbio interno ha sido definido, como aquella situación en donde *sin que haya conflicto armado no internacional propiamente dicho, hay, dentro de un Estado, un enfrentamiento que represente cierta gravedad o tensión que implique actos de violencia. Estos actos pueden ser en formas variables, desde actos espontáneos de rebelión, hasta la lucha entre sí de grupos más o menos organizados o contra las Autoridades que están en el poder. En tales situaciones, que no necesariamente degeneran en una lucha abierta en la que se enfrentan dos partes bien identificadas (conflicto armado no internacional), las Autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales incluso a fuerzas armadas, para*

*restablecer el orden, ocasionando con ello muchas víctimas y haciendo necesario la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias*¹³⁸.

A su turno, tratándose de una situación de **tensión interna**, no se modifica el criterio arriba mencionado, en el sentido, de que es el mismo Protocolo II, el que expresamente margina a este tipo de situación del ámbito de aplicación propio de los conflictos armados sin carácter internacional, por lo que tampoco pueden homologarse con éstos.

Se ha dicho, que las tensiones internas corresponden a una situación de violencia interna de rango inferior, donde los enfrentamientos resultan más bien esporádicos que habituales, y *típicamente tienen una o más de las siguientes características: una gran escala de arrestos; un gran número de prisioneros políticos; la posible existencia de un maltrato o de condiciones de detención inhumanas; la suspensión de garantías judiciales fundamentales y las demandas por desapariciones*¹³⁹.

Con todo, si bien es cierto que tanto los disturbios internos como las tensiones internas, no son situaciones equiparables a los conflictos armados sin carácter internacional, por lo que una aplicación directa de la normativa internacional humanitaria no resulta posible, no menos cierto es que, atendido el grado de violencia que pueden desatar, son episodios que requieren de protección. Esta necesidad, es la que alimenta la idea de buscar en las nociones básicas del derecho humanitario, una vía para prestar el socorro humanitario, en situaciones de particular vulnerabilidad para el individuo, por lo que se podría concluir que *los principios fundamentales de los Convenios de Ginebra pueden servir de modelos de procedimientos jurídicos o inspirar la elaboración de las normas aplicables, de*

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ GOLDMAN, Robert. Estudios Básicos de Derechos Humanos I. San José C.R., I.I.D.H., 1994, p.91

*tal modo que se justifica hablar de la aplicabilidad por analogía e incluso de la aplicabilidad indirecta del Derecho Internacional Humanitario en ambas situaciones*¹⁴⁰, ello sin perjuicio de la aplicación que se pueda hacer de los convenios vigentes sobre derechos humanos.

7.2. ÁMBITO DE APLICABILIDAD TEMPORAL (RATIONE TEMPORIS)

El Derecho Internacional Humanitario, como derecho de excepción que es, contiene una serie de disposiciones que limitan su ámbito de aplicación en el tiempo. En tal sentido, es posible distinguir tres grupos de reglas contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949:

- a) Reglas directamente vinculadas al inicio y al término de las hostilidades, y que por tanto, gozan de aplicabilidad durante la vigencia del conflicto armado.
- b) Reglas, concebidas por las Partes, de aplicación permanente.
- c) Reglas condicionadas al cumplimiento de un objetivo determinado.

Dentro del primer grupo de reglas, cabe señalar, que está la mayor parte de las normas que conforman el derecho humanitario, y que por tanto, su aplicabilidad, en lo que se refiere a su inicio, coincide con la época en que se desata el conflicto armado, y donde el fin de las hostilidades, representa el hito que pone término a la aplicación normativa de excepción.

La norma general, a este respecto, está contenida en el artículo 3 del Protocolo I de 1977.

¹⁴⁰ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos...Op. cit. (Capítulo IV N°1)

Por otra parte, y siempre en este primer grupo de reglas, resulta interesante destacar el carácter objetivo que proporciona este acotamiento del ámbito de aplicación temporal de la normativa humanitaria, en razón de que la sola existencia de hostilidades, cualesquiera que sea la calificación que hagan las Partes, en cuanto a la naturaleza del conflicto, *implica el compromiso de las partes de aplicar las normas humanitarias hasta el término de las mismas en forma activa entre ellas*¹⁴¹.

En lo que dice relación al segundo grupo de reglas antes mencionadas, cabe señalar, que a diferencia de las reglas precedentemente expuestas, éstas están pensadas para ser aplicadas en forma permanente, desde la entrada en vigencia misma de los convenios humanitarios.

Se trata de un conjunto de normas que apuntan a obligaciones asumidas por los Estados, y que no están vinculadas directamente con el desarrollo de las hostilidades, son las denominadas normas u obligaciones preventivas del derecho humanitario, y que están relacionadas básicamente con el deber de difusión y enseñanza de las normas y principios humanitarios, respecto de aquellos sujetos que podrían padecer de la ignorancia de la materia. Así, los cuatro Convenios de Ginebra (artículos 47, 48, 127 y 144) prevén la obligación de difundir lo más ampliamente posible su texto, “en tiempos de paz y en tiempos de guerra”.

Por último, y en lo referente, a aquel conjunto de reglas cuya aplicación temporal está condicionada por la consecución de un objetivo específico, cabe destacar el caso, de aquellas normas vinculadas con las actividades desarrolladas por la Agencia Central de Búsquedas, la que ciertamente no podría llevar a cabo su cometido de preservar los vínculos sociales y familiares de las víctimas de los conflictos armados, si no contará con la habilitación expresa de continuar con su

¹⁴¹ Ibid.Nº2

trabajo, no obstante el cese de las hostilidades, por lo que requiere, atendido su objeto, de un régimen jurídico que no desaparezca al fin de las hostilidades. (artículos 122 y 123 del Convenio (III) de Ginebra de 1949, y artículos 33 y 34 del Protocolo I de 1977).

7.3. ÁMBITO DE APLICABILIDAD PERSONAL (RATIONE PERSONAE)

Toda confrontación bélica, trae consigo miseria y destrucción, particularmente en los territorios donde se desarrolla la acción bélica. Dicho escenario, como es fácil comprender, deja en una situación vulnerable, a un buen número de individuos, ya sea porque participan directamente en las hostilidades, ya sea porque han sido afectados en forma inmediata por el conflicto armado.

Así, el tratamiento del ámbito de aplicabilidad personal del Derecho Internacional Humanitario, requiere previamente abordar el concepto de *víctima*, desde la perspectiva de la normativa humanitaria.

Aunque esta palabra tenga un significado que la relaciona semánticamente con consideraciones de índole ética, dándole un sentido en el que aparece la persona como objeto de una coacción, los Tratados de Ginebra utilizan este concepto como un término técnico... Así el término no conlleva en los tratados de Ginebra ninguna clase de juicio moral o ético, sino que tan sólo se refiere a una característica de facto de la persona, como protegida por los regímenes jurídicos que rigen las diferentes situaciones de aplicabilidad personal en un conflicto bélico¹⁴².

¹⁴² Ibid. N°3

Con este tipo de consideración previa, es posible sostener que el concepto de víctima, desde el punto de vista de los convenios humanitarios, está relacionado con aquellos individuos que han sufrido una afectación real, a consecuencia del desarrollo del conflicto armado, resultando, además, extensivo a aquellos que no han sido afectados directamente por la acción bélica de los beligerantes, existiendo eso sí, respecto de ellos una situación potencial de afectación.

Con todo, cabe destacar, que a diferencia de lo que ocurre con los instrumentos internacionales pertenecientes al sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los convenios humanitarios, si bien es cierto que los beneficiarios directos de sus disposiciones, son los individuos, es decir la persona humana y su dignidad, estos no gozan, en general, de una titularidad que permita sostener su calidad de sujetos ante el Derecho Internacional. *Del Derecho Internacional Humanitario se benefician las víctimas del conflicto armado que participan en el mismo, como heridos, enfermos náufragos, combatientes y prisioneros de guerra, pero también las que directamente no participan en tal conflicto armado, como la población civil. Sin embargo, esto no significa que la persona humana sea el sujeto sino el objeto de este sistema jurídico especial*¹⁴³.

Lo anterior, no es más que la consecuencia natural de un sistema basado en normas y principios establecidos en favor de la persona humana (lo que lo hace semejante al sistema de los derechos humanos), pero que no contempla la posibilidad de que el individuo, como tal, actúe, ni ejerza una acción tendente a lograr la protección brindada por la normativa humanitaria. *Esta situación corresponde a la naturaleza misma del sistema, la cual se fundamenta más en las prohibiciones de comportamiento a cargo de los órganos estatales (o de las partes*

¹⁴³ CAMARGO, Pedro. Op. cit. p.29

*en conflicto) que en la posibilidad del individuo protegido de accionar, por su propia cuenta, los mecanismos de protección*¹⁴⁴.

Los convenios que forman parte del Derecho Internacional Humanitario, particularmente, de aquella vertiente denominada *Derecho de Ginebra*, establecen un régimen de protección de las víctimas de los conflictos armados, según distintos criterios, y que obedece a un sistema construido sobre la base de categorías principales de víctimas.

Así, es posible distinguir estas categorías en los distintos convenios tal como se presenta a continuación:

- a) Convenio (I) de Ginebra de 1949, cuya categoría principal de víctimas a proteger, son los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- b) Convenio (II) de Ginebra de 1949, cuya categoría principal de víctimas a proteger, son los heridos, los enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- c) Convenio (III) de Ginebra de 1949, cuya categoría principal de víctimas a proteger, son los prisioneros de guerra.
- d) Convenio (IV) de Ginebra de 1949, cuya categoría principal de víctimas a proteger, son las personas civiles en tiempos de guerra.

Por otra parte, dentro de estas categorías principales, también, es posible encontrar categorías particulares de individuos amparados por los convenios humanitarios, atendida la condición de estos, o bien tomando en consideración la circunstancia propia que los expone a los conflictos armados. Se trata, de una protección reforzada, en relación, a la protección otorgada a los sujetos cubiertos por la categoría principal.

¹⁴⁴ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos...Op. cit. (Capítulo IV N°3)

En este sentido, es posible identificar dentro del Convenio (I)¹⁴⁵ y del Convenio (II)¹⁴⁶, una protección reforzada, respecto del personal sanitario y religioso. En el Convenio (III)¹⁴⁷, por su parte, reciben una protección especial, las mujeres y los menores de edad, y en el Convenio (IV)¹⁴⁸, por último, la referida protección particular, encuentra como beneficiarios a las mujeres, los niños, los refugiados y los apátridas.

7.4. BIENES EN SITUACIÓN PARTICULAR DE PROTECCIÓN

Un aspecto que resulta necesario destacar, desde el punto de vista del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es que la protección brindada a los grupos vulnerables, esto es, a las víctimas de los conflictos armados, también se hace extensiva a un cierto grupo de bienes que pueden verse afectados (real o potencialmente) por el desarrollo de las hostilidades. *Esta protección no tiende a constituir una protección a ciertas categorías de bienes para asegurar el funcionamiento normal de las actividades económicas durante el conflicto. Al contrario, esta protección se fundamenta en la convicción de que es necesario poner fuera de los efectos de las hostilidades a ciertos bienes indispensables para la supervivencia de las personas protegidas y para la realización de las reglas de protección personal*¹⁴⁹.

Bajo esta perspectiva, estos bienes, verdaderos beneficiarios del derecho humanitario, pueden clasificarse, de acuerdo al siguiente criterio:

¹⁴⁵ Artículos 24, 25, 26, 27 y 28 Convenio (I) de Ginebra de 1949.

¹⁴⁶ Artículos 36, 37 y 42 Convenio (II) de Ginebra de 1949.

¹⁴⁷ Artículos 14, 16, Convenio (III) de Ginebra de 1949.

¹⁴⁸ Artículos 24, 27, 44 y 70 Convenio (IV) de Ginebra de 1949.

¹⁴⁹ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos...Op. cit. (Capítulo IV N°4)

1. Bienes de índole sanitaria.
2. Bienes de carácter civil.
3. Zonas neutralizadas o desmilitarizadas.

7.4.1. BIENES BENEFICIARIOS DE ÍNDOLE SANITARIA

De acuerdo a lo señalado con anterioridad, la protección de los bienes, se desarrolla en función de la protección que se otorga a los grupos de personas que de esos bienes deben beneficiarse.

En este sentido, y volviendo la mirada a los orígenes del derecho humanitario, cabe recordar que el primer grupo vulnerable cuya protección urgía establecer, es aquel que estaba expuesto directamente a los rigores del combate, de allí que la protección de los heridos y de los enfermos militares, necesariamente debía conllevar la protección de aquellos bienes destinados a atender a las víctimas, por lo que no es de extrañar, que esta clase de bienes haya sido el primero en obtener el reconocimiento positivo, en cuanto a su inmunidad frente a los ataques.

Así, desde los primeros convenios humanitarios, la mención de estos bienes nunca quedó fuera de las consideraciones humanitarias, y en la medida que la codificación progresaba, paralelamente, se detallaba y ampliaba la protección.

Los Convenios de Ginebra de 1949, y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, hacen expresa mención al grupo de bienes que deben ser respetados y protegido por las Partes contendientes. En este sentido destacan, las unidades sanitarias, esto es, todos los edificios y establecimientos fijos o móviles como

hospitales, centros de transfusión de sangre, almacenes de material sanitario, hospitales de campaña, así como, los medios de transporte sanitarios¹⁵⁰.

7.4.2. BIENES BENEFICIARIOS DE CARÁCTER CIVIL

Los bienes civiles no destinados a fines sanitarios, no fueron objeto de protección en gran parte del período que comprendió el denominado derecho clásico de la guerra. La vertiente del llamado *Derecho de Ginebra*, no prestó mayor interés a esta categoría de bienes, sino hasta los Convenios de 1949.

Con anterioridad, instrumentos del denominado *Derecho de La Haya*, indirectamente acusaron cierta preocupación por esta clase de bienes, ya sea cuando limitaban el derecho de los beligerantes, en lo relativo, a la elección de los medios para dañar al enemigo¹⁵¹, ya sea cuando se trataba el comportamiento de las autoridades de ocupación, en lo referente al debido trato para con las personas y los bienes que están en el territorio ocupado¹⁵².

Precisamente, el contenido y el germen de principio de distinción, que contenían estas reglas del *Derecho de La Haya*, fueron las que terminaron por incorporarse a los Convenios de Ginebra de 1949.

Sin embargo, la norma fundamental, que terminaría por consagrar la protección de los bienes civiles, consolidando definitivamente el principio de distinción en su ámbito material, es aquella disposición contenida en el artículo 48 del Protocolo I de 1977 que señala:

¹⁵⁰ Art. 19-22, 35-37 Convenio (I) de Ginebra de 1949; Arts. 22-35 y 38-40 Convenio (II) de Ginebra de 1949; Arts. 8-14, 21-31 del Protocolo I de 1977.

¹⁵¹ Arts. 23, 25, 27 y 28 Convenio (IV) de La Haya de 1907.

¹⁵² Arts. 46, 47 y 56 Convenio (IV) de La Haya de 1907.

“A fin de garantizar el respeto y la protección civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

Por otra parte, complementando la norma recién anotada, y consagrando el principio de inmunidad de los bienes civiles, encontramos lo preceptuado por el artículo 52 del Protocolo Adicional referido, el cual parte declarando la absoluta protección de los bienes civiles, señalando “Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias”, para luego precisar que se entenderá por bienes civiles “todos los bienes que no son objetivos militares”. Luego, en su parte segunda, la norma en comento, señala que *“los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción parcial o total, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”*.

Sin embargo, hay que tener presente, que *el carácter específico de las restricciones impuestas a la conducta de los beligerantes como consecuencia de estas normas implica una cierta complejidad a la hora de su aplicación, de manera que será necesario incidir en los mecanismos dirigidos a asegurar su respeto durante el desarrollo de las hostilidades, lo que exigirá disponer de personal adecuado a la hora de adoptar decisiones concretas en la planificación y ejecución de las operaciones militares*¹⁵³.

Cabría agregar, que la protección respecto de bienes civiles, entendidos estos en el carácter residual reseñado, también alcanza a aquellos bienes que aseguran la

¹⁵³ URBINA, Julio. Op. cit. p.145

supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimentarios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego¹⁵⁴.

Por otra parte, y esta vez enfocando la protección de la población civil, contra ataques que podrían resultar catastróficos, las normas humanitarias se encargan de proscribir la destrucción de obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, como las represas, los diques, y las centrales nucleares de energía eléctrica¹⁵⁵. También, se exhorta a los beligerantes, a que, en la conducción de las hostilidades se tenga un especial cuidado, a objeto de velar por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves¹⁵⁶.

Finalmente, la protección humanitaria, respecto de los bienes civiles, también abarca a aquellos objetivos destinados a satisfacer las necesidades espirituales del hombre. En este sentido, cabe recordar al Protocolo de La Haya, de 14 de mayo de 1954, sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Por su parte, el Protocolo I de 1977, en su artículo 53, también rescata esta idea, al consagrar la protección de los bienes culturales y de los lugares de culto, considerando que dichos bienes o lugares “constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos”.

7.4.3. ZONAS NEUTRALIZADAS O DESMILITARIZADAS

Para concluir este exámen de bienes o lugares, particularmente protegidos por el derecho humanitario, cabe mencionar, que los convenios humanitarios, han

¹⁵⁴ Artículo 54.2 Protocolo I de 1977.

¹⁵⁵ Artículo 56 Protocolo I de 1977.

¹⁵⁶ Artículo 55 Protocolo I de 1977.

contemplado la necesidad de contar con ciertas zonas y localidades inmunes de ataques militares, ya sea para dar refugio a los heridos, los enfermos, ya sea para brindar una debida protección a las personas civiles que no participan en las hostilidades. En tal sentido, el Convenio (I) de Ginebra de 1949, en su artículo 23, hace suyo este reclamo, contemplando la creación de zonas y localidades sanitarias organizadas, con objeto de poner a resguardo de los efectos de la guerra, a heridos, enfermos y al personal sanitario y administrativo encargado de dichas zonas.

Con idéntico propósito, pero esta vez buscando la seguridad de la población civil, el Convenio (IV) de Ginebra de 1949, en su artículo 15, también contempla la posibilidad de crear zonas neutralizadas.

Por otra parte, los artículos 59 y 60 del Protocolo I de 1977, se encargan de establecer las condiciones par dar lugar a *localidades no defendidas* y *zonas desmilitarizadas*, respectivamente.

En todos estos casos, la designación de las zonas y localidades neutralizadas, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, va a ser objeto de una concertación entre las Partes contendientes.

8. PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Los tratados deben cumplirse de buena fe. La vieja fórmula del *Pacta sunt servanda*, constituye el principio general, que inspira el cumplimiento de toda norma convencional, lo que tiene un significado concreto en la práctica: las partes en un tratado están obligadas a su cumplimiento.

No obstante, el universal reconocimiento de este principio, los codificadores del derecho humanitario contemporáneo, estimaron hacer explícito este propósito, y

es así, como el artículo 1 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y el artículo 1.1. del Protocolo Adicional de 1977, consagraron la siguiente disposición:

“ La Altas Partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio¹⁵⁷ en todas circunstancias”.

Sin embargo, una mirada atenta a esta norma, permite establecer, que no se trata simplemente de una reiteración del principio más arriba reseñado, ya que *la referencia a un cumplimiento “en toda circunstancia” resalta su carácter general e imperativo, cerrando caminos a los pretextos que pudieran servir para justificar el incumplimiento. Que la guerra sea justa o injusta es irrelevante, como también lo son las violaciones que se imputen a otra partes en conflicto. El cumplimiento de las obligaciones del Derecho Internacional Humanitario no está basado en la reciprocidad ni condicionado, por tanto, al cumplimiento por las otras partes; se trata de obligaciones incondicionales erga omnes*¹⁵⁸.

Por otra parte, la instauración de la obligación *de hacer respetar* los instrumentos humanitarios, convierte a todas las partes en responsables y garantes de su cumplimiento, cuestión, que como se verá a continuación, dota al sistema de particulares características, en lo que dice relación a las medidas tendentes a su implementación, ya que, supone una preparación adecuada y oportuna de las partes, en lo referente a los distintos procedimientos de aplicación de la normativa humanitaria.

¹⁵⁷ En el caso del Protocolo I de 1977, como es evidente, en lugar de la palabra “Convenio”, se señala la palabra “Protocolo”.

¹⁵⁸ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p.993

Es así, que con el objeto de llevar a la práctica las disposiciones del derecho humanitario, es posible distinguir, tres tipos distintos de medidas o procedimientos de aplicación de las mismas:

- Medidas preventivas.
- Medidas de control.
- Medidas represivas.

Cabe destacar, que todas estas reglas de aplicación, suponen desde luego, la adopción de *medidas de implementación nacional*, que posibiliten la consecución de cada una de ellas. *Se trata de medidas nacionales de aplicación que cada Estado tiene la obligación general de tomar al ratificar un tratado dentro del marco general del respeto a sus obligaciones internacionales, para no exponerse a los efectos de la sanción prevista por los procedimientos de la responsabilidad internacional en la materia*¹⁵⁹.

Así, en los distintos instrumentos internacionales humanitarios, abundan disposiciones relativas a estas medidas de implementación que los Estados Partes de estos convenios deben adoptar, para con esto, posibilitar el cumplimiento adecuado de las obligaciones asumidas.

Este tipo de medidas de aplicación del derecho humanitario, requieren, por regla general, ser aplicadas principalmente en tiempos de paz, toda vez que la adopción de las mismas, representa el primer paso para conseguir el objetivo perseguido por cada una de las disposiciones humanitarias.

En el Convenio (I) de Ginebra de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, este tipo de medidas de implementación nacional, es posible reconocerlas en diversas normas: cuando se

¹⁵⁹ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos...Op. cit. (Capítulo V N°1)

trata de la instauración de zonas y localidades sanitarias (art.23); en lo relativo a la protección del personal de las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y de las demás sociedades de socorro reconocidas (art.26); en la limitación del empleo del signo de la Cruz Roja y sus excepciones (art.44); en la obligación de difusión del Convenio (art.47); en la represión de abusos e infracciones, sanciones penales y sus generalidades (art.49); en las normas relativas al abuso del signo distintivo de los organismos humanitarios (art.53) y aquellas destinadas a prevenir dicho abuso (art.54).

En el Convenio (II) de Ginebra de 1949, destinado a mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, este tipo de medidas también se las contempla en distintas normas: en la definición de las personas protegidas, lo que supone una determinación, por parte de la legislación doméstica, en cuanto a explicitar qué personas forman parte de las Fuerzas Armadas (art.13); en la determinación de las características de los buques hospitales (arts. 22, 24 y 25); en la determinación de las tarjetas de identidad del personal sanitario y religioso (art. 42); en la represión por el empleo abusivo del signo distintivo de la Cruz Roja (art.45); en la obligación de difusión del Convenio (art.48); en la represión de los abusos y de las infracciones (arts. 50-52).

En el Convenio (III) de Ginebra de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra, las normas de implementación, igualmente cumplen un papel importante: en la definición de las personas protegidas (art.4); en las tarjetas de identidad para los miembros de las Fuerzas Armadas (art. 17); en las leyes y reglamentos que permitan o vedan la libertad bajo palabra o compromiso (art.21); en las medidas que deben tomarse en lo relativo a la correspondencia de los prisioneros (arts. 69-71); en lo relativo, a la aplicación de medidas disciplinarias o sanciones penales a los prisioneros (art. 82); en la creación de un servicio de

tumbas (art.120); en la instalación de una oficina nacional de información sobre los prisioneros (art. 122); en la obligación de difusión del Convenio (art.127); en la represión de los abusos y de las infracciones (arts. 129-131).

Por lo que respecta al Convenio (IV) de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra, se han de tomar medidas de implementación: en la creación de zonas y localidades sanitarias y de seguridad (art. 14); en la protección de los hospitales civiles (art. 18); en las tarjetas de identidad del personal sanitario (art. 20); en el empleo del signo de la Cruz Roja en el transporte de heridos y enfermos (arts. 21 y 22); en la protección e identificación de menores de edad (art. 24); en la constitución de oficinas y Agencia Central de Información (art. 136); en la obligación de difusión del Convenio (art.144).

Fruto de la experiencia adquirida por los convenios referidos, los Protocolos Adicionales de 1977, que recordemos tuvieron por finalidad poner al día los Convenios de Ginebra de 1949, también consagraron dentro de sus normas, procedimientos de implementación, enfatizando, aun más, la necesidad de contar con medidas, del derecho de cada Estado parte, para llevar adelante la ejecución de las obligaciones en ellos previstos.

Tratándose de conflictos armados internacionales, el Protocolo I de 1977, contempla este tipo de medidas: en la determinación del personal calificado para facilitar la aplicación de los Convenios del 49 y del Protocolo en comento (art.6); en la protección de las unidades sanitarias (art. 12); en la protección general de la misión médica (art. 16); en la identificación del personal sanitario y religioso (art. 18); en la protección de los transportes sanitarios (arts. 21-31); en la información de personas desaparecidas (art. 33); en lo relativo a los restos de las personas fallecidas (art. 34); en lo referente a armas nuevas (art. 36); en lo relativo al régimen de disciplina interna de las Fuerzas Armadas (art. 43); en la protección de

las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 56); en las precauciones contra los efectos de los ataques (art. 58); en la constitución de zonas desmilitarizadas (art. 60); en lo que dice relación con los servicios de protección civil (arts. 61-67); en la reunión de familias dispersas (art. 74); en las medidas a favor de las mujeres y los niños (arts. 76-78); en las medidas de protección de los periodistas (art. 79); en las medidas de ejecución de los Convenios del 49 y del Protocolo I (art.80); en lo relativo a los asesores jurídicos en las Fuerzas Armadas (art. 82); en la obligación de difusión de los Convenios del 49 y del Protocolo I (art.48); en lo relativo a las leyes de aplicación (art. 84); en la represión de las infracciones de los Convenios del 49 y del Protocolo I (arts.85-89); en la Comisión Internacional de Encuesta (art. 90).

Finalmente, el Protocolo II de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, también recoge en sus disposiciones medidas de aplicación nacional: en lo relativo al trato humano, y en particular, en lo que dice relación con las garantías fundamentales (art. 4); en lo relativo a personas privadas de libertad (art. 5); en las diligencias penales (art. 6); en la protección general de la misión médica (art. 10); en la obligación de difusión del Protocolo II (art.19).

8.1. MEDIDAS PREVENTIVAS

Dentro de los procedimientos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, y siempre en el contexto de las medidas encaminadas a posibilitar el cumplimiento de la obligación de respetar y hacer respetar los convenios humanitarios, se encuentran mecanismos que por su naturaleza resultan de carácter preventivo, ya que tienen por objeto asegurar el establecimiento de todas aquellas

condiciones que eviten, en todo o en parte, la inobservancia o la violación de los compromisos humanitarios adquiridos.

De esta manera, los convenios internacionales humanitarios, contemplan dos mecanismos preventivos, que reconocen como supuesto, el pleno conocimiento de las obligaciones dimanadas de los instrumentos humanitarios, por parte de los sujetos responsables de la aplicación de los mismos, se trata de las obligaciones de:

- Difusión y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario; e
- Información entre las partes.

8.1.1. LA DIFUSIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE A LOS CONFLICTOS ARMADOS

El Derecho Internacional Humanitario, como hemos visto, está conformado por un conjunto amplio de normas convencionales y otros tantos principios fundamentales que le dan sustento, lo que junto a aquellas normas de naturaleza consuetudinaria, forman un conjunto de disposiciones, que las partes deben conocer, en gran medida, para dar satisfacción a los distintos requerimientos de conducta, que los propios instrumentos internacionales humanitarios se encargan de precisar, de allí, que se pueda afirmar que *el conocimiento es la condición esencial de la buena aplicación de las normas. Uno de los factores propiciatorios de su incumplimiento es la ignorancia, especialmente la de aquellos llamados en última instancia a proceder a su cumplimiento*¹⁶⁰.

Teniendo en cuenta este tipo de consideraciones, es que los redactores de los principales convenios humanitarios contemporáneos, decidieron incorporar la

¹⁶⁰ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Op. cit. p.8

obligación de difusión del contenido del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados.

Así, en cada uno de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 47 Convenio I, art. 48 Convenio II, art. 127 Convenio III y art. 144 Convenio IV), y en los dos Protocolos Adicionales de 1977 (art. 83 Protocolo I y art. 19 Protocolo II) se establece la obligación de difundir lo más ampliamente posible, en tiempos de paz y en tiempos de guerra, el texto, es decir, el contenido de los Convenios y Protocolos en sus países.

Esta obligación de difundir el contenido de los convenios humanitarios, implica incorporar su estudio, por una parte, a los programas de instrucción militar, y por otra, promocionar y fomentar su estudio en la población civil, de modo tal, que los principios del derecho humanitario sean conocidos por la población en general, y por sobre todo, por las fuerzas armadas combatientes, por el personal sanitario y por los capellanes.

El cumplimiento de esta obligación de difusión e instrucción, en tiempo de enfrentamiento bélico, irá particularmente dirigida a las autoridades militares o civiles, que en tiempo de conflicto armado, asuman responsabilidades en cuanto a la aplicación de los convenios humanitarios, por lo que deberán estar plenamente al tanto de su texto.

Por otra parte, la obligación de difusión y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario, encuentra complemento, en el cumplimiento de ciertos deberes particulares de los jefes militares, según lo expresa el artículo 87.2 del Protocolo I de 1977, que señala:

“Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes

tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo”.

Ahora bien, para que los comandantes o jefes militares, puedan hacer posible este cometido respecto de sus subordinados, y no incurrir en responsabilidad por las infracciones cometidas por estos, por simple ignorancia, es que el Protocolo referido, en su artículo 6.1, establece la necesidad de que las Partes contratantes, procuren, ya en tiempo de paz, formar *personal calificado* para facilitar la aplicación de los convenios humanitarios, todo esto, con la debida asistencia técnica de los principales organismos humanitarios.

Con el mismo propósito, el artículo 82 del Protocolo I de 1977, señala:

“Las Altas Partes contratantes en todo tiempo, y las Partes en conflicto en tiempo de conflicto armado. Cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, a nivel apropiado, acerca de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las fuerzas armadas”.

Ciertamente, el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas citadas con anterioridad, requiere de la creación en los Ministerios de Defensa nacionales, de oficinas o secciones encargadas del derecho humanitario vigente, para así poner a disposición del personal de las fuerzas armadas, en todo tiempo, la documentación pertinente al contenido de las obligaciones impuestas por la normativa humanitaria, lo que supone, desde luego contar con los medios personales y materiales para su puesta en marcha.

Cabe destacar, finalmente, que *la obligación de difundir el contenido del Derecho de Ginebra constituye en todo el Derecho Internacional Público la primera oportunidad en que los Estados manifestaron la convicción de que, sin el conocimiento del contenido de las disposiciones de los tratados internacionales*

(especialmente en materia de protección de la persona humana, cuyos efectos deben realizarse mediante el derecho interno de los Estados) las normas internacionales resultan ilusorias en la realidad de los hechos¹⁶¹, lo que viene a ratificar la idea de que la observancia de esta obligación de difusión y enseñanza del derecho humanitario constituye una garantía del respeto de estas normas al atajar algunos de los motivos que propician su violación, como son el desconocimiento, o una concepción extraviada del patriotismo o de la obediencia debida¹⁶².

8.1.2. LA INFORMACIÓN ENTRE LAS PARTES

La segunda medida de naturaleza preventiva, que contemplan los convenios humanitarios, y que naturalmente está vinculada con el compromiso genérico de cumplir con la obligación de respetar y hacer respetar, los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I, es aquella que consagra la necesidad, entre las partes, de comunicarse las traducciones oficiales de los referidos instrumentos, utilizando como intermediario al Consejo Federal Suizo, depositario de estos tratados, o a las Potencias Protectoras, en caso de conflicto armado, *como medida orientada a evitar diferencias de interpretación en caso de conflicto armado. Se trata de dar a conocer a las partes el estado de desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en los ordenamientos internos como medida tendente a facilitar la aplicación del mismo¹⁶³.*

¹⁶¹ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos...Op. cit. (Capítulo V N°2)

¹⁶² REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p.994

¹⁶³ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Op. cit. p.11

Esta obligación, está contemplada en los artículos 48, 49, 128 y 145 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente, y en la norma del artículo 84 del Protocolo I de 1977.

Cabe destacar que esta obligación de información, de acuerdo a lo dispuesto en cada una de las normas antes citadas, también se hace extensiva a las leyes y reglamentos adoptados en el derecho interno de cada parte, y que estén orientados a facilitar la aplicación del derecho humanitario.

8.2. MEDIDAS DE CONTROL

Tanto las Convenciones de Ginebra de 1949, como el Protocolo I de 1977, consagran determinados mecanismos destinados a controlar el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, una vez que se ha desatado el conflicto armado. Se trata de procedimientos de aplicación de la normativa humanitaria, ya no pensados para ser aplicados con anterioridad al conflicto armado, sino que de manera coetánea a estos, y por tanto, directamente vinculados con el inicio de las hostilidades.

Estas medidas de control, cabe señalar, pueden obedecer, a una situación, de autocontrol, estos es, a un procedimiento ejercido por las propias partes en el conflicto, o bien, a una situación en donde el control del cumplimiento provenga de terceros, que bien podría denominarse de heterocontrol.

8.2.1. MEDIDAS DE AUTOCONTROL

El control del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el derecho humanitario, por parte de los sujetos involucrados directamente en la confrontación

bélica, es una situación del todo lógica, puesto que son precisamente los jefes militares o comandantes de las fuerzas armadas, quienes están en una posición privilegiada, no sólo para difundir el contenido del derecho humanitario, como se vio con anterioridad, sino que también, atendida la estructura jerárquica de las fuerzas militares, son los sujetos más idóneos para exigir y supervisar el cumplimiento de la conducción humanitaria de las hostilidades.

Es por esta razón, que el Protocolo I de 1977, consagra en su artículo 87, dos párrafos, donde se rescata esta idea de reconocer en el autocontrol, una medida destinada a conseguir el cumplimiento de las exhortaciones y prohibiciones establecidas por el derecho humanitario en el desarrollo de la beligerancia. La referida norma señala:

“1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán a los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus ordenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes”.

“3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”.

Con todo, esta disposición no debe ser interpretada en un sentido absoluto, en el sentido de comprender que sólo los comandantes de las fuerzas armadas son los únicos encargados de este control. En tal sentido, habría que destacar el importante papel que podrían jugar, desde el punto de vista del autocontrol en el

cumplimiento, otras instancias o personas, como los policías del ejército, los oficiales médicos, los especialistas en el trato de prisioneros de guerra o los consejeros jurídicos, los que debidamente encomendados por los jefes militares, resultan del todo fundamentales, para conseguir el debido respeto de las normas humanitarias.

8.2.2. MEDIDAS DE HETEROCONTROL

Con anterioridad se adelantó, que los medios de control del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el derecho humanitario, podían encontrar su origen en la acción de terceros, ajenos al conflicto armado.

Pues bien, este control ejercido por terceros que no participan en las hostilidades, puede tener un doble sentido, y de allí que estos medios de heterocontrol, sean susceptibles de clasificar, de acuerdo al siguiente criterio:

- Mecanismos destinados a controlar el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados.
- Mecanismos de control destinados a la determinación de los hechos.

8.2.2.1. MECANISMOS DESTINADOS A CONTROLAR EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: POTENCIAS PROTECTORAS, SUSTITUTOS Y EL CONTROL EJERCIDO POR LAS PARTES DE LOS CONVENIOS HUMANITARIOS

Hemos recalcado con anterioridad, la particular dinámica que ha acompañado a los procesos de codificación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, sistema normativo que ha ido potenciando y actualizando sus normas con el paso del tiempo y de los acontecimientos bélicos, de modo tal que, a medida que surgen nuevos desafíos y nuevas amenazas para la dignidad y supervivencia de los individuos, hace un esfuerzo cada vez superior para dar respuesta y tratar de mejorar la condición de las víctimas de la guerra, regulando aquellos aspectos fundamentales, que desde un punto de vista humanitario, deben quedar bajo el amparo legal a objeto de prevenir las infracciones a las leyes y costumbres de la guerra.

En este sentido, y en lo que dice relación con el control necesario de sus normas y obligaciones, los codificadores de los Convenios de Ginebra de 1949, conscientes de que, los mecanismos de control estuvieron prácticamente ausentes en el principal conflicto bélico del siglo XX – la Segunda Guerra Mundial -, circunstancia que, sin duda, colaboró con las consecuencias nefastas que dicho conflicto trajo consigo, donde la peor estadística resultó ser el alto número de víctimas, vieron en la institución de la **Potencia Protectora**, un mecanismo que hasta ese momento, no había recibido el desarrollo convencional suficiente, para consolidarlo como un procedimiento eficaz, frente al incumplimiento de las obligaciones humanitarias adoptadas por las partes.

El instituto de la Potencia Protectora, es de larga data en el Derecho Internacional Público, de hecho sus orígenes se remontan al siglo XVI, y su cometido estaba destinado a paliar los efectos contrarios que conlleva el rompimiento de las relaciones diplomáticas y comerciales entre dos Estados

envueltos en un conflicto, lo que conlleva la desprotección jurídica de aquellos súbditos de uno de esos Estados que se encuentra en el territorio del otro.

Es así, que el instituto de la Potencia Protectora, de origen consuetudinario, entra al escenario internacional, como un actor destinado a prestar apoyo y protección al súbdito que ha perdido el amparo jurídico que le proporcionaba normalmente la misión diplomática de su país de origen. Así concebida, la Potencia Protectora no es más que un país neutral en el conflicto, al que una de las partes le encarga proteger sus intereses en el territorio de la otra parte contendiente.

Desde el punto de vista del derecho humanitario, la Potencia Protectora, fue aplicada como norma consuetudinaria en la Primera Guerra Mundial, y recibió su primer reconocimiento positivo en el Convenio de Ginebra de 1929, relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra, sin embargo, su nula aplicación durante la Segunda Guerra Mundial, llevó al Comité Internacional de la Cruz Roja a proponer modificaciones en su regulación.

Es así, como los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, hacen suyo este instituto, bajo la concepción de que se trata de un mecanismo obligatorio para las partes en conflicto, concibiéndolo no como un derecho de los beligerantes sino como un deber de cargo de estos, destinado a dar satisfacción a un interés de orden general: la debida protección de las víctimas de los conflictos armados.

Los artículos 8, 8, 8 y 9 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente, consagran a la Potencia Protectora como institución fundamental en lo referente el control del cumplimiento del derecho humanitario.

Entre las funciones principales de la Potencia Protectora destacan, la de promover y posibilitar el contacto entre las partes en conflicto, una suerte de función mediadora, y aquellas funciones relacionadas con el socorro y verificación

del cumplimiento de las normas humanitarias, es decir, tareas de índole humanitaria y de control, respectivamente.

Para llevar a cabo estas funciones, las partes en conflicto están obligadas a facilitar la tarea de los representantes de las Potencias Protectoras, personal diplomático y consular de las mismas, que también pueden ser nacionales de un país neutral. Sólo exigencias militares imperiosas pueden autorizar, a título excepcional y transitorio, una restricción en su actividad.

Ahora bien, no obstante, que se trata de un mecanismo de control obligatorio para las partes en conflicto, su designación, al requerir el acuerdo de las mismas, en ocasiones puede resultar imposible.

Es en este punto donde los Convenios de Ginebra de 1949, introducen una modificación al sistema existente, al contemplar la posibilidad de designar, en lugar de la Potencia Protectora, a un *sustituto* (arts. 10, 10, 10 y 11 de los Convenios de Ginebra de 1949) frente al desacuerdo de las partes, o bien frente a la ausencia de la Potencia Protectora.

Estas disposiciones, contemplan varias soluciones al caso en cuestión.

En primer lugar, se establece una solución que no está destinada a dar respuesta al problema de la falta de designación de la Potencia Protectora, por desacuerdo de las partes. La primera solución, se encarga de ofrecer una *alternativa* a la Potencia Protectora, consistente en la designación de un “organismo protector” imparcial y eficaz, al que se le encomiendan las funciones asignadas por los convenios a las Potencias Protectoras.

Un segundo posible *sustituto* a la Potencia Protectora, surge en caso de que los beneficiarios de la actividad ejercida por esta o del “organismo protector” recién descrito, no cuenten más con la actividad de los mismos, sea cual sea, la razón que motiva esta ausencia.

En ese caso surge el deber de la parte, en cuyo territorio se encuentren estas personas beneficiadas con la actuación de estos organismos protectores, de hacer un llamado a un Estado neutral o a un organismo de tal naturaleza que pueda desempeñar las funciones asignadas a la Potencia Protectora.

Las diferencias con la primera solución, quedan definidas, por una parte, al tratarse de un mecanismo efectivamente subsidiario, de modo tal que sólo resulta aplicable: si fracasa la designación de la Potencia Protectora; cuando ésta deja de cumplir con su actuación; o bien cuando, se ha hecho uso del mecanismo alternativo de designar a un organismo protector, y éste deja de cumplir su cometido.

Una segunda diferencia queda configurada en este caso, en relación con la primera alternativa propuesta, en el sentido de que la designación del sustituto, lo hace la parte adversa, o sea aquella en cuyo territorio se encuentran los nacionales beneficiarios de las normas humanitarias, y que por esta razón recibe el nombre de Potencia detentora.

Cabe señalar, que la libertad de la Potencia detentora, para designar al sustituto correspondiente, no es absoluta, ya que no puede designar con este carácter, ni a sus aliados ni a los enemigos o adversarios de la parte contendiente.

Una tercera solución, que sólo se considerará si fracasan los mecanismos anteriormente descritos, es aquella que consiste en la llamada a un *organismo humanitario* y en la obligación de aceptar el ofrecimiento de un organismo humanitario, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que asuma las tareas humanitarias de las Convenciones. En este caso, *no se trata de asumir todas las funciones de las Potencias protectoras, sino sólo las que tienen un carácter evidentemente humanitario. El organismo no ha sido definido más que por su carácter humanitario y el CICR ha sido citado a título de ejemplo. La limitación de*

sus funciones a las simplemente humanitarias resulta lógica si tenemos en cuenta, como ya pusiera de relieve el CICR, que su independencia le impide actuar como mandatario de una parte y que no se encuentra en condiciones de asumir otras funciones de carácter administrativo o político que también son realizadas por las Potencias protectoras. Se habla, en relación con este papel, de una función de cuasisustituto o sustituto humanitario de las potencias protectoras¹⁶⁴.

Con todo, el sistema de control del cumplimiento del derecho humanitario, por parte de las Potencias protectoras, establecido por los Convenios de Ginebra de 1949, no arrojó resultados satisfactorios. De hecho la utilización que se ha hecho de ellas, desde 1949, ha sido escasa y poco efectiva. Por otra parte, las alternativas contempladas, en caso de ausencia de Potencia protectora, nunca han sido utilizadas.

Diversas son las razones que han provocado este fracaso, resultando la falta de voluntad política de las partes en conflicto, la causa principal de dicho resultado insatisfactorio. Las razones mayormente esgrimidas son:

- El temor a que el establecimiento de una Potencia protectora se interprete como el reconocimiento de la otra parte.
- No admitir la existencia de un conflicto armado.
- Las particulares características de los nuevos conflictos armados, que impiden la designación de una Potencia protectora (guerras relámpago, conflictos armados sin carácter internacional).
- La dificultad de encontrar potencias neutrales dispuestas a aceptar el cargo de Potencia protectora.

¹⁶⁴ Ibid. p. 18

Todas estas consideraciones, sirvieron de argumento final, para que el Protocolo I de 1977, diera los esbozos finales de lo que hoy debe entenderse como Potencia Protectora, y de paso dar respuesta a las distintas vicisitudes planteadas.

El artículo 2 del referido Protocolo, define a la Potencia Protectora como *“un Estado neutral u otro Estado que no sea Parte en el conflicto y que, habiendo sido designado por una Parte en el conflicto y aceptado por la Parte adversa, esté dispuesto a desempeñar las funciones asignadas a la Potencia protectora por los Convenios y por el presente Protocolo”*.

Por su parte, el artículo 5 del Protocolo I de 1977, en sus distintos párrafos plantea las principales cuestiones en torno a las Potencias protectoras.

El párrafo 1 señala:

“ Es deber de las Partes en conflicto, desde el comienzo de éste, asegurar la supervisión y la ejecución de los Convenios y del presente Protocolo mediante la aplicación del sistema de Potencias protectoras, que incluye, entre otras cosas, la designación y la aceptación de esas Potencias, conforme a lo dispuesto en los párrafos siguientes. Las Potencias protectoras estarán encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes en conflicto”.

Esta disposición, destaca el carácter obligatorio del sistema de control que suponen las Potencias protectoras, y pone de manifiesto su objeto principal.

El párrafo 2 señala:

“ Desde el comienzo de una de las situaciones a que se refiere el artículo 1¹⁶⁵, cada una de las Partes en conflicto designará sin demora una Potencia protectora con la finalidad de aplicar los Convenios y el presente Protocolo, y autorizará,

¹⁶⁵ El artículo 1 del Protocolo I de 1977 se refiere al ámbito de aplicación del mismo, esto es, a los conflictos armados internacionales. Ver al efecto el apartado 7.1. de este trabajo.

también sin demora y con la misma finalidad, la actividad de una Potencia protectora que, designada por la Parte adversa, haya sido aceptada como tal por ella”.

Esta norma, recalca la idea de que el mecanismo de control, actúa y es aplicable para todas las partes en conflicto, destacando el consentimiento explícito que debe haber entre las partes, en cuanto a su designación.

El párrafo 3 señala:

“ Si no ha habido designación o aceptación de Potencia protectora desde el comienzo de una de las situaciones a que se refiere el artículo 1, el Comité Internacional de la Cruz Roja, sin perjuicio del derecho de cualquier otra organización humanitaria imparcial a hacerlo igualmente, ofrecerá sus buenos oficios a las Partes en conflicto con miras a la designación sin demora de una Potencia protectora que tenga el consentimiento de las Partes en conflicto. Para ello, el Comité podrá, inter alia, pedir a cada Parte que le remita una lista de por lo menos cinco Estados que esa Parte considere aceptables para actuar en su nombre como Potencia protectora ante una Parte adversa , y pedir a cada una de las Partes adversas que le remita una lista de por lo menos cinco Estados que esté dispuesta a aceptar para desempeñar la función de Potencia protectora de la otra parte; tales listas serán remitidas al Comité dentro de las dos semanas siguientes al recibo de la petición; el Comité las cotejará y solicitará el asentimiento de cualquier Estado cuyo nombre figure en las dos listas”.

Esta norma, además de establecer una sencilla solución práctica para la designación de una Potencia protectora, representa, además, una verdadera novedad, en razón que le otorga no sólo una labor mediadora al Comité Internacional de la Cruz Roja (o a cualquier otro organismo humanitario), sino que también dota a este organismo de un poder de decisión, en la medida que puede

designar como Potencia protectora a un Estado que cuente con el apoyo de las partes en conflicto, y que acepte el cometido.

El párrafo 4 señala:

“ Si, a pesar de lo que precede, no hubiere Potencia protectora, las Partes en conflicto aceptarán sin demora el ofrecimiento que pueda hacer el Comité Internacional de la Cruz Roja o cualquier otra organización que presente todas las garantías de imparcialidad y eficacia, previas las debidas consultas con dichas Partes y teniendo en cuenta los resultados de esas consultas, para actuar en calidad de sustituto. El ejercicio de sus funciones por tal sustituto estará subordinado al consentimiento de las Partes en conflicto; las Partes en conflicto pondrán todo su empeño en facilitar la labor de sustituto en el cumplimiento de su misión conforme a los Convenios y al presente Protocolo”.

Este párrafo, contempla el instituto del sustituto, estableciendo una solución práctica más sencilla que la aportada por los Convenios de Ginebra de 1949, según se analizó con anterioridad, y nuevamente potencia el papel de los organismos humanitarios, (en particular el del Comité Internacional de la Cruz Roja), al depositar exclusivamente en este tipo de organismos la función de ser sustitutos de las Potencias protectoras, si la designación de éstas fracasa. Cabe señalar, que la labor del sustituto, de todas formas, depende del consentimiento manifestado por las partes en conflicto, en cuanto a aceptar su ofrecimiento.

El párrafo 5 señala:

“ De conformidad con el artículo 4¹⁶⁶, la designación y la aceptación de Potencias protectoras con la finalidad de aplicar los Convenios y el presente

¹⁶⁶ El artículo 4 del Protocolo I de 1977 señala: “La aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, así como la celebración de los acuerdos previstos en estos instrumentos, no afectarán el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. La ocupación de un territorio y la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo no afectarán el estatuto jurídico del mismo”.

Protocolo no afectarán el estatuto jurídico de las Partes en conflicto ni al de ningún territorio, incluido un territorio ocupado”.

Esta disposición, unívoca en su sentido, busca dar respuesta y solución a los temores surgidos, en torno a que la aceptación de Potencias protectoras, podía interpretarse como reconocimiento de la otra parte, lo que podía significar una modificación en su estatuto jurídico.

El párrafo 6 señala:

“ El mantenimiento de relaciones diplomáticas entre las Partes en conflicto o el hecho de confiar a un tercer Estado la protección de los intereses de una Parte y los de sus nacionales conforme a las normas de derecho internacional relativas a las relaciones diplomáticas, no será obstáculo para la designación de Potencias protectoras con la finalidad de aplicar los Convenios y el presente Protocolo”.

Esta norma hace alusión, al doble carácter que puede tener ante el derecho internacional el instituto de la Potencia protectora. La institución que se ha venido tratando en esta parte, y que está directamente vinculada al derecho humanitario, posee un mandato específico, cual es, velar por la observancia de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I, y para controlar su aplicación, de allí que este tipo de Potencias protectoras, se diga, que están definidas por el *mandato de Ginebra*. Por otra parte, están aquellas Potencias protectoras, encargadas únicamente de representar los intereses diplomáticos de un Estado Parte en un conflicto, por lo que en estos casos se habla del *mandato de Viena*¹⁶⁷.

Es así, que el objetivo del párrafo 6 del artículo 5 del Protocolo I de 1977, no es otro que reconocer estos dos institutos, definidos, cada uno de ellos por su mandato específico, aclarando que el hecho de que se haya designado un tercer

¹⁶⁷ Este tipo de Potencias protectoras, se refrendaron en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, en su artículo 54.

Estado, con objetivos meramente diplomáticos, no evita ni menos impide la actuación y designación de la Potencia protectora con las finalidades propias del *mandato de Ginebra*.

Finalmente el párrafo 7 señala:

“ Toda mención que en adelante se haga en el presente Protocolo de una Potencia protectora designará igualmente al sustituto”.

El análisis precedente, pone de manifiesto, especialmente, a partir de la adopción del Protocolo I de 1977, el importante papel, desde el punto de vista del control del cumplimiento del derecho humanitario, de las organizaciones humanitarias, en especial el Comité Internacional de la Cruz Roja, organismo que ha potenciado su papel en el contexto del Derecho Internacional Humanitario. Su carácter de mediador calificado para la designación de las Potencias protectoras, y de sustituto de las mismas, no ha hecho más que ratificar la trascendental tarea que desempeña esta organización en muchos ámbitos del derecho humanitario, desde la promoción y desarrollo progresivo de la normativa humanitaria, hasta el control del cumplimiento de la misma.

Con todo, y no obstante que la regulación de los convenios humanitarios podría hacer pensar lo contrario, el control del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el derecho humanitario, no es una facultad privativa de las Potencias protectoras y de sus sustitutos.

Queda aun por pasar revista, someramente, al control que le corresponde a *las otras partes en los tratados*.

Una conclusión de este tipo, no es para nada antojadiza, sino que es el raciocinio lógico, y por tanto, la consecuencia natural de la obligación prevista en

el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo I de 1977, en donde las partes contratantes de estos convenios, no sólo están obligadas a respetar y cumplir sus obligaciones, sino que también tienen el deber, la obligación, de *hacer respetar* los referidos convenios.

Con esto, lo que se quiere reafirmar, es el compromiso asumido por la comunidad de Estados, que configuran el vasto número de naciones que ha firmado y ratificado los instrumentos humanitarios reseñados, en el sentido de que todos en su conjunto, y cada uno de ellos en el ámbito particular, son sujetos pasivos de la obligación de hacer, que establece la norma en comento, de modo tal, que se configura un sistema de control adicional, representado, precisamente, por todos los Estados partes de los principales instrumentos del denominado *Derecho de Ginebra*, quienes deben propender no sólo a aplicar y a cumplir de buena fe los deberes adquiridos, sino que, además, cargan con la obligación de hacer todo lo posible para asegurar, en toda circunstancia, el respeto universal de las disposiciones humanitarias.

*La existencia de esta obligación nunca ha sido contestada y ha sido la que ha otorgado apoyo legal al CICR para llevar a cabo gestiones, discretas o públicas, individuales o generales, solicitando a los Estados, incluso a los no implicados en el conflicto, que usen su influencia u ofrezcan su cooperación para asegurar el respeto del Derecho Internacional Humanitario*¹⁶⁸.

Cabe preguntarse ahora, qué medidas o procedimientos concretos poseen los Estados Partes de los convenios humanitarios, que permitan llevar a cabo esta tarea ligada al control del cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, y en particular, frente a situaciones de beligerancia.

¹⁶⁸ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Op. cit. p.23

Los mejores deseos de los organismos humanitarios, en este sentido, fomentaron y propusieron que este tipo de control, se ejerciera a través de un procedimiento de control capaz de funcionar sin el consentimiento de las Partes beligerantes, sin embargo, dicho anhelo no prosperó, principalmente porque se consideró que un procedimiento de esa naturaleza atentaba directamente, y resultaba contrario, al principio de no intervención.

De esta manera, la tibia solución aportada por el Protocolo I de 1977, se manifestó en un procedimiento, más bien indirecto, y plasmado en el artículo 7 de dicho instrumento convencional:

“ El depositario del presente Protocolo, a petición de una o varias Altas Partes contratantes y con la aprobación de la mayoría de ellas, convocará una reunión de las Altas Partes contratantes para estudiar los problemas generales relativos a la aplicación de los Convenios y del Protocolo”.

Con todo, y teniendo presente que estas reuniones poseen una limitación clara, desde el punto de vista del objeto de los temas a tratar, a saber, los “problemas generales” en cuanto a la aplicación del Derecho de Ginebra, difícilmente, pueden resultar o significar un procedimiento eficaz de control colectivo frente a un problema concreto, sin embargo, *es posible que el análisis de un problema general dé lugar a recomendaciones sobre la interpretación o la aplicación práctica de las normas que al clarificar el contenido de las mismas sirvan para evitar una de las causas del incumplimiento*¹⁶⁹.

Dentro de las disposiciones del Protocolo I de 1977, a parte de la ya tantas veces citada disposición fundamental del artículo 1, que permite alcanzar la conclusión de que las Partes de los convenios humanitarios, estarían en condiciones

¹⁶⁹ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p.997

de actuar como entes controladores de la debida aplicación del derecho humanitario, cabe destacar la norma del artículo 80.1, que señala:

“ Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto adoptarán sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de los Convenios y del presente Protocolo”.

Esta disposición general, relativa a la ejecución de los Convenios de Ginebra de 1949, y del Protocolo I de 1977, en conjunto con la obligación general de respetar y hacer respetar dichos instrumentos convencionales, establece las bases que permiten, en definitiva concluir *la disposición de las partes para instaurar, dentro de los límites que impone el Derecho Internacional, en general, y el Derecho Humanitario Bélico, en particular, los mecanismos a sus alcance para conseguir de las partes en conflicto su respeto, y en caso de haberse cometido violaciones, el cese inmediato de las mismas. Toda suerte de medida diplomática, económica o de otro carácter admitida por el Derecho Internacional puede y debe ser utilizada para hacer efectivo el cumplimiento de esta obligación*¹⁷⁰.

8.2.2.2. MECANISMOS DE CONTROL DESTINADOS A LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

El ejercicio y la puesta en marcha de los mecanismos de control analizados tiene como finalidad colaborar y hacer posible el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, para que en el caso de que se produzcan infracciones o

¹⁷⁰ Ibid. p.998

violaciones, éstas cesen en lo inmediato, y a su turno, desencadenar los procedimientos tendentes a reprimir y sancionar los actos de contravención.

De lo anterior, y en consecuencia con los procedimientos de control, surge la necesidad frente a la presunción de infracción de la normativa humanitaria, que se establezcan los hechos de una manera fehaciente e imparcial.

El determinar los hechos que constituyen la infracción o la violación de las disposiciones del derecho humanitario, permite que entren en juego los mecanismos de encuesta previstos en la Convenciones de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I de 1977.

Así, es posible distinguir, dentro de los mecanismos destinados a determinar los hechos, a los dos siguientes procedimientos:

- a) El procedimiento de encuesta, y
- b) La Comisión Internacional de Encuesta.

Por lo que respecta al primer mecanismo, esto es, el *procedimiento de encuesta*, cabe señalar que su fundamento legal está contemplado en los artículos 52, 53, 132 y 149, de los Convenios I, II, III, y IV de Ginebra de 1949, respectivamente.

Se trata de un procedimiento, en donde a petición de una de las partes contendientes, se abre la posibilidad de iniciar un procedimiento de encuesta, destinado a constatar la violación de las normas de las convenciones referidas.

Este mecanismo, al carecer de reglas preestablecidas en cuanto a su tramitación, toma el carácter de *procedimiento ad hoc*, donde son las partes contendientes las primeras en ser llamadas a fijar las reglas que darán la estructura definitiva al procedimiento de investigación de los supuestos hechos infractores.

Si las partes beligerantes no alcanzan dicho acuerdo, encomendarán dicha función a un árbitro, que será elegido por ellas mismas de común acuerdo, y que fijará en definitiva el procedimiento que haya de seguirse.

El objeto de este procedimiento, consiste en la constatación y prueba de la veracidad de la infracción o violación alegada, de modo tal, que una vez comprobado el hecho ilícito, las Partes contendientes pondrán fin a esta situación de hecho, reprimiéndola lo más rápidamente posible.

Sin embargo, las dificultades que trajo consigo la puesta en marcha de este mecanismo, hicieron del mismo un procedimiento ineficaz e inaplicable, convirtiendo a las disposiciones que lo consagran en letra muerta.

Este fracaso, fue tomado en cuenta por la Conferencia para la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados, celebrada en Ginebra entre 1974 y 1977, donde precisamente se adoptaron los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.

Así, el Protocolo I de 1977, dio un paso fundamental, al establecer en su artículo 90, lo que en la historia del derecho humanitario quedará como el primer organismo permanente de este sistema normativo, cuya creación haya sido consentida por los Estados: la ***Comisión Internacional de Encuesta***.

Este organismo, es toda una novedad, ya que de su carácter *permanente* se infiere, que su existencia no depende ni esta condicionada a la previa existencia de un conflicto armado.

Se trata, de una institución imparcial y apolítica, que actúa siempre a instancia de parte, cuyo propósito radica en investigar el establecimiento de cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave, o bien como violación grave, de acuerdo a las definiciones aportadas por los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo I de 1977.

Asimismo, la Comisión Internacional de Encuesta, estará encargada de facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los instrumentos convencionales recién mencionados.

Este organismo, está compuesto por quince miembros de alta reputación y de reconocida imparcialidad, que actuarán a título personal, lo que significa, que no representan a ningún Estado ni organización, ni han de rendir cuentas de su actuación, y cuyo mandato se extiende por el plazo de cinco años.

La actuación de la Comisión Internacional de Encuesta, en un conflicto determinado está condicionada al consentimiento de las partes aceptando su competencia.

La aceptación de la competencia de la Comisión, puede otorgarse, en distintos momentos:

- En el momento de firmar, ratificar o adherirse al Protocolo I de 1977; o bien
- Posteriormente, en cualquier otro momento, esto es, una vez surgida la necesidad de investigar.

En ambos casos, las partes hacen una declaración – cláusula facultativa de encuesta obligatoria - donde reconocen *ipso facto* y sin acuerdo especial, con relación a cualquier otra parte contratante que acepte la misma obligación, la competencia de la Comisión para proceder a una investigación acerca de las denuncias formuladas por esa otra parte contratante.

También existe la posibilidad que la Comisión Internacional de Encuesta, ejerza sus funciones de encuesta, respecto de denuncias formuladas por Estados partes en un conflicto armado, que no han aceptado su competencia de la manera referida, e incluso respecto de Estados que no son parte en el Protocolo I, siempre y cuando, la otra parte contendiente preste su consentimiento, en cuanto a aceptar la participación de la Comisión para que investigue el hecho denunciado.

En lo que dice relación al procedimiento, al cual debe sujetarse la Comisión, la norma del artículo 90 del Protocolo I de 1977 sólo contiene principios generales que se desarrollan en las reglas previstas en el Reglamento aprobado por la Comisión el 8 de julio de 1992.

La Comisión Internacional de Encuesta, actuará, a menos que las partes decidan otra cosa, en Salas integradas por siete miembros, cinco de los cuales son nombrados por el Presidente de la Comisión, tras consultar con los miembros de la mesa y las partes en conflicto, de acuerdo a un criterio que está basado en un reparto geográfico equitativo, y dos miembros adicionales nombrados por las partes o en su defecto por el Presidente de la Comisión. Ninguno de los miembros de la Sala será nacional de las partes en conflicto.

El procedimiento de encuesta, se desarrolla sobre la base de pruebas aportadas a la Sala, por las partes en conflicto, en un plazo que determinará la misma. La Sala podrá también recabar toda prueba que estime pertinente y efectuar una encuesta *in situ*.

La actuación de la Comisión termina con la presentación de un informe a las partes sobre las conclusiones de la Sala sobre los hechos investigados. El Presidente de la Comisión, transmitirá el informe a las partes concernidas, juntamente con las recomendaciones que la Comisión considere oportunas.

Si la Sala se viera en la imposibilidad de obtener pruebas suficientes para llegar a conclusiones objetivas e imparciales, la Comisión dará a conocer las razones de tal imposibilidad.

La Comisión no hará públicas sus conclusiones, a menos que así se lo pidan todas las partes en conflicto.

Sin duda que el establecimiento de un organismo con las características de la Comisión Internacional de Encuesta – permanente, imparcial y apolítico –

representa un progreso sustancial en lo que dice relación, con el control del cumplimiento del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados.

Sin embargo, el esfuerzo institucional desplegado por la comunidad de Estados, no ha tenido la ocasión de mostrar sus atributos. *Hasta el momento la determinación de los hechos en conflictos recientes, como por ejemplo el de Bosnia-Herzegovina, el de Ruanda o el de Burundi, no se ha efectuado a través de este mecanismo, sino que la ONU ha creado Comisiones ad hoc. La falta de aceptación de la competencia por una de las partes implicadas en el primer caso, y el carácter no internacional del segundo conflicto, o la confluencia de ambas circunstancias en el tercero, constituyen las razones de esta inactividad*¹⁷¹.

8.3. MEDIDAS REPRESIVAS

Los mecanismos de control del derecho humanitario, como se ha puesto de manifiesto en las consideraciones precedentes, tienen por objeto, por una parte, verificar el cumplimiento del mismo, mediante distintos organismos e instancias, y por otra parte, investigar el acaecimiento de infracciones, de manera tal, que si estas contravenciones a los compromisos humanitarios se verifican, surge la necesidad u obligación de hacerlas cesar, reprimirlas y sancionar a sus autores.

La existencia de un aparato de sanciones en el Derecho Internacional Humanitario tiene consecuencias fundamentales, sobre su eficiencia, siendo su propósito no solamente punitivo, sino también preventivo; en efecto su introducción en el derecho interno de los Estados condiciona la influencia que

¹⁷¹ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Op. cit. p.35

*puede tener sobre los comportamientos de las personas y sobre la actuación del propio Estado, con el fin de poder, al mismo tiempo, castigar y advertir*¹⁷².

Las contravenciones a las obligaciones dimanadas de los tratados humanitarios, pueden variar de acuerdo, a la gravedad que revista el incumplimiento, o bien, por las circunstancias que en ellas concurren, lo que traerá consigo, como es de esperar, distintas medidas represivas en contra de los infractores (sanciones administrativas, disciplinarias o penales).

Con todo, previo a la aplicación de la sanción respectiva, resulta necesario determinar quiénes van a ser considerados sus autores, lo que definirá la responsabilidad correspondiente a nivel internacional.

En principio, y en conformidad con las reglas generales del Derecho Internacional, el infractor de un compromiso internacional va a ser el Estado, en atención a que éste, en su calidad de parte contratante del acuerdo interestatal, es el responsable directo de la violación respectiva, atendida su calidad de destinatario del requerimiento de conducta impuesta por la norma primaria que consagra el interés protegido por la disposición vulnerada.

Sin embargo, tratándose del Derecho Internacional Humanitario, cabe destacar que estamos en presencia de normas internacionales asumidas por los Estados, pero que en muchas ocasiones tienen un destinatario de cumplimiento individual, de allí que resulte necesario distinguir entre aquellas violaciones susceptibles de ser imputadas única y exclusivamente al Estado, de aquellas que pueden dar lugar a un régimen de sanción de naturaleza individual, y que tratándose de infracciones consideradas graves por la normativa humanitaria, son capaces de desencadenar un proceso por responsabilidad criminal.

¹⁷² PEYTRIGNET, Gérard. Op. cit. p.162

8.3.1. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Con anterioridad se han reseñado un vasto número de disposiciones, dentro de los principales instrumentos internacionales humanitarios, donde el Estado contratante se hace responsable de adoptar una serie de medidas, tanto de puesta en vigor, como de aplicación del derecho humanitario, lo que se traduce en el plano práctico, en un comportamiento activo por parte del destinatario de la norma humanitaria, que demanda de éste la adecuada revisión de las normas del derecho interno, así como actuaciones directas de promoción y aplicación del derecho humanitario.

Labores de difusión, enseñanza, conformación de organismos humanitarios, instrucción directa del personal de las fuerzas armadas, entre otras, representan la base sustancial por sobre la cual se erige el sistema de protección de las víctimas de los conflictos armados, de modo tal, que si el Estado obligado incumple los compromisos adquiridos para con la comunidad de Estados partes de los convenios humanitarios – quebrantando el principio de que las obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe – dicha disconformidad con la obligación aceptada, genera responsabilidad internacional y la obligación de reparar según sea el caso. En este sentido, el artículo 91 del Protocolo I de 1977 señala:

“ La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello”.

Ahora bien, la contravención de los convenios humanitarios, puede dar lugar a diversas reacciones, por parte de los Estados contratantes de los mismos, lo que

dependerá de, si se trata de una infracción ordinaria, o bien de una violación grave de las obligaciones impuestas por el derecho humanitario.

En este sentido, frente a violaciones *no graves*, de los tratados internacionales humanitarios, las soluciones son idénticas que las reglas consagradas para las violaciones de las obligaciones dimanadas del Derecho Internacional Público en general, de manera tal, que para el Estado que ha sufrido las consecuencias de la infracción respectiva, se abren los caminos para perseguir la responsabilidad internacional del Estado infractor de acuerdo a las reglas generales.

Sin embargo, una consecuencia complementaria, y muchas veces, previa a la determinación de la responsabilidad internacional del Estado, surge, tratándose de violaciones consideradas *graves* por la normativa humanitaria. Así, y de acuerdo a lo previsto por el artículo 89 del Protocolo I de 1977, en situaciones graves de violación de los convenios humanitarios, “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”, lo que, en último término puede significar, una eventual aplicación de sanciones por el Consejo de Seguridad de dicho organismo, *cuando las violaciones se consideren por su gravedad una amenaza para la paz y seguridad internacionales (caso de conflictos armados internos) o sean constitutivos de quebrantamientos mismo de la paz o de la agresión (en los conflictos armados internacionales)*¹⁷³.

Este deber de cooperación, que contempla el derecho humanitario en caso de violaciones graves de sus disposiciones, no es más que la ratificación de la idea de que las obligaciones asumidas por los Estados, en materia humanitaria, son de aquellas, cuya vulneración afecta a la comunidad internacional toda – obligaciones

¹⁷³ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p.1001

erga omnes -, lo que explica este llamamiento al principal órgano internacional destinado a salvaguardar la paz y seguridad internacional.

Cabe destacar, que las acciones de las Naciones Unidas, a que hace referencia la norma aludida, pueden ser muy variadas, lo que dependerá ciertamente de la entidad de la violación cometida por el Estado infractor, por lo que la ayuda puede ir, desde actividades que impliquen labores de asistencia, material o personal, a aquellos organismos encargados de velar por la aplicación del derecho humanitario (Potencias protectoras, sustitutos u organizaciones humanitarias) hasta, el empleo de la fuerza armada, de acuerdo al mecanismo establecido por el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

De todas formas, es importante recalcar que es el Estado infractor, el primer llamado a hacer posible el cese de la infracción cometida, ya sea que esta tenga su origen en el incumplimiento del deber de actuar (art. 86 Protocolo I), ya sea que se trate de la comisión directa de un acto de infracción (art. 87 Protocolo I) para luego proceder a la represión y sanción de los culpables, lo que no desvinculará al Estado infractor, de su eventual responsabilidad internacional por la violación acaecida.

De lo anterior, se colige, que tratándose de violaciones o infracciones graves de los convenios humanitarios, es posible concebir dos tipos de responsabilidades, que reconocen como fuente el mismo hecho ilícito.

Por una parte está la responsabilidad internacional del Estado, como consecuencia de la inobservancia, comisión de actos contrarios y violaciones graves de los tratados internacionales humanitarios, y por otra parte, la responsabilidad penal internacional del individuo, como consecuencia de estos actos especialmente oprobiosos para el derecho internacional humanitario, y que por lo mismo han sido calificados como *crímenes de guerra*.

8.3.2. LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR LA COMISIÓN DE INFRACCIONES GRAVES EN CONTRA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: LOS CRÍMENES DE GUERRA

La evolución y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario reposa en la convicción de que, por sobre la necesidad militar que está detrás de toda confrontación bélica, existe un conjunto de principios y normas que no admiten vulneración, en razón de que la afectación e infracción de las mismas, acarrea y trae consigo la desnaturalización del objeto perseguido por la acción armada – la sumisión del enemigo -, para dar lugar a situaciones de verdadera barbarie, y por tanto, contrarias a las normas que regulan los conflictos armados, por lo que la comisión de estos actos genera responsabilidad criminal para sus autores, justamente por considerarse su actuar un delito internacional, de allí que estos actos ilícitos se denominen crímenes de guerra.

En efecto, lo que se persigue con el castigo de los crímenes de guerra, no es sólo la represión de tales conductas, sino que también *inhibir a los combatientes de la comisión de los mayores excesos en que pueden incurrir en el curso de las hostilidades. Las circunstancias materiales de poder que se crean por la aparición de un conflicto armado hacen que en todos ellos exista la posibilidad de que se abuse de ese poder excepcional*¹⁷⁴.

El afirmar con cierta naturalidad, en la actualidad, que el individuo como tal, puede ser sancionado criminalmente, como consecuencia de la violación o

¹⁷⁴ MONTEALEGRE, Hernán. La seguridad del Estado y los Derechos Humanos. Santiago, Ed. Academia de Humanismo Cristiano, 1979. p.324

infracción de obligaciones internacionales, no es más que el resultado de un proceso de constante progreso y aceptación de las normas del derecho de gentes.

Las primeras manifestaciones concretas, de normas tendentes a perseguir la responsabilidad internacional del individuo, por actos contrarios a las leyes y usos de la guerra, las podemos identificar con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, esto es, cuando ya existían un buen número de instrumentos internacionales destinados a limitar los efectos de la guerra.

El Tratado de paz, firmado en Versalles en 1919, que puso término al referido conflicto armado internacional, en su artículo 227 dispuso que el Kaiser Guillermo II sería juzgado por un tribunal internacional como “culpable de ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados”.

Sin embargo, el deseo de impartir justicia, de parte de los aliados vencedores, no fue satisfecho, toda vez que el gobernante en cuestión, encontró asilo en la vecina Holanda, la que requerida en su oportunidad, negó lugar a la extradición respectiva.

Por otra parte, los artículos 228 a 230 del Tratado de Versalles, disponían, además, que los individuos autores de actos incriminados debían ser entregados por Alemania a los Aliados, para ser juzgados por sus tribunales militares.

Si bien es cierto, que estas normas tampoco se aplicaron, porque los Aliados renunciaron a su jurisdicción en favor de la Corte alemana de Leipzig, el principio de la responsabilidad internacional a título individual quedaba sentado.

Así, las violaciones a las leyes y usos de la guerra, comprometían no sólo la responsabilidad civil del Estado, sino también la responsabilidad penal individual del agente culpable de dichas infracciones, sea porque las había planeado u ordenado, como en el caso del mandatario responsable del inicio y desarrollo del conflicto armado – el Kaiser Guillermo II -, sea porque las había ejecutado.

Con posterioridad, y durante la Segunda Guerra Mundial, varios gobiernos de la coalición adversaria a los países del Eje, se mostraron particularmente preocupados, ya no tan sólo de las violaciones a las normas y principios del *ius in bello*, en el transcurso del conflicto, sino que también por las atrocidades y aberraciones cometidas contra determinados grupos humanos, en los territorios enemigos.

Dicha inquietud dio lugar a la idea de formular declaraciones cuyo contenido pasaba por consagrar el deseo de investigar, procesar y castigar, tanto a los criminales de guerra como a los responsables de los actos de exterminio, una vez finalizada la guerra.

En octubre de 1943 los países aliados adoptaron la *Declaración de Moscú*, donde se manifestó la firme determinación de castigar a los criminales en cuestión, luego de la victoria, y si fuese el caso, exigir su extradición del Estado que les proporcionara refugio, de manera tal que los acusados de cometer crímenes mayores, y que atendida la amplitud del ilícito no resultare claro el lugar de la comisión del delito, serían juzgados por un tribunal internacional, en tanto que los responsables de la comisión de ilícitos menores llevados a cabo en un territorio determinado de un Estado ocupado, serían juzgados por el sistema judicial interno de dicho Estado.

Este precedente, permitió, en definitiva, que el 8 de agosto de 1945, las Potencias vencedoras (E.E.U.U., Gran Bretaña, Francia, y la U.R.S.S) firmaran el *Acuerdo de Londres*, al que se le anexaron los Estatutos del Tribunal Militar

Internacional de Nuremberg, para el procesamiento y castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo¹⁷⁵.

Es así, como el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, representó una doble innovación, en el sentido de que no sólo contemplaba la represión convencional de los actos contrarios al derecho internacional humanitario, cometidos por personas individuales, y su consiguiente responsabilidad penal internacional, sino que también, por vez primera, estableció un catálogo de delitos, cada uno distinto del otro, en razón de la distinta entidad del bien jurídico puesto en riesgo con la comisión del crimen, tipificándolos de la siguiente manera en su artículo 6:

- a) *Delitos contra la paz*: planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan de conspiración común para la ejecución de cualesquiera de estos actos;
- b) *Delitos de guerra*: violaciones de las leyes o usos de la guerra. Tales violaciones incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares;
- c) *Delitos contra la humanidad*: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil,

¹⁷⁵ Por su parte, y con posterioridad, el Comandante en Jefe de las tropas de ocupación en el Japón, promulgaba el 19 de enero de 1946, el estatuto que establecía el Tribunal de Tokio, que tenía por objeto el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente.

durante la guerra o antes de ella, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas relacionadas con cualesquiera de los delitos que correspondan a la jurisdicción del tribunal, tanto si fueron cometidos en violación de las leyes del país donde fueron perpetrados, como en caso contrario.

La relevancia de los procesos seguidos contra los criminales de guerra, en los procesos de Nuremberg y Tokio, trascendió en el tiempo, no sólo por considerarse que dichos procesos sirvieron para corroborar la existencia de normas consuetudinarias del *ius in bello*, que importaban la sanción penal individual de los que cometieran graves infracciones a las leyes y usos de la guerra, sino que también porque dieron paso a la consagración de una serie de principios de Derecho Internacional.

En este sentido, cabe señalar que la Asamblea General de Naciones Unidas, el 11 de diciembre de 1946, por unanimidad, adoptó la Resolución 95 (I), sobre la confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, donde se encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de dicho organismo, para que iniciara los trabajos tendentes a formar una codificación general de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, los que debían contener los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal.

Si bien es cierto que el proceso de codificación de tales crímenes aun se encuentra inconcluso (existe un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, aprobado por la mencionada comisión en 1996), ya en 1950, la Comisión de Derecho Internacional, aprobó un informe de los *Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg* y los presentó con sus comentarios, a la Asamblea General.

En dicho informe, se consagró que “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción” (Principio I) confirmando así la tendencia a considerar plausible la responsabilidad penal internacional del individuo por infracciones al derecho internacional.

Asimismo, se puso de manifiesto que “el hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien los haya cometido” (Principio II), con lo cual se deja en claro, que tratándose de ilícitos internacionales *el principio de que una persona que cometa un delito internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción con arreglo al derecho internacional, independientemente de lo que disponga el derecho nacional, implica lo que comúnmente se llama “supremacía” del derecho internacional sobre el derecho nacional*¹⁷⁶.

Por su parte, el Principio VI, se encargó de señalar que los delitos contra la paz, los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad “son punibles como delitos, en derecho internacional”, refiriéndose a cada uno de ellos, en forma separada, y conceptualizándolos de una manera similar a lo reseñado con anterioridad, a propósito del Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

Cabe destacar que, *el informe de la CDI no discute si esos principios forman, o no, parte del derecho positivo, o hasta qué punto lo hacen. Para la CDI, la Asamblea General ya había “confirmado” que formaban parte del derecho*

¹⁷⁶ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Op. cit. p.666

*internacional. Así pues, la CDI se limitó a redactar el contenido de dichos principios*¹⁷⁷.

El principio de responsabilidad penal del individuo por violaciones del derecho internacional, encontró respaldo también, en los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 50 del Convenio I; art. 51 Convenio II; art. 130 Convenio III; art. 147 Convenio IV), y en el Protocolo I de 1977 (arts. 11 y 85), disposiciones que contienen una lista de lo que en estos tratados se denomina *infracciones graves*, y que comprenden, básicamente, todos aquellos actos cometidos en contra de personas protegidas, estableciéndose en el Protocolo I que tales infracciones son *crímenes de guerra*.

Los cuadros que a continuación se exponen, enumeran las distintas infracciones graves contenidas en los distintos instrumentos humanitarios referidos¹⁷⁸.

Infracciones graves especificadas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50, 51, 130 y 147, respectivamente)	Infracciones graves especificadas en el III y el IV Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 130 y 147, respectivamente)	Infracciones graves especificadas en el IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 147)
<ul style="list-style-type: none"> - Homicidio intencional; - Tortura o tratos inhumanos; 	<ul style="list-style-type: none"> - El hecho de forzar a un prisionero de guerra a 	<ul style="list-style-type: none"> - La deportación o el traslado ilegal;

¹⁷⁷ GREPPI, Edoardo. La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°835, 30/09/1999. p. 531-554.

¹⁷⁸ Esquema procedente del sitio web: www.cicr.org/spa/dih sección, **Aplicación del DIH: Servicio de Asesoramiento del CICR**

<ul style="list-style-type: none"> - Experimentos biológicos; - Causar deliberadamente grandes sufrimientos; - Atentar gravemente contra la integridad física o la salud; - Destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente (Esta disposición no está contenida en el art.130 del III Convenio de Ginebra) 	<ul style="list-style-type: none"> servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga; - El hecho de privar intencionalmente a un prisionero de guerra o a una persona protegida, de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios. 	<ul style="list-style-type: none"> - La detención ilegal de una persona protegida; - La toma de rehenes.
---	--	--

Infracciones graves especificadas en el Protocolo Adicional I de 1977 (arts. 11 y 85)

<ul style="list-style-type: none"> - Poner gravemente en peligro, mediante una acción u omisión deliberada, la salud, o la integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que estén internadas, detenidas o privadas de cualquier otra forma de libertad a causa de un conflicto armado, en particular las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para transplantes que no 	<ul style="list-style-type: none"> - Hacer uso péfido del signo distintivo de la cruz roja y de la media luna roja o de otros signos protectores; - Cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo: - El traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la
---	---

<p>estén indicados por su estado de salud o que no estén de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los ciudadanos no privados de libertad de la parte que realiza el acto;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cuando se cometan intencionalmente y si causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física a la salud: - Hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; - Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos; - Lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos; - Hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; - Hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; 	<p>población de ese territorio;</p> <ul style="list-style-type: none"> - La demora injustificable de la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles; - Las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal; - El hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se les haya conferido protección especial, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o utilizados por la parte adversa en apoyo de su esfuerzo militar; - El hecho de privar a una persona protegida por los Convenios y el Protocolo I de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.
--	---

Los Convenios de Ginebra de 1949, y el Protocolo I de 1977, disponen claramente que las infracciones graves, a que se ha hecho referencia, deben ser castigadas, pero no establecen penas específicas, ni un tribunal para juzgar a los infractores.

Sin embargo, estos convenios humanitarios, requieren de los Estado partes, una serie de medidas y conductas, frente a las infracciones graves cometidas en un conflicto armado. Se trata, de establecer mecanismos que hagan posible, en definitiva, el cumplimiento de los compromisos humanitarios adquiridos por los Estados.

Con el objeto de asegurar que dichas infracciones no van a quedar en la impunidad, se le solicita a los Estados que tomen todas las medidas legislativas necesarias, a nivel nacional, a fin de establecer una legislación penal adecuada, que prohíba y castigue los crímenes de guerra. (art. 49 Convenio I; art. 50 Convenio II; Art. 129 Convenio III; y art. 146 Convenio IV). Esta legislación, debe resultar aplicable a todas las personas, sea cual fuere su nacionalidad, que cometan u ordenen cometer infracciones graves, lo que implica, que dicha legislación ha de cubrir tanto los actos cometidos dentro como fuera del territorio del Estado.

Asimismo, los Estados partes de las Convenciones de Ginebra de 1949 y del Protocolo I de 1977, tienen la obligación de buscar a las personas, sea cual fuere su nacionalidad, acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, o bien, remitir dichas personas para que sean juzgadas por otra parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes (art. 49 Convenio I; art. 50 Convenio II; Art. 129 Convenio III; y art. 146 Convenio IV).

Lo anterior denota, que un elemento importante en la represión de los crímenes de guerra, a nivel nacional, es la persecución de los criminales, sea cual fuere la nacionalidad o el lugar en que cometieron el delito.

Se establece, por tanto, para las infracciones graves, una *jurisdicción universal*. Tras la detención el Estado puede optar por enjuiciar o extraditar a una parte interesada en la persecución y que haya formulado cargos suficientes.

El principio de universalidad –recogido en los convenios humanitarios- *habilita al Estado a actuar fuera de su territorio con vistas a desplegar protección sobre ciertos intereses de la sociedad internacional en su conjunto, aplicándose a un muy reducido número de crímenes, definidos por el derecho internacional convencional y consuetudinario, como la piratería, el secuestro de aeronaves, la esclavitud, los supuestos más graves de crímenes de guerra. Tales infracciones han de implicar una violación del ordenamiento internacional, entendido éste como un todo. De la singularidad del principio de universalidad dice mucho que algunos autores lo conciban no como una base autónoma de la competencia del Estado, sino como una excepción a la regla que establece que un Estado no es competente respecto de los actos criminales que se realicen fuera de su territorio*¹⁷⁹.

Este principio de jurisdicción universal, no es más que la consecuencia y respuesta coherente, a delitos que no sólo afectan a la víctima directa de la infracción, sino que por sus graves consecuencias, afectan a la comunidad internacional toda. Es por esa razón que *el Derecho Internacional dispone que ciertos delitos puedan ser sancionados por cualquier Estado porque los infractores*

¹⁷⁹ REMIRO BROTÓNS, Antonio. Op. cit. p.81

*son enemigos de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su captura y castigo*¹⁸⁰.

En suma, *este sistema universal de represión que obliga al Estado que no haya hecho comparecer al inculpado de crímenes de guerra ante sus propios tribunales a extraditarlo para que sea juzgado con todas las garantías del debido proceso judicial, excluye la posibilidad que los crímenes de guerra queden sin apropiado juicio. La regla de “juzgar o dar a juzgar” (judicare aut dedere) garantiza la universalidad del sistema represivo previsto por los tratados de Ginebra*¹⁸¹.

8.3.3. LA REPRESIÓN DE LOS CRÍMENES DE GUERRA POR TRIBUNALES INTERNACIONALES: LOS PROCESOS DE NUREMBERG, LAS CORTES AD HOC DE LA DÉCADA DE LOS NOVENTA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La comisión de infracciones consideradas graves por el derecho internacional humanitario, genera responsabilidad internacional, no sólo para el Estado infractor, sino que también, abre los caminos para perseguir la responsabilidad criminal internacional de los autores de dichos delitos.

Esta posibilidad, más que una facultad, es una verdadera obligación que pesa sobre los Estados partes de los principales instrumentos del denominado *Derecho de Ginebra*, quienes tienen el deber de perseguir a los criminales de guerra, a objeto de enjuiciarlos por los crímenes por estos cometidos, instaurándose para ello

¹⁸⁰ REMIRO BROTONS, Antonio. El caso Pinochet: los límites de la impunidad. Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 1999. p. 63. (Cita del caso conocido en E.E.U.U. como Demjanjuk v. Petrovsky (1985) 603 F.Supp. 1468 af d. 776 F. 2d. 571, donde Israel solicitaba la extradición de un criminal de la Segunda Guerra Mundial).

¹⁸¹ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos...Op. cit. (Capítulo V N°4)

el principio de jurisdicción universal, según el cual todo Estado parte asume la obligación de hacer comparecer a los responsables de infracciones graves ante sus propios tribunales internos, o bien tienen la alternativa, de entregarlos para que sean juzgados por otro Estado parte interesado.

Es así como los Estados se han convertido en los gestores de las últimas consecuencias del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados, lo que significa que son las mismas partes de los convenios humanitarios, las encargadas de reprimir los crímenes de guerra, para lo cual, deben asegurar las medidas internas necesarias – principalmente contar con una legislación penal adecuada - para no dejar en la impunidad estos delitos de índole internacional.

Sin embargo, la persecución y represión de los delitos contra el Derecho de Gentes en general, y de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, en particular, por los órganos estatales presenta fisuras y limitaciones allí donde los presuntos criminales forman parte del aparato del Estado o encuentran en éste – y también en el medio social – una cobertura para sus actos. Es por eso que – sobre todo pensando en los grandes criminales – se ha venido sosteniendo desde antes incluso de las experiencias históricas de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio – donde los vencedores de la Segunda Guerra Mundial juzgaron a los vencidos – la creación de un Tribunal Penal Internacional, que vendría a complementar las funciones encomendadas de ordinario a los órganos estatales, que a su vez vendrían obligados a cooperar con aquél en diferentes planos, del policial al penitenciario¹⁸².

¹⁸² ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Op. cit, p.48

La idea de establecer un Tribunal Penal Internacional permanente que sancionara los crímenes internacionales se inicia con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

La intensa labor desplegada por la comunidad internacional, aun horrorizada por los hechos de barbarie y sangre desatados en el referido conflicto armado, encontró su recompensa, con la creación de las Naciones Unidas, y con la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1945 y en 1948, respectivamente.

A partir de entonces, diversos órganos de dicha organización interestatal, y en particular, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), desarrollaron múltiples trabajos tendentes a elaborar instrumentos internacionales, que por una parte recogieran los más importantes principios que debían inspirar el comportamiento de las naciones ante la comunidad internacional, y por otra parte, fomentar la creación de un sistema internacional que sancionara aquellos ilícitos que pusieran en riesgo la pacífica convivencia de los Estados y la supervivencia humana.

En relación a este último aspecto, cabe destacar los logros alcanzados por dicha Comisión, en lo concerniente a la cristalización de normas consuetudinarias relativas a los principales atentados contra la paz y la seguridad de la humanidad, donde destacan, el informe sobre los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg (1950) y el Proyecto de Códigos de Crímenes contra la Paz y Seguridad Internacional (1996).

Sin embargo, el trabajo de las Naciones Unidas, en lo que dice relación a la creación de un órgano jurisdiccional permanente, que conociera de los delitos internacionales, no encontró la respuesta inmediata que el caso requería, develando

una de las facetas más cuestionadas de dicho organismo, cual es, el marcado interés político que define su actuar.

Los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial fueron conocidos y juzgados por los tribunales creados por las potencias vencedoras, cuestión trascendental, sin duda, para el derecho internacional, pero no por eso exento de críticas. *El Tribunal de Nuremberg (como el de Tokio), llamado internacional, tuvo este carácter sólo en cuanto estaba integrado por jueces que representaban a más de un país y en cuanto aplicó el derecho internacional. Fue, sin embargo, un tribunal de los vencedores para los vencidos, sin que juzgara los crímenes de guerra de aquellos. Un verdadero tribunal internacional ha de estar preestablecido y debe ser competente para conocer de todos los crímenes de guerra que se cometan*¹⁸³.

Más allá de las críticas vertidas sobre los procesos de Nuremberg y Tokio, la importancia de los mismos resultó fundamental, en orden a generar la necesidad de contar con un tribunal internacional que se hiciera cargo del castigo de los culpables, no sólo de los crímenes de guerra, sino que también de todos aquellos ilícitos internacionales que socavaran la paz y la seguridad de la humanidad.

Dicha necesidad, quedó plasmada en el primer instrumento humanitario adoptado por las Naciones Unidas, esto es, en la Convención de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

Esta convención, que constituye la respuesta de los miembros de la Organización, a las atrocidades cometidas por los regímenes totalitarios durante la Segunda Guerra Mundial, considera el genocidio como un crimen internacional que

¹⁸³ MONTEALEGRE, Hernán. Op. cit. p.390

comporta responsabilidad tanto para los Estados como para los individuos, y establece en su artículo 6 lo siguiente:

“ Las personas acusadas de genocidio...serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Esta norma fue precisamente la que dio lugar a un requerimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas, destinado a que la CDI, iniciara el estudio de la conveniencia y posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para el enjuiciamiento de personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fuesen de la competencia de ese órgano en virtud de convenios internacionales, pidiéndole, además, que se plantease la posibilidad de crear una Sala de lo penal en la Corte Internacional de Justicia.

La CDI examinó esta petición en sus períodos de sesiones de 1949 y 1950, y consideró conveniente la creación de un órgano judicial internacional con tales fines. La elaboración de un proyecto de Estatuto en 1953, hacia pensar que la celeridad caracterizaría el nacimiento del esperado órgano judicial.

Sin embargo, el tratamiento conjunto que se le dio a este tema con la elaboración de un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad internacional, provocó el aplazamiento continuo de la aprobación del proyecto, al punto que hasta la década de los 80 no se registró avance alguno.

En este sentido, cabe destacar, que *este aplazamiento no resultaba ajeno a la situación internacional, en la que la polarización del período de la guerra fría*

*hacia prácticamente imposible plantear cualquier tipo de avance en esta materia*¹⁸⁴.

En la década de los noventa del siglo que acaba de expirar, dos conflictos étnicos, primero en Yugoslavia y luego en Ruanda, *conducían a quienes habían obstaculizado sistemáticamente la creación de un Tribunal Penal Internacional a crear dos, una vez más para hacerse cargo de crímenes localizados en un espacio y en un tiempo determinados*¹⁸⁵.

Las Naciones Unidas comenzaron a participar activamente en el conflicto yugoslavo el 25 de septiembre de 1991, cuando el Consejo de Seguridad aprobó por unanimidad la resolución 713 de ese mismo año, en la que expresaba preocupación por los combates en ese país.

En ese entonces, se dispuso que todos los miembros de la ONU impusieran un embargo general y completo a todas las entregas de armamentos militares a Yugoslavia, así como un embargo económico. Otras acciones fueron tomadas por la ONU durante 1992, entre otras la creación de una Fuerza de Protección de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia.

Sin embargo, dichas medidas no resultaron suficientes, por lo que el 22 de febrero de 1993, en respuesta a las pruebas abrumadoras de depuración étnica y actividad genocida llevadas a cabo en la antigua Yugoslavia, el Consejo de Seguridad actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, esto es, aceptando que dicha situación constituía una amenaza para la paz y seguridad internacional, decidió establecer (Resolución 808), el primer tribunal internacional de crímenes de guerra, desde los de Nuremberg y Tokio.

¹⁸⁴ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad. Barcelona, Ariel, 2001. p. 46

¹⁸⁵ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Op. cit. p.49

Se estableció así el *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991* mediante la resolución 827 del Consejo de Seguridad de 25 de mayo de 1993, con la convicción explícita de que la asignación de responsabilidades "contribuiría a la restauración y mantenimiento de la paz".

El Tribunal para la ex Yugoslavia es el primer tribunal penal internacional establecido verdaderamente por las Naciones Unidas, ya que fue creado como un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad con la administración y financiamiento por parte de las Naciones Unidas. Como un cuerpo judicial, el tribunal fue creado con completa independencia de los Estados.

Su establecimiento bajo el Capítulo VII de la Carta era necesario para asegurar un método más rápido para su funcionamiento.

A diferencia del Tribunal de Nuremberg, el Tribunal para la ex Yugoslavia fue el primero con un carácter internacional, debido a que no es un órgano de un grupo de Estados, sino de toda la comunidad internacional, ya que sus magistrados proceden de todas partes del mundo, su procedimiento y su jurisdicción no se encuentran sometidas a normas nacionales e, incluso, la dependencia de detención, en la que se custodiaría a las personas juzgadas por el tribunal, tiene un carácter internacional y no está sometida al control o supervisión del Estado anfitrión.

Los objetivos del Tribunal de acuerdo con su Estatuto y con la Resolución 827 son tres:

- Poner fin a las violaciones del derecho internacional humanitario y tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los responsables de tales delitos;

- Disuadir, mediante el enjuiciamiento de los responsables, la comisión de nuevos crímenes;
- Contribuir a la restauración y mantenimiento de la paz.

Por lo que respecta a la situación de Ruanda, cabe señalar que esta nación tiene una larga historia de rivalidades políticas y económicas entre los dos principales grupos étnicos del país, los hutus, que son mayoría y los tutsis.

En abril de 1994, las muertes de los presidentes de Burundi y Ruanda en un accidente aéreo causado por un cohete, dieron paso a una ola de intensas y sistemáticas masacres. Los asesinatos estimados en más de un millón de personas conmocionaron a la sociedad internacional, puesto que se trataba de actos claramente genocidas.

Aunque el gobierno ruandés pretendía castigar a todos los que realizaron esos delitos, el problema se complicó porque el sistema de justicia penal en Ruanda fue diezmado durante la guerra, con alrededor del 95% de los abogados y jueces del país muertos, en el exilio o en la cárcel.

Así el panorama, la administración de justicia en Ruanda requería de un método alternativo que tomara en cuenta, por una parte, los numerosos casos potenciales, y por otra parte, la escasa dotación de personal disponible en el sistema judicial para procesarlos.

Fue así, como el 8 de noviembre de 1994 el Consejo de Seguridad, ante los graves hechos que ahora se producían en Ruanda, adoptó otra resolución - la Resolución 955 (1994) - por la que decidió la creación de un nuevo tribunal internacional, siempre con sustento en el Capítulo VII de la Carta, otorgándole competencia para conocer en los crímenes de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; y las violaciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y al

Protocolo Adicional II, manifestando el propósito de enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en territorio de Ruanda y a los ciudadanos de Ruanda presuntamente responsables de las mismas violaciones en territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre 1994.

Una de las más fuertes críticas hechas al Consejo de Seguridad por la creación de estos tribunales es su criterio selectivo, ya que en otras regiones del mundo se cometen actos similares sin que el Consejo decida crear el tribunal respectivo. *La creación de estos tribunales, pese a constituir una medida necesaria para intentar, al menos, el castigo de los culpables de crímenes particularmente odiosos, no deja de percibirse como una actuación política del Consejo de Seguridad para paliar errores y omisiones en el desarrollo de estos conflictos*¹⁸⁶.

Con todo, no cabe duda, que la experiencia de los tribunales ad-hoc ha sido positiva y demuestra que, sí es posible aplicar el derecho penal internacional a través de una institución judicial internacional que aplique la justicia a escala internacional de un modo imparcial.

Con la instauración de los Tribunales para el enjuiciamiento de crímenes cometidos en ex Yugoslavia (TPIY) y en Ruanda (TPIR), respectivamente, se dio un paso importante en el largo proceso para desarrollar normas sobre la responsabilidad penal individual en virtud del derecho internacional humanitario. Estos Tribunales representan un progreso capital hacia la institución de una especie de jurisdicción permanente. Asimismo, con ello se logró una mayor claridad respecto de la esencia de lo que se está transformando en una suerte de

¹⁸⁶ Ibid.

*código penal internacional, en el sentido previsto por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 95 (I)*¹⁸⁷.

Este cúmulo de antecedentes, permitieron que el año 1994, la CDI presentara a la Asamblea General de las Naciones Unidas, un proyecto destinado a crear un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente, texto que fue aprobado, con la recomendación a la Asamblea General de que convocase a una conferencia internacional de plenipotenciarios para su examen y adopción.

*Ciertamente en el momento de la apertura de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma, el 15 de junio de 1998, subsistían aún importantes desacuerdos sustantivos sobre el contenido del futuro Estatuto, una vez superadas las discrepancias sobre los aspectos procedimentales de la Conferencia. Pero toda una conjunción de factores propiciaron que, después de tres semanas de intenso trabajo, el 17 de julio de 1998 se aprobase el Estatuto de una Corte Penal Internacional por 120 votos a favor, siete en contra y 21 abstenciones*¹⁸⁸.

A esta trascendental decisión tomada por la sociedad internacional a fines de la década de los noventa del siglo pasado, se suma en la actualidad – y en rigor a partir del 1 de julio de 2002 – otro importante hito para el mundo normativo internacional, puesto que ya se ha logrado el mínimo de 60 instrumentos de ratificación necesarios para que el Tratado entre en vigor, por lo que la Corte Penal Internacional (CPI) hoy día es una realidad.

La comunidad internacional cuenta ahora con un instrumento que establece un tribunal internacional de carácter permanente, destinado a prevenir y castigar los crímenes más graves de trascendencia internacional y a terminar con la impunidad de sus autores, garantizando así el respeto de la justicia internacional.

¹⁸⁷ GREPPI, Edoardo. Op. cit. p.531-554

¹⁸⁸ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. cit. p.49

El Estatuto de Roma es un texto compuesto de 128 artículos divididos en XIII partes. En él se regulan aspectos tan variados como la organización de la Corte, el derecho material que aplicará la misma, e innumerables cuestiones de procedimiento. En este sentido, las disposiciones del Estatuto se refieren a cuatro ámbitos diferentes¹⁸⁹:

- 1) *Aspectos institucionales y orgánicos*, que son los referidos a la naturaleza jurídica, estructura y composición de la CPI. Estos aspectos aparecen tratados en la parte I (“Del establecimiento de la Corte”, arts. 1-4), parte IV (“De la composición y administración de la Corte”, arts. 34-52), parte IX (“De la Asamblea de los Estados partes”, art. 112) y parte XII (“De la financiación”, arts. 113-118).
- 2) *Aspectos sustantivos penales*, que comprenden los relativos a la competencia de la Corte: parte II (“De la competencia, de la admisibilidad y del derecho aplicable”, arts. 5-21) y parte III (“De los principios generales del derecho penal”, arts. 22-32).
- 3) *Aspectos procesales penales*, que, además de las disposiciones de la parte II, están desarrollados principalmente en la parte V (“De la investigación y del enjuiciamiento” arts. 53-61), parte VI (“Del juicio”, arts. 62-80), parte VIII (“De la apelación y la revisión”, arts. 81-85) y la parte X (“De la ejecución de la pena”, arts. 103-111).
- 4) *Aspectos relativos a la relación entre la CPI y los Estados*, a los que se refiere de forma principal, aunque no exclusivamente, la parte IX (“De la cooperación internacional y la asistencia judicial”, arts. 86-102).

¹⁸⁹ Ibid. p.52

Por lo que respecta al derecho material aplicable por la Corte Penal Internacional, y en particular, en lo que dice relación a los delitos internacionales que limitan su competencia, cabe destacar que los ilícitos que caen dentro de su ámbito de conocimiento son los siguientes (art.5):

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

En este sentido, el Estatuto de Roma no innovó mayormente, en relación, a lo que ya se había planteado en instrumentos internacionales anteriores. El Estatuto del Tribunal de Nuremberg, los principios de derecho internacional consagrados por dicho estatuto y por las sentencias del referido tribunal, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, los Estatutos de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y el Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad de la CDI, ya habían reconocido el carácter internacional de estos delitos (como en el caso de los principios derivados del proceso de Nuremberg, la Convención contra el genocidio y el Proyecto de Código), o bien limitaron, en su oportunidad, su campo de acción por los mismos (como en el caso de cada uno de los Estatutos de los tribunales internacionales referidos) ¹⁹⁰.

¹⁹⁰ El Estatuto del Tribunal de Nuremberg, en su artículo 6, limitó su jurisdicción a los crímenes contra la paz, a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la paz; los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto de Nuremberg, declaraba en su Principio VI que los delitos contra la paz, los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad son punibles como delitos en derecho internacional; la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, en su artículo 1 señalaba que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional; el Estatuto del Tribunal ad hoc para la ex Yugoslavia, limitaba su competencia respecto de: las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art.2), violación de las leyes o usos de la guerra (art.3), el genocidio (art.4) y los crímenes de lesa humanidad (art.5); el Estatuto del Tribunal ad hoc para Ruanda limitaba su conocimiento respecto de: los actos de genocidio (art.2), los crímenes de lesa humanidad (art. 3) y las violaciones del art.3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II de 1977; el Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad de 1996, consagra en su parte II

Ciertamente, el carácter pernicioso, y la peligrosidad para la supervivencia humana, de cada uno de los delitos referidos por el artículo 5 del Estatuto de Roma, (a los que la misma norma califica como los “más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”) fue lo que trajo consigo, esta enumeración limitada de ilícitos.

Por otra parte, la base consuetudinaria de todos los crímenes recogidos por el Estatuto, colaboró a que fueran solamente esos y no otros delitos, los que recibieran el reconocimiento de “gravedad” y “trascendencia” para la sociedad internacional. *La consideración del Estatuto como una regla de mínimos determina una limitación competencial por razón de la materia que constituye una opción defensora de la eficacia y de la seguridad frente a alternativas tendentes a lograr una mayor amplitud de reglas de derecho sustantivo*¹⁹¹.

Ahora bien, la circunstancia de que sólo se hayan incluido cuatro categorías de delito, como crímenes de la competencia de la CPI, no quiere decir, que la misma, con el paso del tiempo no recoja otros ilícitos. El propio Estatuto acepta expresamente esta posibilidad, según las siguientes normas:

Art.121.1:

“ Transcurridos siete años desde la entrada en vigor del presente Estatuto, cualquier Estado Parte podrá proponer enmiendas a él. El texto de la enmienda propuesta será presentado al Secretario General de las Naciones Unidas, que lo distribuirá sin dilación a los Estados Partes”.

como delitos de tal carácter: el crimen de agresión (art.16), el crimen de genocidio (art.17), los crímenes contra la humanidad (art.18), los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (art.19) y los crímenes de guerra (art.20).

¹⁹¹ QUEL LÓPEZ, Francisco y BOLLO AROCENA, M^a Dolores. La protección Internacional de los DDHH a los 50 años de la Declaración Universal. Madrid, Tecnos, 2001. p.149

Art.121.5:

“Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda”.

Art. 123.1:

“Siete años después de que entre en vigor el presente Estatuto, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una Conferencia de Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas al Estatuto. El examen podrá comprender la lista de los crímenes indicados en el artículo 5 pero no se limitará a ellos”.

Art. 123.2:

“Posteriormente, en cualquier momento, a petición de un Estado Parte y a los efectos indicados en el párrafo 1, el Secretario General de las Naciones Unidas, previa la aprobación de una mayoría de los Estados Partes, convocará una Conferencia de Revisión de los Estados Partes”.

Tenemos así, que el propio cuerpo normativo de la CPI, consulta la posibilidad –siempre abierta – de revisar el contenido de su propio Estatuto, con lo que se manifiesta el ánimo de aceptar la posterior inclusión de nuevas conductas típicas *en función del grado de aceptación de la necesidad de internacionalización de su sanción penal*¹⁹².

¹⁹² Ibid.

Con todo, para que la CPI entre a conocer de un asunto, haciendo aplicación de los tipos penales, es necesario que concurren una serie de elementos, que variarán según el delito perpetrado.

A pesar que la conducta ilícita, en un examen *a priori* se circunscriba en el catálogo previsto por el Estatuto, es posible que el ejercicio de la jurisdicción de la Corte se vea impedido, ya sea porque se presentan circunstancias que rodean el hecho criminal de difícil determinación y prueba – es el caso de la intencionalidad destructora del grupo atacado, tratándose del crimen de genocidio y de la sistematicidad o intencionalidad política, tratándose de un crimen contra la humanidad -, ya sea, porque incide un factor externo y ajeno al crimen. En este último caso, cabe destacar la norma del artículo 16 del Estatuto, que consulta la posibilidad de una intervención del Consejo de Seguridad, tendente a suspender la investigación o el enjuiciamiento. La disposición en comento señala:

“ En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones”.

Esta norma, ha sido objeto de numerosas críticas, principalmente porque *se ha introducido un elemento que de alguna manera cuestiona la independencia de la CPI, ya que se está primando la acción política del Consejo de Seguridad*¹⁹³.

No obstante lo anterior, y aunque en la práctica lo dispuesto por el artículo 16 puede traducirse en un bloqueo continuo e interesado de las actividades de la

¹⁹³ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. cit. p.73

*Corte, conviene recordar que el ejercicio del derecho de veto por cualquiera de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad podrá impedir la aprobación de la resolución y, en consecuencia, impedir también la paralización del procedimiento*¹⁹⁴.

Otro aspecto vinculado con la competencia de la CPI, que resulta interesante recalcar, es el carácter de jurisdicción complementaria que posee la Corte respecto de los tribunales penales nacionales. Se trata del denominado *principio de complementariedad*.

Este principio, cuyo reconocimiento aparece en el mismo artículo 1 del Estatuto¹⁹⁵, viene a satisfacer y dar respuesta a aquellas aprehensiones que consideran que la aceptación de la jurisdicción de un Tribunal Internacional, implica, de una u otra forma, una cierta erosión en la soberanía de los Estados.

En todo caso, y pese al carácter complementario de la Corte, nada impide concluir que, el actuar de la Corte corresponde a *una competencia atribuida o cedida, en la medida en que la CPI es el resultado de la voluntad de los Estados partes en el Estatuto, y tiene jurisdicción porque éstos se la han dado al consentir en obligarse por el Estatuto*¹⁹⁶.

En definitiva, *el Estatuto de Roma continúa dejando en mano de los Estados la responsabilidad de reprimir conductas especialmente graves, por lo que puede decirse que la Corte desempeñará el papel de jurisdicción “cuasiresidual”*. Sin embargo, *la mera existencia de la Corte Penal Internacional podrá servir como estímulo para que los Estados hagan uso de su derecho, y en algunos casos de su*

¹⁹⁴ QUEL LÓPEZ, Francisco y BOLLO AROCENA, M^a Dolores. Op. cit. p.162

¹⁹⁵ El artículo 1 del Estatuto señala: “La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

¹⁹⁶ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. cit. p.108

*deber, de enjuiciamiento ante la amenaza de que, en caso contrario, sea una “jurisdicción extraña” la que proceda a hacerlo*¹⁹⁷.

De todas formas, la complementariedad de la Corte- respecto de los Estados partes del Estatuto - finaliza en todos aquellos supuestos, que signifiquen:

- Una falta de disposición de investigación o enjuiciamiento, por parte del Estado, respecto de aquellos delitos de competencia de la Corte; e
- Incapacidad de los tribunales nacionales para la investigación o enjuiciamiento.

La calificación de tales circunstancias, por parte de la Corte, deberá ceñirse a los criterios establecidos por el artículo 17 del Estatuto, que señala en esta materia lo siguiente:

“2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

¹⁹⁷ QUEL LÓPEZ, Francisco y BOLLO AROCENA, M^a Dolores. Op. cit. p.161

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

Por otra parte, es importante señalar que en el momento en que un Estado pasa a ser Parte en el Estatuto, acepta la competencia de la CPI respecto de los crímenes mencionados más arriba, cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto.

De conformidad con el artículo 25 del Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales, y no de los Estados.

La CPI puede ejercer su competencia a instancias del Fiscal o de un Estado Parte, a condición de que uno de los siguientes Estados esté obligado por el Estatuto:

- El Estado en cuyo territorio se haya perpetrado el crimen; o
- El Estado del que es ciudadano el acusado del crimen.

Tratándose de una activación del procedimiento, que encuentre su origen en la iniciativa tomada por un Estado parte, *debe advertirse que puede ser cualquier Estado Parte el que realice tal remisión, sin necesidad de que tengan los que algunos denominaban “interés directo en el asunto”, entre otras razones porque los crímenes en presencia son crímenes cuya comisión supone un atentado a valores protegidos y amparados por la Comunidad Internacional en su conjunto.*

*En sentido contrario, se excluyó la posibilidad de que un Estado no parte en el Estatuto realizara tal remisión*¹⁹⁸.

También, el Estatuto reconoce la posibilidad de que un Estado que no sea Parte en el Estatuto puede hacer una declaración al respecto, aceptando la competencia de la Corte. En tal sentido, el artículo 12.3 señala:

“Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate”.

Por otra parte, y con arreglo al sistema de seguridad colectiva descrito en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, también es un sujeto legitimado para promover el ejercicio de la acción penal, y por tanto, puede someter una situación al Fiscal para que comience la investigación, proporcionando así, una fuente más a partir de la cual el Fiscal podrá proceder a investigar situaciones en las que se estén cometiendo crímenes que sean de la competencia de la Corte.

Hay que tener presente, que cuando el Consejo de Seguridad es quien ha procedido a activar el procedimiento, no es necesario que el crimen en cuestión, se haya cometido en el territorio de un Estado parte o por un nacional del mismo o de un Estado que reconozca posteriormente la competencia de la Corte.

Tratándose de un procedimiento, cuyo origen reconozca la actividad del Consejo de Seguridad, se rompe la regla general del efecto relativo de los tratados, (que por cierto gobierna sobre el Estatuto de Roma), y por tanto, la Corte puede entrar a conocer de asuntos cometidos en el territorio o por un nacional de un

¹⁹⁸ Ibid.

Estado que no sea parte en el Estatuto, ya que al tratarse de una situación susceptible de ser enmarcada en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el principio de la soberanía de los Estados queda subordinado al restablecimiento de la paz y seguridad internacionales, *lo que permite entonces hablar de una jurisdicción universal de la Corte, conforme a la cual ésta podrá conocer de la responsabilidad penal de cualquier individuo en relación con cualquier asunto, sin quedar supeditada a la aceptación de su competencia por un Estado*¹⁹⁹.

En lo que dice relación, al tipo criminal que más interés aporta a esta exposición, a saber, los *crímenes de guerra*, el Estatuto de Roma representa una síntesis normativa de los numerosos instrumentos convencionales que la preceden, abarcando aspectos propios de las dos vertientes - la de Ginebra y la de La Haya - que conforman el derecho internacional humanitario.

En este sentido el Estatuto de la CPI, en su artículo 8, hace una larga enumeración de las conductas susceptibles de ser reprimidas, y que son tipificadas bajo la denominación genérica de crímenes de guerra. Esta norma señala:

“1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) Matar intencionalmente;

¹⁹⁹ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. cit. p.109

- ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;*
- iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;*
- iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;*
- v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga;*
- vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;*
- vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;*
- viii) Tomar rehenes;*
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:*
 - i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;*
 - ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;*
 - iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;*
 - iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos,*

duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea;

v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix) Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

xii) Declarar que no se dará cuartel;

- xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;*
- xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;*
- xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra;*
- xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;*
- xvii) Veneno o armas envenenadas;*
- xviii) Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;*
- xix) Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;*
- xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;*
- xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;*
- xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización*

forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:

i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

- vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;*
- vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;*
- viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;*
- ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;*
- x) Declarar que no se dará cuartel;*
- xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;*
- xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;*
- f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.*

3. *Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo”.*

Esta extensa disposición, aparte de contemplar las reglas básicas que, en cuanto leyes y usos de la guerra, constituyen un cuerpo normativo consuetudinariamente indiscutido, *incorpora al igual que ocurría en los crímenes contra la humanidad, significativas novedades fruto de la evolución y consolidación de reglas en el sector de la protección de los derechos humanos y del derecho humanitario que, en una suerte de ósmosis, interactúan y se conectan tanto de los conceptos como desde la necesidad de defensa de estándares mínimos. Así, el Estatuto reafirma su competencia, en el ámbito de un conflicto armado internacional, respecto de los denominados crímenes de género incluyendo las manifestaciones más perversas de los mismos como la esterilización forzosa, la esclavitud sexual o los embarazos forzosos. Por otra parte, se eleva a la categoría de norma penal la protección del menor frente a su reclutamiento, aislamiento o utilización en el curso de las hostilidades por las fuerzas armadas nacionales*²⁰⁰.

Por lo que respecta al tema de la gravedad de los crímenes de guerra - como condición básica de aplicación del tipo - se introduce en el ya reseñado art.8.1 una cláusula umbral (en aplicación del principio de complementariedad), que establece la competencia de la Corte en relación con estos crímenes.

La cuestión de si el Tribunal debería tener jurisdicción únicamente sobre crímenes de guerra cometidos en gran escala, o también sobre actos criminales en casos particulares, fue objeto de una negociación indefinidamente prolongada. En

²⁰⁰ QUEL LÓPEZ, Francisco y BOLLO AROCENA, M^a Dolores. Op. cit. p.157

el Estatuto se estipula que el Tribunal tendrá jurisdicción con respecto a los crímenes de guerra «en particular» cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. En otras palabras, se determinó un umbral, pero que no es excluyente. El Tribunal sigue teniendo autoridad para investigar actos criminales individuales, lo cual es una solución encomiable²⁰¹.

Por otra parte, cabe destacar que, la redacción de la disposición contenida en el art.8.1 del Estatuto, resulta muy similar a la establecida a propósito de los crímenes de lesa humanidad y *se fundamenta también en la existencia de un policy element, como criterio delimitador de alcance general de la gravedad de los hechos incardinables dentro de las categorías de crímenes de la competencia de la Corte. Como apunta Quel López, esta cláusula constituye en cuanto tal un requisito extraño al derecho internacional humanitario, y en esa medida no puede considerarse que se haya incorporado como una “condición suplementaria, sino como principio reafirmador de la competencia de la Corte en casos especialmente importantes”²⁰².*

En lo que dice relación al contenido concreto que el Estatuto de Roma asigna a los crímenes de guerra, dicho instrumento realiza una sistematización de los supuestos recogidos, en torno a categorías que se articulan en función de la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos armados de índole interno.

Respecto de los *conflictos armados con carácter internacional*, el art.8, a su turno, clasifica los distintos crímenes, según si se trata de:

²⁰¹ ROBERGE, Marie-Claude. El nuevo Tribunal Penal Internacional: Evaluación preliminar. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°148, 31/12/1998. p. 723-737.

²⁰² LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. cit. p.127

- Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (Art.8.2.a);
- Violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados (Art.8.2.b)²⁰³;

También en este último apartado - y siempre en relación, a los conflictos internacionales – se hizo referencia a aquellas armas prohibidas, cuya utilización comporta la comisión de un crimen de guerra (art. 8.2.b xvii a xx).

Sin embargo, y atendido el notable avance experimentado en la tecnología militar, llama la atención el hecho de que el Estatuto, sólo declarara prohibidas ciertas armas, que si bien resultan odiosas, representan medios de combate propios del siglo XIX, dejando fuera del catálogo de armas proscritas, aquellas especialmente crueles (armas nucleares, armas biológicas, minas antipersonales), cuya peligrosidad está totalmente comprobada.

De todas formas, es el propio Estatuto (art. 8.2.b.xx.), el que incluye la posibilidad de ampliar el catálogo de armas prohibidas, a través de una cláusula general que se refiere al empleo de medios y métodos de combate que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o que surtan efectos indiscriminados, y que sean objeto de una prohibición completa y se incluyan en un anexo del Estatuto que se confeccionará siete años después de su entrada en vigor.

Finalmente, y siempre en el contexto de los crímenes cometidos en los conflictos armados internacionales, cabe destacar el hecho de que el Estatuto de Roma, tomando en cuenta la práctica internacional más reciente, incluyó supuestos que hasta ahora no habían sido objeto de regulación convencional. En este sentido, cabe mencionar los ataques contra fuerzas o instalaciones pertenecientes a una

²⁰³ Es en esta categoría, donde se van a incluir y ampliar aquellas otras violaciones graves del derecho internacional humanitario distintas de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, sobre todo las procedentes del Protocolo I de 1977 (arts. 11 y 85) y las violaciones graves del Convenio IV de la Haya de 1907 (arts. 23, 25 y 27).

misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria (art. 8.2.b.iii), la comisión de actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquiera otra forma de violencia sexual (art. 8.2.b.xxii) y el reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas (art. 8.2.b.xxvi).

Tratándose de *conflictos armados internos*, el Estatuto de Roma haciendo uso de una sistemática paralela a la utilizada en los conflictos internacionales, recoge los delitos según si se trata de:

- Violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (art. 8.2.c.);
- Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional (art. 8.2.e.)²⁰⁴.

Con respecto a los crímenes de guerra cometidos durante conflictos armados no internacionales, en el Estatuto lamentablemente no consta una prohibición acerca de hambrear intencionalmente a las poblaciones civiles, mediante el uso de determinadas armas o la destrucción de los recursos naturales, realizada de forma generalizada y grave, causando daños ambientales a largo plazo, como tampoco, hay norma alguna que limite el empleo de armas prohibidas.

Por lo que respecta a los elementos o condiciones básicas que definen la aplicación de los tipos consagrados para este tipo de conflictos armados, cabe destacar la exigencia, sin precedentes en los convenios humanitarios, de que dicha confrontación presente un carácter “prolongado”. También, llama la atención la ampliación que ha sufrido el concepto de conflicto armado interno, en relación a la noción contemplada en el artículo 1.1 del Protocolo II de 1977, puesto que el

²⁰⁴ En esta categoría, se incluyen normas procedentes del Protocolo II de 1977, y otras contenidas en el Convenio IV de La Haya de 1907.

Estatuto incluye no sólo los conflictos entre las fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, sino también los existentes entre tales grupos (art.8.2.f.)

Por otra parte, la CPI no puede entrar a conocer, ni juzgar, aquellos hechos criminales acaecidos en disturbios o tensiones internas, reafirmando así la jurisdicción estatal para conocer este tipo de situaciones.

Ahora bien, y no obstante el éxito que supone el hecho de que el Estatuto de la CPI haya consagrado la competencia de la misma, para conocer crímenes de guerra cometidos en un contexto de guerra interna, nada justifica que este tipo de confrontación, cuya ocurrencia resulta la más habitual en la actualidad, tenga un grado de protección inferior que el establecido para los conflictos armados internacionales. *En este sentido, hay que destacar la progresiva equiparación en el grado de protección de los conflictos armados internacionales e internos que ha llevado a cabo el TPIY, superando las consecuencias que se derivan en el plano del derecho formalmente aplicable en el marco de su Estatuto de calificación del conflicto como “internacional” o “interno”. Estas diferencias no han incidido en el grado de protección aplicable, poniendo esta jurisprudencia precisamente de manifiesto la igualdad de contenido que debiera establecerse entre las normas aplicables a los conflictos armados internacionales e internos, en la medida en que ambas coinciden en el objetivo de la protección de la persona humana en una situación de conflicto armado*²⁰⁵.

Finalmente, hay que tener presente lo dispuesto por el artículo 124 del Estatuto:

²⁰⁵ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. cit. p.130

“No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123”.

Esta cláusula, conocida como *opting out*, es la que ha sido objeto de mayores reparos y críticas, puesto que permite que un Estado parte exceptúe de la competencia de la Corte, durante un período de siete años, los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio. *De hecho, esto crea, por lo que respecta a los crímenes de guerra, un régimen distinto al de los demás crímenes mencionados en el Estatuto, lo que parecería indicar que los crímenes de guerra no son tan graves como los otros delitos*²⁰⁶.

Por otra parte, con esta cláusula, *y a pesar de que se haya intentado relativizar su importancia, se pone en entredicho la propia capacidad de la Corte para sancionar crímenes de guerra y sobre todo se evidencia la desconfianza que pesa sobre esta institución...parece como si la CPI se entendiese más como un mecanismo de disuasión y sanción de los comportamientos ajenos, que como un instrumento que garantice en todos los supuestos la represión de los crímenes mencionados*²⁰⁷.

²⁰⁶ ROBERGE, Marie-Claude. Op. cit. p. 723-737.

²⁰⁷ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Op. cit. p.129

Con todo, y pese a los defectos enunciados, todo invita a depositar las más altas expectativas en esta nueva institución, la que, sin duda, representa el paso más importante en este largo proceso por no dejar en la impunidad a los responsables de sublimar a la barbarie como método de imposición ideológica o cultural, y de paso, aportar – vía disuasión - otro segundo de reflexión, para aquellos que cargan consigo la recurrente idea de acudir a las armas, cada vez que los intereses políticos, sociales o económicos demanden una intervención bélica.

9. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Diversas razones condujeron a que durante un largo período, la doctrina clásica, al momento de tratar la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, impusiera un criterio tendente a dar un tratamiento separado y carente de conexión entre ambas ramas del derecho internacional público.

El hecho de que fueran dos vertientes de origen diverso y con objetivos distintos, provocó la inmediata diferenciación en su tratamiento normativo, por parte de los organismos internacionales, y en su estudio, por parte de los estudiosos del derecho de gentes.

Ahora bien, la constante necesidad de prestar la máxima protección al ser humano en toda circunstancia, es decir, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, provocó un acercamiento entre ambas disciplinas, que se traduce básicamente, en la interacción constante de las mismas, ya sea en el ámbito normativo, ya sea en el ámbito operativo.

Con el objeto de comprender de buena manera este proceso evolutivo en el tratamiento que ha recibido la relación entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos, se señalará, brevemente, los motivos que condujeron a considerar una visión separatista entre ambas ramas, destacando de paso las principales diferencias existentes entre estas dos vertientes internacionales de protección de la persona humana, para luego pasar revista a los hechos que dieron lugar a un enfoque complementarista, destacando a su turno, los principales aspectos en que se observa la interacción referida.

Existen dos tipos de razones para explicar el tratamiento separado que se originó entre el derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). La primera de ellas, dice relación con la génesis y el desarrollo de las dos vertientes en cuestión.

Por una parte, *el derecho de la guerra hunde sus raíces en la Antigüedad. Se formó principalmente con motivo de las guerras que libraban los Estados europeos y se consolidó progresivamente desde la Edad Media. Es una de las materias más antiguas del derecho internacional público y ocupa un lugar relevante en los textos de los escritores clásicos de esta ciencia. Su carácter internacional se acentúa con las aportaciones del cristianismo, las reglas de la caballería y del ius armorum*²⁰⁸.

Por su parte, y tal como quedó establecido en el capítulo I de este trabajo, los derechos humanos se refieren a la relación del Estado con sus súbditos, y se corresponde, por tanto, con la afirmación de la dignidad del individuo frente al Estado, de modo tal que, le cabe a éste el deber de promover, respetar y garantizar tales derechos. Si bien es cierto que los derechos humanos, reconocen sus orígenes en la Edad Media (ver Cap. I apartado 2.1.1.), su expresión y desarrollo continuo

²⁰⁸ KOLB, Robert. Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°147, 30/09/1998. p. 441-451.

sólo pude situarse después de la Segunda Guerra Mundial, por lo que suele verse en esta disciplina una juventud relativa, en frente del derecho humanitario, razón suficiente, para que incluso algunos sostuvieran que, los derechos humanos se basarían, en último término, en el derecho de los conflictos armados, debido a que éste último sería el primer sistema específicamente destinado a proteger al ser humano (tesis integracionista).

Otra de las razones esgrimidas por aquellos que ven en el DIH y en el DIDH compartimentos distintos, dice relación con la actividad desplegada por las Naciones Unidas en los albores de su creación. En efecto, dicho organismo interestatal, adoptó la decisión *de excluir de sus trabajos cualquier consideración relacionada con el derecho de la guerra, ya que, en su opinión, si se ocupaban de esta rama del derecho se podría quebrantar la fuerza del ius contra bellum enunciado en la Carta y se despertarían dudas sobre la capacidad de la Organización para mantener la paz. Así pues, en 1949, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas suprimió el derecho de la guerra en su lista de materias que pudieran ser objeto de codificación*²⁰⁹. Fue precisamente esta determinación, la que definió los distintos roles normativos, tanto de las Naciones Unidas, quien centró su interés en los nacientes derechos humanos, como del CICR, este último auspiciador exclusivo de la codificación y desarrollo del DIH.

A este cúmulo de situaciones, cabría agregar, las características propias – y por cierto diversas - de cada una de estas ramas del derecho internacional, lo que terminó por reafirmar la idea de que se trataba de dos ámbitos normativos absolutamente independientes y distintos.

²⁰⁹ Ibid.

Por lo que respecta al objeto básico perseguido por estas dos vertientes, cabe destacar que, el objetivo primordial de los derechos humanos está directamente relacionado con el goce de las libertades y garantías individuales del ser humano y con su bienestar y protección en general. *El propósito de los Derechos Humanos es, ante todo, el de garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos personales, sociales, políticos y económicos, amparándolo contra los impedimentos y los obstáculos que encuentre en su camino, a raíz de la arbitrariedad del Estado o de la exacerbación por el mismo del concepto de soberanía en el ámbito personal. Se puede hablar en cierta forma de un derecho "promocional" de la persona humana*²¹⁰.

Por su parte, el objetivo central del DIH se relaciona con la protección debida a las víctimas de los conflictos armados, y que por lo mismo, tiene por finalidad que el ser humano *atraviese los gravísimos peligros del conflicto armado y de las situaciones de violencia en que este derecho se aplica, salvaguardando su integridad personal y, en cierta medida, la de su entorno social (familia, casa, profesión, etc) sin, por lo tanto, abrirle nuevas perspectivas de desarrollo. Sería difícil, por consiguiente considerarlo como un derecho promocional. Al contrario se trata visiblemente de un derecho de supervivencia, de un sistema que tiende a conservar a la persona humana y no a ofrecerle más espacio para que viva mejor*²¹¹.

Por otra parte, el DIH y las normas relativas a los derechos humanos se aplican durante situaciones fácticas distintas. Los derechos humanos son exigibles en tiempo de paz, es decir que sus normas son plenamente operativas en circunstancias normales dentro de un esquema institucionalizado de poderes en el

²¹⁰ SWINARSKI, Christophe. Principales nociones e institutos...Op. cit. (Capítulo VII N°2)

²¹¹ Ibid.

que el estado de derecho es la regla. En cambio, el derecho humanitario se aplica durante conflictos armados tanto de carácter interno como de carácter internacional. El DIH es en esencia un derecho de excepción (ver apartado 4.3.5 de este capítulo).

Con todo, *tal vez la más notoria distinción resida en el ámbito personal de aplicación – la legitimatio ad causam -, por cuanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reconocido el derecho de petición individual (titularidad de los individuos), que no encuentra paralelo en el Derecho Internacional Humanitario*²¹².

Es en este punto, donde la naturaleza diversa de cada una de estas vertientes del derecho internacional, acentúa las diferencias existentes entre ambas. En el caso de los derechos humanos, al tratarse de un derecho de promoción, el individuo goza de la titularidad de los derechos consagrados en la convención respectiva, (por tratarse de una normativa donde el Estado se obliga, precisamente, con los individuos que están bajo su jurisdicción, y no con los otros Estados contratantes) lo que posibilita que el individuo como tal, pase a ser un sujeto de derecho internacional, respecto de esta rama del derecho, y por ende, capaz para de dar curso a la acción por responsabilidad internacional correspondiente – previo agotamiento de los recursos internos -, en caso de que su derecho sea conculcado.

Distinto es el caso del derecho humanitario, en donde las situaciones en las cuales la persona humana puede beneficiarse de derechos, en el sentido de titularidad expuesto, son excepcionales, resultando más frecuentes los casos en donde el individuo resulta obligado a dar cumplimiento a la normativa humanitaria, bajo amenaza de verse expuesto a una posible responsabilidad penal internacional.

²¹² CANÇADO TRINDADE, Antonio. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001. p.186

Como puede observarse, existen una serie de principios y características propias de cada ordenamiento, que determinan una identidad diferenciada para cada sistema y, consecuentemente, fundamentan la necesaria independencia de sus estructuras.

En los hechos, sin embargo, las normas del derecho humanitario, al igual que las relativas a la protección de los derechos humanos, pueden coincidir en cuanto a sus contenidos, situación que resulta posible, en razón de que ambas vertientes *se dejan guiar por una identidad de propósito básico: la protección de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias*²¹³.

Esta situación, ha provocado que la interacción entre ambas disciplinas sea lo suficientemente nítida, como para dotar al sistema de protección de la persona humana, de un ordenamiento jurídico que termina por reconocer las semejanzas conceptuales entre el DIH y el DIDH, en claro beneficio del individuo, ya que este recibe el amparo en todo tiempo y lugar, lo que fortalece, en definitiva, las vías de protección de la persona humana.

Los primeros pasos, que permitieron dar lugar a la interacción en comento, los encontramos en el ámbito del derecho internacional humanitario, donde los trabajos que permitieron la sistematización del denominado *Derecho de Ginebra*, a saber, los Convenios de Ginebra de 1949, receptaron el espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el sentido de que incorporaron el ideal de la protección de la dignidad del individuo frente al Estado, en los denominados conflictos armados sin carácter internacional. *El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra es revelador al respecto. Este artículo, que constituye un verdadero mini tratado dentro de los Convenios, establece las*

²¹³ Ibid.

*normas básicas que los Estados están obligados a cumplir al enfrentarse con grupos armados en su propio territorio. Esta disposición se aparta así del ámbito tradicional del derecho humanitario que, en principio, no se ocupaba de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos*²¹⁴.

Esta primera aproximación, en el ámbito normativo, encontró otro hito de relevancia internacional, hacia fines de los años sesenta del siglo pasado, de modo tal que *el verdadero momento decisivo, cuando el derecho humanitario y los derechos humanos se empezaron a acercar paulatinamente, fue en 1968, durante la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos de Teherán, en la que la Organización de las Naciones Unidas consideró por primera vez la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados. Los delegados aprobaron una resolución exhortando al secretario general de las Naciones Unidas a examinar el desarrollo del derecho humanitario y a estudiar las medidas necesarias para promover su cumplimiento. El derecho humanitario se apartó, por tanto, de su camino habitual y halló acogida en la ONU, que hasta ese momento lo había desatendido, al contrario de los derechos humanos, a los que la ONU había prestado atención desde un principio*²¹⁵.

Este impulso definitivo en pos de la complementariedad entre ambas ramas, resultó ser el antecedente inmediato que permitió que en el año 1977, los instrumentos destinados a reafirmar y desarrollar el derecho internacional humanitario, esto es, los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, contemplaran dentro de sus disposiciones, importantes normas tendentes a reconocer determinadas garantías fundamentales del individuo.

²¹⁴ DOSWALD-BECK, Louise y VITÉ, Sylvain. Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°116, 01/03/1993. p. 99-126.

²¹⁵ Ibid.

En este sentido, el Protocolo I de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, en una larga disposición – el artículo 75 – establece una serie de garantías fundamentales mínimas en favor de las personas afectadas por tales conflictos, amparando y brindando una protección básica respecto de derechos individuales, que claramente reconocen su fundamento en los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

Idéntica situación se prevé, en el ámbito de los conflictos armados no internacionales, puesto que el Protocolo II de 1977, en sus artículos 4, 5 y 6, también concede a las víctimas de este tipo de confrontaciones, un conjunto de garantías fundamentales, destinadas a que las mismas sean tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable.

Con el establecimiento de estas reglas mínimas de protección, se visualiza con claridad la *aproximación entre el Derecho Humanitario y los derechos humanos, aunque sin confundirlos, en tanto permanecen intactas las condiciones de aplicación de uno y de otro; esto significa que uno y otro pueden aplicarse también simultánea o acumulativamente, asegurando la complementariedad de los dos sistemas jurídicos (cuando los mismos Estados sean Partes en los Convenios de Derecho Humanitario como en los de derechos humanos), y ampliando así el alcance de la protección debida*²¹⁶.

Por otra parte, y más allá de la interacción en el plano normativo, la aproximación o convergencia entre los derechos humanos y el derecho humanitario, también puede constatarse en la labor desplegada por los órganos encargados de implementar cada una de estas ramas.

²¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio. Op. cit. p.222

Por lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos, este desarrolla sus labores de implementación mediante distintos órganos e instancias, destacando, en este sentido, el papel desempeñado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la que dedica gran parte de su tiempo a investigar la situación de los derechos humanos en determinados países, a través de los relatores especiales y de los distintos grupos de trabajo temáticos.

Con el tiempo, la Comisión ha encargado vigilar tipos específicos de violaciones graves de los derechos humanos dondequiera que se perpetren, resultando especialmente llamativa la experiencia del relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y la del representante del secretario general encargado de la cuestión de las personas internamente desplazadas, cuyo cometido es, a menudo, examinar los abusos cometidos en el contexto de los conflictos armados.

Así las cosas, y como una muestra clara de que la reseñada aproximación operativa existente entre el derecho humanitario y los derechos humanos recibe apoyo en el mundo de los hechos, cabe destacar que los mecanismos de implementación de los derechos humanos de las Naciones Unidas recurren cada vez con mayor frecuencia al derecho humanitario en los cuatro tipos de situaciones siguientes:

- *cuando la finalidad de las normas del derecho humanitario es expresamente cubrir una práctica específica, prevista sólo indirectamente en la normativa de los derechos humanos;*
- *cuando las normas humanitarias y de los derechos humanos se aplican indistintamente;*
- *cuando el derecho humanitario es más pertinente que el derecho de los derechos humanos, dada la identidad del infractor;*

- *cuando las normas humanitarias aplicables convergen con el derecho de los derechos humanos*²¹⁷.

Por otra parte, y en lo que dice relación, a uno de los principales mecanismos de control contemplado por el derecho internacional humanitario, esto es, el Comité Internacional de la Cruz Roja (se señala a este organismo y no a las Potencias Protectoras, en razón de que estas últimas han tenido escasa aplicación en la práctica), también se puede hacer referencia a la convergencia operativa en cuestión. En este sentido, *es sabido que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha desarrollado actividades de protección y asistencia en situaciones, por ejemplo, de disturbios y tensiones internas, no abarcadas por el Derecho Internacional Humanitario convencional...Así, la protección humanitaria se ha extendido también a detenidos y prisioneros políticos como consecuencia de disturbios y represión política internos, y a prisioneros como consecuencia de conflictos armados. Esta protección humanitaria se fundamenta igualmente en los derechos de la persona humana consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos a partir de la Declaración Universal de 1948*²¹⁸.

Lo anterior, pone de manifiesto la existencia en la actualidad de áreas no bien definidas de situaciones de violencia dentro del territorio de un Estado, como es el caso de emergencias por conmociones internas, insurrecciones de baja intensidad, alteraciones del orden en razón de conflictos étnicos, religiosos o raciales y otras formas de insurgencias, que no califican dentro de los conceptos tradicionales de conflictos armados de carácter interno, por lo que la convergencia

²¹⁷ O'DONELL, Daniel. Tendencias en la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N°147, 30/09/1998. p. 523-546.

²¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio. Op. cit. p.226

e interacción normativa y operativa entre los derechos humanos y el derecho humanitario, resulta fundamental para potenciar y ampliar el ámbito de protección del ser humano, lo que hace pensar que *se está evidenciando la necesidad de elaborar instrumentos jurídicos que combinen elementos del derecho humanitario y del derecho de los derechos humanos a fin de promulgar normas que puedan aplicarse tanto en tiempo de paz como de guerra*²¹⁹.

Es así como, la convergencia reseñada de estas dos vertientes del derecho internacional, ha modificado paulatinamente el parecer de la doctrina - que en principio veía en el DIH y en el DIDH dos compartimentos distintos e inconexos -, al punto que se considera en la actualidad, que tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario, no son más que dos ramas distintas de una misma disciplina, lo que viene, de una u otra forma a dar sentido y lógica, al camino seguido por el presente trabajo, el cual, mediante la exposición más o menos detallada de estas dos ramas, - conjuntamente con un análisis previo de la teoría de los derechos humanos - ha pretendido destacar la incontestable relevancia que en el concierto internacional posee el tema de la protección de la dignidad del hombre, ya sea en un contexto de paz, ya sea en un contexto de beligerancia, lo que ciertamente debería traer consigo una respuesta coherente por parte del derecho nacional, en lo que se refiere a la aplicación y recepción de estas normas, cuestión que se analizará, a modo de corolario, en el siguiente capítulo.

²¹⁹ DOSWALD-BECK, Louise y VITÉ, Sylvain. Op. cit. p.99-126

CAPÍTULO CUARTO

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL DERECHO INTERNO CHILENO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Esta parte final de la investigación tiene por objeto analizar hasta qué punto el Estado chileno está inserto en esta verdadera misión emprendida por la comunidad internacional, - y a la que se ha hecho referencia en los capítulos anteriores - en orden a proveer al individuo de un sistema jurídico tendiente a rescatar la dignidad del mismo, en situaciones que van desde la normalidad propia de un Estado de Derecho hasta situaciones límite de conflicto armado.

Se trata de dilucidar en qué medida el ordenamiento jurídico chileno está vinculado con el derecho internacional de los derechos humanos – entendido éste en su sentido amplio, es decir, aceptando aquella visión que recoge la convergencia normativa y operativa existente entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario - todo con el objeto de apreciar el nivel de obligaciones asumidas por el Estado chileno para con sus súbditos, tanto en situaciones de paz, como en situaciones de beligerancia.

Dicho examen, en principio de carácter formal en razón de que sólo se hará una enumeración de los principales instrumentos internacionales en materia de derechos esenciales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, servirá de nexo lógico para desentrañar los mecanismos de integración o recepción del derecho internacional – insistimos siempre en la perspectiva del derecho de los

derechos humanos en un sentido amplio - contemplados por nuestro ordenamiento jurídico.

Analizada la incorporación de la normativa internacional de los derechos humanos en el derecho interno, se pasará revista a temas relacionados con el problema de la concurrencia normativa entre estos sistemas normativos, lo que nos remitirá al tema de la jerarquía normativa que poseen dichos instrumentos internacionales frente a las distintas normas del derecho nacional, teniendo en especial consideración la reforma sufrida por nuestra Carta Fundamental en el año 1989, la que a pesar de haber cumplido más de una década, continua animando múltiples controversias en torno al alcance y significado del segundo inciso del artículo 5° de la Constitución.

Por último, y recogiendo la inquietud inicial que dio origen al presente trabajo, se analizará el tema del cumplimiento, por parte del Estado chileno, de las distintas obligaciones surgidas a propósito de la adopción e incorporación en el derecho interno de los principales instrumentos internacionales humanitarios, lo que supone por cierto, revisar lo dicho en el capítulo anterior, en relación a las medidas de implementación y aplicación del derecho humanitario en el plano nacional, lo que a su turno nos permitirá concluir si nuestro país está expuesto o no, a ver comprometida su responsabilidad internacional.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES ADOPTADOS POR EL ESTADO CHILENO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Con anterioridad, en la parte final del Capítulo III, se analizó la relación de convergencia existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el

derecho internacional humanitario, situación que ha promovido el inicio de una tendencia doctrinaria - que cada vez capta mayores adeptos - que visualiza en dichas ramas, dos disciplinas integrantes de un gran bloque de normas internacionales cuyo objeto es la protección y el fortalecimiento de los derechos fundamentales del individuo.

Dicha convergencia e interacción permite hacer un tratamiento conjunto de los compromisos convencionales adquiridos por el Estado chileno en el concierto internacional, vía ratificación de los principales instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, atendido el particular objeto perseguido por dichos tratados.

Resulta interesante destacar que la adopción de dichos instrumentos por parte del Estado chileno ha significado para éste el reconocimiento internacional de una serie de derechos y prerrogativas – en el caso del derecho internacional de los derechos humanos - en favor de los individuos que están bajo su jurisdicción, o bien el establecimiento de un conjunto de obligaciones a respetar en caso de conflicto armado - como en el caso del derecho internacional humanitario -, donde se debe tener presente que está siempre latente la posibilidad de perseguir la responsabilidad internacional del Estado o bien esta última y además la responsabilidad penal internacional del individuo en caso de incumplimiento o infracción, respectivamente.

El hecho de que el Estado chileno sea parte de los principales instrumentos internacionales destinados a salvaguardar la dignidad del individuo, no sólo acrecienta el prestigio internacional del mismo ante la comunidad de Estados, sino que también significa la recepción de una nueva visión de las relaciones interestatales, donde las consideraciones de la soberanía nacional y la defensa de la no intervención, se sintonizan con el nuevo orden mundial, el cual reclama como

fundamento de la paz y seguridad internacional, el compromiso más fiel con los derechos del hombre en todo orden de circunstancias, privilegiando, por tanto, la defensa de los derechos humanos – en su sentido amplio – por sobre las consideraciones nacionales de soberanía.

El reconocimiento de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, el carácter *erga omnes* de las obligaciones contenidas en las normas humanitarias, la naturaleza imperativa de las disposiciones sobre derechos fundamentales, el establecimiento de Tribunales internacionales *ad hoc* para sancionar y castigar los más cruentos crímenes internacionales cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda, y la creación de la Corte Penal Internacional, dan cuenta de esta tendencia a la que se ha hecho referencia, por lo que no queda más que concluir que la relevancia política que revisten los derechos humanos para los Estados democráticos es una cuestión innegable en la actualidad.

El siguiente esquema refleja el interés depositado por el Estado chileno en esta materia. Con la ratificación de los principales convenios internacionales sobre derechos humanos, el Estado chileno no sólo manifiesta su intención de no quedar al margen de los más emblemáticos acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales, sino que también da señales políticas concretas, en torno a llevar a cabo los cometidos del constituyente originario, básicamente porque con la adopción de dichos tratados se refuerzan las directrices sostenidas por nuestra Constitución Política en el Capítulo I de las “Bases de la Institucionalidad”, donde la idea de que los derechos humanos son preexistentes y superiores a cualquier norma de derecho positivo, ha traído como consecuencia que el ejercicio de la soberanía encuentre su límite en el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por lo que el hecho de ratificar los distintos convenios

sobre derechos humanos representa la única actitud coherente frente a los predicamentos sostenidos por nuestra ley fundamental.

PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES EN CHILE EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS²²⁰

TRATADOS	FECHA DE ADOPCIÓN	FECHA ENTRADA EN VIGOR INTERNACIONAL	FECHA DEPÓSITO INSTRUMENTO RATIFICACIÓN	FECHA PUBLICACIÓN DIARIO OFICIAL
Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio	9 de diciembre de 1948	12 de enero de 1951	3 de junio de 1953	11 de diciembre de 1953
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	16 de diciembre de 1966	23 de marzo de 1976	10 de febrero de 1972	29 de abril de 1989
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	16 de diciembre de 1966	3 de enero de 1976	10 de febrero de 1972	27 de mayo de 1989
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	16 de diciembre de 1966	23 de marzo de 1976	27 de mayo de 1992	20 de agosto de 1992
Convención Americana sobre Derechos Humanos	22 de noviembre de 1969	18 de julio de 1978	21 de agosto de 1990	5 de enero de 1991
Convención contra la tortura y otros tratos	10 de diciembre de 1984	26 de junio de 1987	30 de septiembre de 1988	26 de noviembre de 1988

²²⁰ Datos procedentes de DIARIO OFICIAL. Tratados Internacionales vigentes en Chile en materia de Derechos Humanos, Tomo I y II. Santiago, Editado por Diario Oficial de la República de Chile, 1999.

o penas crueles, inhumanos o degradantes				
Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura	9 de diciembre de 1985	28 de febrero de 1987	30 de septiembre de 1988	26 de noviembre de 1988
Convenio (I) de Ginebra, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña	12 de agosto de 1949	21 de octubre de 1950	12 de octubre de 1950	17, 18, 19 y 20 de abril de 1951
Convenio (II) de Ginebra, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar	12 de agosto de 1949	21 de octubre de 1950	12 de octubre de 1950	17 de abril de 1951
Convenio (III) de Ginebra, relativo al trato de los prisioneros de guerra	12 de agosto de 1949	21 de octubre de 1950	12 de octubre de 1950	18 de abril de 1951
Convenio (IV) de Ginebra, relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra	12 de agosto de 1949	21 de octubre de 1950	12 de octubre de 1950	19 y 20 de abril de 1951
Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los	8 de junio de 1977	7 de diciembre de 1978	24 de abril de 1991	28 de octubre de 1991

conflictos armados internacionales				
Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional	8 de junio de 1977	7 de diciembre de 1978	24 de abril de 1991	28 de octubre de 1991

Los tratados internacionales a que se ha hecho referencia, representan sólo una parte – sin duda considerable – de los instrumentos convencionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Existe, por cierto, un importante número de convenios internacionales (tanto universales como regionales) que recogen temas de trascendencia para la dignidad del individuo, como aquellos destinados a proteger los derechos de los grupos vulnerables, o como los acuerdos internacionales destinados a limitar los medios de guerra, los cuales han sido omitidos en esta parte por razones didácticas.

De todas formas cabe señalar que la elección realizada no resulta casual, puesto que los instrumentos seleccionados no sólo destacan por su alto nivel de apoyo internacional, sino que se caracterizan por contener los principios rectores que han dado forma a la actual doctrina de los derechos humanos, transformándose dichos tratados en la base sustantiva por sobre la cual se desarrolla el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, tal como hemos tenido oportunidad de apreciar en los capítulos precedentes.

La adopción por parte del Estado chileno de cada uno de los tratados internacionales referidos en el esquema precedente, - y de los que se omitieron -

comporta la necesidad de que los mismos se incorporen en el derecho interno, para que los individuos beneficiarios o destinatarios de los derechos y obligaciones contenidas en dichos instrumentos internacionales tengan la posibilidad de invocarlos ante el órgano jurisdiccional nacional en una situación concreta, o bien sean requeridos en cuanto a su cumplimiento, según corresponda.

Ahora bien, la forma y el procedimiento de incorporación de la normativa internacional en el derecho interno no es un tema que capte opiniones dominantes ni en la doctrina de los tratadistas del derecho de gentes, ni en los estudiosos del derecho interno, lo que obliga a entrar en conocimiento de esta importante materia en un apartado diverso.

3. RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CHILENO²²¹

De acuerdo a lo expuesto en el capítulo II de este trabajo, cuando nos referimos al tema de la recepción o incorporación del derecho internacional en el derecho interno, la cuestión central que determina el debate respectivo, gira en torno al tipo de condiciones que deben concurrir para que los destinatarios de dichas disposiciones puedan invocarlas ante los tribunales nacionales.

En su oportunidad se advirtió que son los propios derechos internos los encargados de determinar el mecanismo de recepción respectivo, sea que se trate de normas de naturaleza consuetudinaria, sea que se trate de disposiciones contenidas en un convenio internacional.

²²¹ Cabe destacar que el concepto de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos está tomado en su sentido amplio, por lo que debe entenderse que el tratamiento de este tema particular está referido tanto para el Derecho de los Derechos Humanos como para el Derecho Internacional Humanitario.

En este sentido, en el capítulo en cuestión, se hizo referencia a los distintos mecanismos de recepción recogidos por el derecho comparado, los que variaban según el sistema jurídico imperante en cada país.

De acuerdo a lo anterior, tuvimos la posibilidad de identificar ordenamientos jurídicos que al momento de incorporar el derecho internacional, hacen suyo el sistema de *recepción especial*, según el cual, el mecanismo de incorporación de la normativa internacional supone una verdadera transformación de la misma en norma interna, mediante la adopción de la disposición legal interna pertinente.

Por otra parte, es posible reconocer sistemas legales en donde la incorporación en cuestión, se lleva a cabo mediante un sistema de *recepción automática*, esto es, sin que medie un acto especial de transformación del derecho internacional, el cual formaría parte del derecho interno en forma inmediata – una vez vigente la norma internacional en el plano internacional -, sin perjuicio, de la opción de algunos sistemas por adicionar formalidades de índole administrativa como la publicación en el boletín oficial respectivo del tratado en cuestión.

En el caso del ordenamiento jurídico chileno, el mecanismo de recepción del derecho internacional no ha estado exento de polémica, en razón de que nuestra Carta Fundamental no hace un tratamiento explícito del tema, lo que ha obligado a buscar la respuesta pertinente en la práctica de los tribunales de justicia, vía interpretación de las escasas normas constitucionales que se refieren a esta materia.

Las disposiciones constitucionales de la Carta de 1980 que han servido de base a la jurisprudencia nacional para dejar establecido el mecanismo nacional de recepción del derecho internacional en el derecho interno, son las contenidas en el artículo 32 N°17 – norma que enumera las distintas atribuciones exclusivas del Presidente de la República - y en el artículo 50 N°1, disposición referente a las atribuciones especiales del Congreso Nacional.

El artículo 32 N°17 de la Constitución Política de 1980 señala como una de las atribuciones exclusivas del Jefe de Estado:

“ 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 lo prescrito en el artículo 50, número 1. Las disposiciones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere”.

Por su parte, el artículo 50 N°1 de la Constitución señala como atribuciones especiales 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 aquel, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61”.

Como puede observarse, estas normas están referidas a la manera como se negocia y ratifica un tratado internacional, donde cabe concluir que se trata de un procedimiento que implica la participación conjunta tanto del Presidente de la República como del Congreso Nacional, cada uno haciendo uso de las facultades especiales conferidas por el órgano constituyente. Sin embargo, estas disposiciones

nada dicen en relación al mecanismo de recepción del derecho internacional adoptado por nuestro ordenamiento jurídico - en cuanto a si se trata de un mecanismo de recepción especial o automático -, por lo que la conclusión definitiva a esta materia hay que buscarla en la opinión aportada por nuestros tribunales de justicia.

En este sentido, y atendida las diversas fuentes formales del derecho internacional - que el constituyente omite tratar (pese a que todas poseen el mismo valor jurídico), puesto que las normas referidas sólo se refieren a los tratados internacionales -, resulta necesario hacer un distingo en cuanto a la respuesta ofrecida por los órganos jurisdiccionales, según se trate de normas internacionales consuetudinarias, principios generales del derecho internacional, o normas de naturaleza convencional internacional.

Tratándose de normas internacionales de índole consuetudinaria y de los principios generales del derecho internacional, cabe distinguir tres situaciones diversas:

- a) Existencia de una disposición legal que se remite al derecho internacional en una situación específica;
- b) Silencio de la ley en una situación determinada y existencia de una norma internacional o principio general que regule la materia; y
- c) Existencia de una norma consuetudinaria o un principio general de derecho y una disposición legal interna contradictorias entre sí²²².

En el primer caso, estamos en presencia de una situación carente de problemas interpretativos, puesto que se trata de una hipótesis de sujeción del derecho interno al derecho internacional, mediante la cual el sistema nacional a

²²² MEDINA, Cecilia. Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico UDP, 1996. p.54

través de un procedimiento de reenvío insta a que los tribunales chilenos apliquen *las normas del derecho internacional común en todos aquellos casos en que un precepto legal interno se remita expresamente a ellas*²²³.

Con esto tenemos que, para un número limitado de supuestos²²⁴, el legislador nacional contempla expresamente la posibilidad de aplicación inmediata, por parte de los tribunales de justicia, del derecho internacional común, por lo que en estos casos específicos no queda más que concluir que dichas normas se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico por disposición expresa de la ley, y que por ende, se trata de hipótesis de recepción automática del derecho internacional en el derecho interno.

Por lo que respecta a la segunda situación planteada, esto es, en aquellos casos donde frente al silencio de la ley nacional, encontramos que existen reglas consuetudinarias o principios generales internacionales aplicables - pero sin que haya una remisión expresa a ellas -, podemos señalar que *por lo menos desde 1932, los tribunales chilenos han atribuido casi invariablemente validez jurídica al derecho internacional en ausencia de remisión expresa de la ley. La única excepción parece ser una sentencia de la Corte Suprema de 22 de octubre de 1984, donde ella expresó que los tribunales chilenos sólo podían aplicar el derecho internacional cuando había remisión expresa a él por una disposición de la ley chilena. La posición constante de la jurisprudencia, alterada en esa ocasión, se retomó en otra sentencia de la misma Corte, de 10 de enero de 1989. Es posible,*

²²³ BENADAVA, Santiago. Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho interno ante los Tribunales chilenos, en A. León S. (coordinador), Nuevos Enfoques del Derecho Internacional. Santiago, Ed, Jurídica de Chile, 1992. p.11

²²⁴ Dentro de los casos en que la ley chilena se remite al derecho internacional en forma expresa, cabe destacar los contemplados en los artículos 60 y 585 del Código Civil; artículos 1º, 37, 159, 637 y 647 del Código de Procedimiento Penal.

*pues, concluir que la jurisprudencia chilena sigue la doctrina de la incorporación automática*²²⁵.

En este mismo sentido, diversos autores sostienen que *los tribunales chilenos no han dudado en aplicar el derecho internacional consuetudinario cuando se les ha presentado la ocasión para ello*²²⁶, de modo tal que *hoy pareciera un hecho indubitado, que la costumbre internacional y los principios generales del derecho forman parte de nuestra legislación interna, ya sea por que la propia ley, para un número limitado de casos específicos, así los establece, ya sea porque nuestra doctrina y jurisprudencia han reconocido que dicha incorporación se produce en forma automática y global*²²⁷.

Admitida la posibilidad de recepción automática del derecho internacional común, cabe preguntarse ahora, por la situación del derecho internacional general incorporado ya en nuestro ordenamiento jurídico y que entre en colisión con una norma interna.

Se trata de la tercera situación anotada con anterioridad, y que requiere de una respuesta judicial, producto de la omisión constitucional al respecto. Frente a esta cuestión, cabe señalar que *de la sentencia de los tribunales chilenos aparecen dos líneas divergentes. Una que sostiene que el derecho interno prima siempre por sobre el derecho internacional, por lo que en caso de conflicto hay que aplicar la ley chilena; otra que establece la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno, en cuyo caso el conflicto se resuelve aplicando la norma internacional. Los autores parecen inclinarse por la primera postura y sostener*

²²⁵ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.54

²²⁶ BENDAVA, Santiago. Las relaciones entre...Op. cit. p.11

²²⁷ BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo. La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional chileno. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 11, 1984, p.526

*que el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho no priman por sobre el derecho nacional cuando hay contradicción entre ambos*²²⁸.

Sin embargo, de aceptarse la tesis anterior, según la cual, en un caso de concurrencia normativa como el planteado, el juez nacional debe inclinarse por el derecho interno, hay que tener presente que se abre la posibilidad de perseguir la responsabilidad internacional del Estado por aplicar una ley contraria al derecho internacional, por lo que suele afirmarse que en estos casos *el tribunal debe tratar de evitar el conflicto dando a la ley interna, si ello es posible, una interpretación que la concilie con la norma internacional. Esta actitud se basa en la presunción de que el legislador no tuvo la intención de infringir las obligaciones internacionales del Estado*²²⁹.

Por otra parte, y ahora en relación a la situación particular de la incorporación o recepción del derecho internacional convencional en el derecho interno chileno, hay que tener presente que las disposiciones constitucionales citadas con anterioridad, no dan normas claras sobre el momento en que los tratados internacionales pueden empezar a ser invocados directamente ante los órganos jurisdiccionales, lo que nuevamente obliga a buscar la respuesta respectiva en la práctica de los tribunales de justicia.

Los tratados internacionales, al ser instrumentos concebidos sobre la base del acuerdo entre los Estados, requieren de parte de estos - para ser jurídicamente vinculantes - una manifestación de voluntad de los mismos que refleje el consentimiento en obligarse por las disposiciones de dicho acuerdo.

En el plano internacional dicho consentimiento se manifiesta formalmente a través de la ratificación o de la adhesión, seguidas del canje de los instrumentos de

²²⁸ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.55

²²⁹ BENDAÑA, Santiago. Las relaciones entre...Op. cit. p.27

ratificación entre los Estados contratantes o del depósito del respectivo instrumento en poder del depositario designado, de manera tal, que a la época de esta última circunstancia el tratado es obligatorio para el Estado que manifestó su voluntad en esos términos.

En el caso del ordenamiento jurídico chileno, dicha manifestación de voluntad por parte del Estado, requiere de acuerdo a nuestra Constitución Política, de la actuación conjunta del Presidente de la República, quien está encargado de la negociación, conclusión, firma y ratificación del tratado, y del Congreso Nacional, al cual le corresponde el papel de aprobar o desechar el acuerdo convencional que le presentare el Jefe de Estado, antes de su ratificación.

Manifestada que sea la voluntad del Estado chileno en el plano internacional, ya sea bajo la figura de la ratificación o de la adhesión según corresponda, podemos afirmar que el tratado en cuestión – en el caso de que se hayan cumplido las condiciones de vigencia establecidas por el propio tratado – produce sus efectos jurídicos en forma plena respecto de nuestro país, y por tanto surge la necesidad de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en el convenio, todo en conformidad y según lo establecido por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que señala:

“ Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe “.

Ratificado el convenio internacional por parte del Estado chileno, y entendiendo que éste se encuentra vigente según lo dispuesto por el propio convenio, nace de inmediato la necesidad de incorporar las disposiciones contenidas en dicho instrumento internacional en nuestro derecho interno, como consecuencia básica del cumplimiento de buena fe del mismo.

Respecto de la incorporación del derecho internacional convencional, frente al silencio del constituyente, se pueden manejar dos tesis básicas en cuanto a su recepción según lo previsto en el derecho comparado (véase lo señalado en el apartado 3.4.1. del Capítulo II):

- Tesis de la recepción especial.
- Tesis de la recepción automática.

Cabe preguntarse entonces, cuál de estos mecanismos de recepción del derecho internacional es el que recoge nuestro ordenamiento jurídico a la luz de las disposiciones constitucionales referidas con anterioridad.

La tesis de la *recepción especial*, cobra sentido en aquellos sistemas jurídicos donde el órgano legislativo no participa en forma decisiva en el proceso de adopción del convenio internacional – es el caso del sistema jurídico británico -, razón última que motiva la necesidad de incorporar dicha normativa en el sistema legal interno, lo que usualmente se materializa mediante la dictación de una norma que transforme el derecho internacional convencional en ley interna, ya que de lo contrario se estaría otorgando al ejecutivo de facultades legales en detrimento del órgano legislativo.

Resulta evidente entonces, que los fundamentos técnicos que dan cabida a un sistema de *recepción especial* del derecho internacional convencional, no tienen asidero en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que correspondería descartar una tesis en este sentido.

Descartada la tesis de la transformación del derecho internacional en ley interna, no queda más que examinar si nuestro sistema legal adhiere o no a la tesis de la *recepción automática* del derecho internacional convencional.

De aceptarse la tesis de la *recepción automática* del derecho internacional convencional como sistema imperante en nuestro ordenamiento jurídico, no cabe

duda que la principal consecuencia que acarrearía dicha posición, sería el hecho de que no habría obstáculo alguno que impidiera afirmar que a partir del momento en que el tratado internacional adquiere vigencia internacional se estaría en condiciones de invocar sus disposiciones ante los tribunales chilenos.

Esta posición para ser esgrimida podría encontrar apoyo en los siguientes argumentos:

a) El fundamento de esta postura, podría sustentarse en el descarte absoluto de la tesis que sostiene la existencia de un aparente silencio de parte del constituyente en lo referente al tema de la recepción del derecho internacional convencional, y que estaría detrás de las disposiciones constitucionales a que se ha hecho referencia – art.32 N°17 y art. 50 N°1 -.

Se dice que se trata de un silencio *aparente* en razón de que las normas citadas precedentemente, no tendrían por objeto regular la recepción del derecho internacional, por lo que malamente podrían *callar* sobre la materia.

No parece razonable buscar una respuesta al tema de la recepción del derecho internacional convencional en las normas referidas, - como lo suele hacer nuestra doctrina y jurisprudencia - ya que las mismas, a través de su contenido normativo específico persiguen un objeto determinado, cual es, definir el mecanismo tendiente a materializar el consentimiento del Estado chileno para verse vinculado con el derecho internacional convencional.

Lo anterior puede llevar a concluir, que más que tratarse de una omisión o silencio de las normas del artículo 32 N°17 y 50 N°1 de la Constitución, estaríamos en presencia de un silencio *motivado*.

El hecho de que el constituyente haya omitido – aparentemente - regular una materia de suma relevancia como es la incorporación normativa del derecho

internacional convencional en el derecho interno, se puede comprender partiendo de la base que sólo un sistema que suponga la transformación del derecho internacional en ley interna hubiese requerido una regulación en tal sentido, - y por tanto una norma expresa - ya que, ciertamente un sistema de incorporación de esa especie demandaría la actuación del órgano estatal que corresponda (el legislativo) el cual al estar regido por los principios del derecho público sólo podría proceder a la incorporación vía transformación, si la Carta Fundamental así se lo permitiera.

Al no contemplarse constitucionalmente la posibilidad de incorporar el derecho internacional convencional en el derecho interno mediante un acto legal o de otra índole que suponga la transformación del mismo en ley interna, y aceptando el hecho de que el constituyente - en atención a la importancia de la materia -, no tuvo la intención de dejar una laguna legal al respecto, no queda más que suponer que el constituyente adhirió a un sistema de *recepción automática* del derecho internacional convencional, precisamente porque este sistema no requiere de acto alguno de parte de la autoridad estatal - y por ende no requeriría de norma expresa - ya que la incorporación sólo precisa de que el tratado en cuestión tenga la vigencia requerida en el plano internacional.

Por otra parte, admitir este silencio *motivado* de parte del constituyente, no vulnera principio legal alguno, toda vez que la técnica de la recepción automática del derecho internacional se encuentra ampliamente admitida y promovida en el ámbito internacional, justamente por ser un sistema que recoge una visión unitaria del derecho en general, lo que más que traer riesgos o perjuicios para el derecho interno, supone una visión moderna del derecho de gentes, y en donde el internacionalismo de la acción exterior del Estado trae consigo una sana relación entre las normas internacionales y las disposiciones del derecho interno.

b) En segundo lugar, podría abonarse como fundamento a esta postura, una perspectiva que indaga en las finalidades perseguidas con la actuación del Congreso Nacional en la aprobación de los tratados internacionales.

Como se ha señalado con anterioridad, en nuestro sistema jurídico la conclusión de los compromisos internacionales resulta de la actuación conjunta del Presidente de la República y del Congreso Nacional.

Ahora bien, cabe preguntarse qué papel o finalidad cumple el Congreso Nacional en el procedimiento destinado a obtener las condiciones para que Chile pueda obligarse internacionalmente, cuando el tratado requiera ratificación.

Por lo menos dos finalidades se pueden advertir en dicha participación del Congreso Nacional.

Por una parte, el Congreso Nacional, al prestar su aprobación al tratado puesto en su conocimiento, estaría dando cumplimiento al cometido básico contenido en la norma del artículo 50 N°1 de la Constitución, esto es, ser un eslabón más en la cadena destinada a obtener el consentimiento del Estado chileno para obligarse internacionalmente a través de un tratado internacional.

Sin embargo, es posible colegir una segunda finalidad en dicha participación, la que iría en directo apoyo de la tesis de la recepción automática del derecho internacional. Al otorgar su aprobación al tratado en cuestión, el Congreso Nacional, no sólo estaría ratificando la conveniencia implícita esgrimida por el Presidente de la República al momento de remitir a dicho órgano el acuerdo aprobatorio, sino que también, mediante la aprobación respectiva del convenio internacional, el órgano legislativo estaría validando la idoneidad legal y constitucional del mismo para formar parte de nuestro derecho positivo.

Esta segunda finalidad que revestiría la participación del Congreso Nacional en la formación de la voluntad del Estado chileno para adquirir compromisos

internacionales, justificaría, entre otras razones, el hecho de que el acuerdo aprobatorio, deba ser sometido *a los trámites de una ley* (art. 50 N°1 Constitución Política), y por otra parte, daría sentido a la posibilidad de requerir el control preventivo del Tribunal Constitucional respecto del tratado, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 82 N°2 de nuestra Carta Fundamental.

La participación constitucional a que se ha hecho referencia, por parte del Congreso Nacional, y desde el punto de vista de una buena técnica legislativa, hace de cualquier intento por aceptar una tesis de *recepción especial* un acto fútil, puesto que una segunda participación de este órgano tendiente a *transformar* el derecho internacional en ley interna mediante la dictación de una norma legal que incorpore el derecho foráneo en el derecho interno, resultaría totalmente innecesaria.

Es precisamente esta última consideración, la que hace pensar que el constituyente al analizar esta problemática no decidió incorporar norma alguna que significara un acto de recepción especial del derecho internacional convencional, ya que al encontrarse sometido el tratado internacional - previo a su ratificación - a los trámites internos de validación de normas (obviamente sin seguir cada uno de los pasos de la aprobación de la ley interna, en razón de la especial naturaleza jurídica de los convenios internacionales cuyo contenido normativo está definido por las negociaciones realizadas por los representantes de cada Estado, lo que da pleno sentido al hecho de que el Congreso Nacional sólo pueda “aprobar o desechar” los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación), estaría lo suficientemente salvaguardado como para adaptarse e integrarse sin problemas – desde el punto de vista de su aplicabilidad – en el derecho interno, lo que haría viable la aceptación de la técnica de la incorporación automática del mismo.

Con todo, la jurisprudencia constante de nuestros tribunales de justicia no se ha inclinado por ninguno de los dos sistemas de incorporación del derecho internacional convencional a que se ha hecho referencia, y ha tomado partido por un sistema de recepción que la doctrina ha calificado de *incorporación por acto expreso*.

De acuerdo a este sistema de incorporación, el *acto expreso* a través del cual se produce la recepción de los tratados internacionales en el derecho interno está compuesto por tres elementos:

- 1- La aprobación legislativa;
- 2- La promulgación del tratado por decreto del Presidente de la República; y
- 3- La publicación en el Diario Oficial del texto del tratado y del decreto promulgatorio.

*Cumplidos estos trámites, el tratado tendrá en Chile valor y fuerza de ley. En cambio, la falta de cumplimiento de alguno de estos trámites priva al tratado de valor de ley en el orden interno*²³⁰.

Cabe preguntarse ahora, por los fundamentos que dan origen a esta técnica de incorporación del derecho internacional, que según se puede apreciar, contempla el concurso de una serie de formalidades que no están expresamente consagradas en la Constitución.

El fundamento mediante el cual la jurisprudencia nacional basa su posición para dar cabida a este sistema de recepción, se encuentra básicamente en lo dispuesto por el artículo 50 N°1 de la Constitución que señala: “*La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley*”.

²³⁰ Ibid. p.35

En la frase anterior, la jurisprudencia de nuestros tribunales, no sólo ha interpretado que la recepción de los tratados internacionales en el derecho interno requiere de un acto expreso de incorporación, sino que también ha definido la naturaleza jurídica de los mismos, en razón de que no ha vacilado en asimilarlos al concepto de ley proporcionado por nuestra legislación sustantiva civil.

En este sentido, destacan los siguientes pronunciamientos de la Corte Suprema:

*“ Que esta estructura jurídica de los tratados internacionales, y principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legisladores, hace que sean ellos verdaderas leyes ya que en su génesis, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de la ley, tal como lo define el artículo 1° del Código Civil”*²³¹.

En este mismo sentido, la Corte Suprema dictaminó en la causa “Sucesión Juan Gardaix con Fisco” lo siguiente:

*“ Que los tratados internacionales, si bien son concluidos y firmados por el Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones especiales, revisten, sin embargo, los caracteres jurídicos de verdaderas leyes, porque para que tengan fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que las leyes...”*²³².

Esta línea jurisprudencial ha permitido, en definitiva, la instauración en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de recepción del derecho internacional convencional, que en condiciones normales no parece revestir mayores reparos, ya que lo habitual será que una vez ratificado por el Estado chileno y vigente en el

²³¹ La cita corresponde a un extracto del fallo pronunciado por la Corte Suprema en la causa caratulada “Godoy y otros con Fisco”, y se puede consultar en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XII, 1915, segunda parte, sección primera, p.104.

²³² Gaceta de los Tribunales, 1921, primer semestre, p.28

plano internacional el tratado en cuestión, se proceda a la promulgación y publicación del mismo, entendiéndose para todos los efectos legales incorporado el instrumento internacional en el sistema normativo interno, y por ende susceptible de ser invocado ante los tribunales de justicia. (En este sentido resulta ilustrativo el esquema incorporado en el apartado 2. del presente Capítulo, donde se puede apreciar que no existe una distancia temporal considerable entre la vigencia internacional de los tratados señalados y la publicación interna de los mismos).

Sin embargo la fragilidad jurídica del sistema de incorporación en comento, radica en hipótesis de anormalidad, donde se abre la posibilidad de generar una brecha importante en las relaciones entre el derecho internacional con el derecho interno, toda vez que un mismo instrumento jurídico puede significar fuente de derecho y obligaciones en el ámbito internacional (pensemos en la hipótesis de que el Estado chileno haya ratificado el tratado internacional), y al mismo tiempo letra muerta en el ámbito interno.

Lo anterior resulta posible, en la medida que se deja en manos del Presidente de la República la facultad discrecional (mediante la promulgación y publicación del tratado) de otorgarle aplicabilidad al tratado en el plano interno, lo que a todas luces parece distanciarse de la intención del constituyente en cuanto al papel que debe desempeñar el Presidente de la República en el manejo de las relaciones internacionales, - de acuerdo a lo establecido por el artículo 32 N°17 - puesto que la Constitución Política de la República deposita en el Jefe de Estado la facultad de evaluar, según su parecer, el interés que representa para el país la adopción de un acuerdo internacional, lo que justifica que él mismo conduzca la negociación, la conclusión y la firma del tratado, e incluso se puede colegir que en él radica la decisión de fijar la oportunidad para ratificar el acuerdo, no obstante haber sido aprobado por el Congreso, pero nada indica que en el manejo de las relaciones

internacionales el Presidente de la República esté facultado (como en los hechos lo está con la tesis de la recepción por acto expreso) para limitar los efectos jurídicos, en el plano interno, de un tratado internacional que se encuentre vigente.

Una situación como la descrita, no responde a una mera especulación, puesto que nuestra historia reciente da cuenta de estos hechos.

El ejemplo paradigmático lo constituye el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en el seno de las Naciones Unidas el año 1966, ratificado por el Estado chileno el año 1972, promulgado por el ejecutivo mediante Decreto Supremo el año 1976, y publicado en el Diario Oficial el año 1989.

La falta de publicación de dicho tratado, dio lugar al rechazo constante, por parte de nuestros tribunales de justicia, de los derechos y prerrogativas en él contenidos y establecidos en favor de los súbditos de los países que lo ratificaran.

No resulta ser esta la oportunidad para indagar en las razones que están detrás de esta secuencia de carácter *generacional* que revistió el acto expreso de incorporación de uno de los instrumentos internacionales de mayor relevancia en el ámbito de los derechos humanos, pero sí es la oportunidad para hacer hincapié en lo desafortunado que puede llegar a ser un sistema de recepción del derecho internacional como el imperante en estos momentos en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo desde la perspectiva del prestigio internacional del Estado chileno ante la comunidad internacional, sino que también desde el punto de vista de los beneficiarios nacionales de las normas internacionales, quienes en situaciones de emergencia se podrían ver privados de importantes prerrogativas, que en el caso del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, pueden significar poner en riesgo la integridad física y moral de los individuos.

Establecido, en términos generales, el sistema de recepción del derecho internacional en nuestro ordenamiento jurídico, cabe preguntarse ahora por la situación particular de la incorporación en el derecho chileno de la normativa internacional destinada a proteger la dignidad del individuo.

Respecto de las normas consuetudinarias y los principios generales de la normativa internacional sobre los derechos humanos (nuevamente se recalca el tratamiento conjunto que se está haciendo en esta parte del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario) puede afirmarse que respecto de ellos, en nuestro ordenamiento jurídico opera el sistema de *recepción automática*.

Dicha conclusión es posible extraerla de lo afirmado con anterioridad, cuando se analizó la incorporación del derecho internacional común en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso de los derechos humanos, nada obsta para hacer extensivos a su respecto, los pronunciamientos judiciales que admiten la incorporación global y automática del derecho internacional común, situación que posibilitaría la aplicación del derecho internacional consuetudinario sobre los derechos humanos en todos aquellos casos en que no exista disposición interna que regule una materia específica, e incluso se podría defender una posición tendiente a hacer prevalecer la aplicación de la normativa internacional común sobre derechos humanos por sobre una disposición interna, o sea en una hipótesis de concurrencia normativa, en razón de que *ante esta disyuntiva, el juez chileno tiene, en materia de derechos humanos, una base a favor del derecho internacional, ya que hay una firme posición constitucional en el artículo 5.2, en el sentido de que los derechos esenciales que*

*emanan de la naturaleza humana constituyen un límite al ejercicio de la soberanía*²³³.

Aceptar la posibilidad de la incorporación automática del derecho internacional consuetudinario sobre derechos humanos en el derecho interno no es una cuestión menor, puesto que la constante evolución y desarrollo de esta rama del derecho internacional público, ha permitido que el proceso de formación normativa de estas reglas consuetudinarias se cristalice con mayor celeridad que las normas generales del derecho internacional, lo que ha obedecido básicamente a la incesante actividad desarrollada por las Organizaciones Internacionales comprometidas con la protección de la dignidad del individuo, las que mediante la aprobación de declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos han ido consolidando la *opinio iuris* que dota de obligatoriedad e imperatividad en muchos casos, a los principios fundamentales que terminan por darle estructura a las disposiciones sobre derechos humanos.

No es extraño, entonces, constatar que un gran número de disposiciones contenidas en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos hayan adquirido el carácter de norma consuetudinaria, y más aun el carácter de norma *ius cogens*, cuestión fundamental, no sólo para proyectar los beneficios jurídicos de la normativa sobre derechos fundamentales respecto de individuos cuyos Estados no hayan prestado su consentimiento en alguno de los tratados internacionales sobre derechos esenciales, sino que también para dotar al sistema de protección de los derechos del hombre de la universalidad suficiente como para enfrentar las distintas concepciones que supone la diversidad étnica, cultural o política de las distintas naciones del orbe.

²³³ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.55

Por lo que respecta a la recepción de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, estos no se encuentran exentos de los problemas jurídicos que plantea el hecho de que el constituyente no haya regulado expresamente la incorporación de los mismos en el derecho interno.

Sin embargo, respecto de este tipo de convenios internacionales, una solución interpretativa tendiente a aceptar la recepción de los mismos mediante un mecanismo que suponga su incorporación automática, encuentra un fuerte apoyo en el contenido normativo del actual artículo 5° de la Constitución, en particular en su inciso segundo, que fue objeto de una reforma constitucional el año 1989.

El artículo 5° de la Constitución en su inciso primero señala:

“ La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”.

Por su parte el inciso segundo de la norma en comento señala:

“ 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 encuentren vigentes”.

La segunda parte del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución (que hemos subrayado) corresponde a la incorporación hecha por la reforma constitucional aludida.

Dicha modificación ha sido objeto de una rica discusión doctrinaria en lo relativo al contenido y alcance de la misma – según veremos más adelante -, debate

que se ha hecho extensivo a cada uno de los aspectos jurídicos que trae consigo la frase agregada al texto constitucional.

En esta parte nos interesa en concreto, el sentido y alcance que se le ha dado a la expresión *vigentes* de la disposición en análisis.

Lo que se trata es de dilucidar si el inciso 2º del artículo 5º requiere que los tratados a los que se refiere deben estar vigentes de conformidad al derecho internacional, de acuerdo al ordenamiento jurídico interno, o de acuerdo a ambos.

Según la tesis que sostiene la recepción del derecho internacional convencional mediante *acto expreso*, la “vigencia” a la que se referiría el citado inciso segundo del artículo 5º sería aquella que significara tanto la vigencia internacional (existe consenso que no resulta admisible la incorporación de un tratado internacional que no haya cobrado vigencia según sus propias disposiciones) como nacional del tratado, puesto que sólo con su incorporación plena en el derecho interno, esto es, con el cumplimiento de cada uno de los actos a que se refiere esta postura (aprobación legislativa, promulgación y publicación del tratado internacional), se dotaría al instrumento en cuestión de eficacia jurídica, en el sentido de poder ser invocado ante sede jurisdiccional, y por tanto, de vigencia interna en nuestro ordenamiento jurídico.

El tratado internacional, de acuerdo a esta posición, al estar sometido a los *trámites de una ley* en el proceso de aprobación a que hace referencia el artículo 50 N°1 de la Constitución, vendría a quedar determinado (desde el punto de vista de su naturaleza y jerarquía) por dicha estructura normativa – la ley –.

Esta asimilación trae consigo consecuencias formales que dicen relación con los procedimientos posteriores a la aprobación legislativa que van aparejados a toda norma generalmente obligatoria en el ámbito interno, tales como la necesidad de dar cumplimiento a los trámites de promulgación y publicación.

Dichos trámites, cabe recordar, están establecidos por nuestro ordenamiento jurídico para que:

- 1) Por una parte, se fije el texto auténtico, se reconozca la fuerza obligatoria y se ordene dar cumplimiento a una norma – objetivos perseguidos con la promulgación -, y
- 2) Por otra parte, que la sustancia dispositiva de la misma llegue a conocimiento de los sujetos cuya actuación va a estar determinada por la regulación respectiva, lo que fundamentaría, a su vez, la presunción de conocimiento de la ley – objetivos perseguidos con la publicación -.

La concurrencia de estos trámites y atendido el particular fin perseguido por cada uno de ellos, permitirían desde la perspectiva de nuestro derecho sustancial y de acuerdo a la tesis de la recepción mediante acto expreso, la aplicación y obligatoriedad del contenido normativo del convenio internacional en el derecho interno.

Sin embargo, los fines descritos para estos dos trámites – promulgación y publicación - resultan totalmente extraños a la estructura particular y a los mecanismos de formación normativa de los tratados internacionales.

Por lo que respecta a la *promulgación*, atendido los fines que persigue dicho trámite nada indica que el mismo sea *necesario para la vigencia del tratado en el ámbito interno, por cuanto, a diferencia de la ley nacional, el tratado es adoptado y fijado su texto por multiplicidad de Estados a través de los procedimientos previstos en el mismo Derecho Internacional; la fuerza obligatoria del tratado tampoco está dada por la promulgación, sino que también por el Derecho*

*Internacional, y en fin, la orden de darle cumplimiento al tratado es un efecto propio del principio “Pacta Sunt Servanda”*²³⁴.

Tratándose de la *publicación*, y aceptando que la misma tiene por objeto ofrecer una garantía a los destinatarios de la norma, en cuanto representa un medio idóneo para poner en conocimiento de estos el contenido preceptivo de la regla en cuestión, tampoco resulta técnicamente correcto exigir este tipo de procedimiento, ni para los tratados en general, ni para los convenios internacionales sobre derechos humanos.

En el primer caso, el Estado resulta ser el destinatario del contenido normativo del instrumento internacional, de modo que son precisamente los Estados contratantes los sujetos obligados y beneficiarios del acuerdo internacional, por lo que nada justificaría la publicación de disposiciones que sólo obligan al Estado como tal.

En el caso de los tratados sobre derechos humanos, cabe tener presente que los mismos – de acuerdo a la jurisprudencia internacional -, no están concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que al aprobar estos tratados los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción, por lo que hacer una exigencia – como la publicación -, para condicionar la vigencia interna del tratado (que establece derechos en favor de los individuos, precisamente para ser opuestos frente a su Estado) significaría un doble contrasentido.

²³⁴ VARELA BARRAZA, Yuri. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicación en el ámbito interno a partir de la Reforma Constitucional de 1989, efectos en la doctrina y jurisprudencia. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, profesor guía Claudio Troncoso. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1997, p. 109

Por una parte se estaría dejando a la discreción del sujeto obligado – el Estado – la ejecución de una medida interna que depende de su propia voluntad (la publicación), que mientras no se lleve a cabo, significa para los beneficiarios de la norma internacional – los individuos sometidos a la jurisdicción del Estado – la privación absoluta de los derechos establecidos en su beneficio.

Una situación como la descrita equivaldría estar en presencia, de lo que en la teoría de las obligaciones se conoce como una *condición meramente potestativa de cargo del deudor* – en este caso el Estado -, cuya validez ha sido desechada por nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito de las relaciones privadas (art. 1478 Código Civil), precisamente por significar una falta de voluntad seria en obligarse.

De aceptar la doctrina de la recepción del tratado mediante actos de promulgación y publicación, la cuestión sería aun más seria que la planteada en el ámbito privado (en este caso la ley civil priva de eficacia normativa, y declara nula a una condición pactada por las partes), ya que el condicionamiento meramente potestativo descrito, sería impuesto *unilateralmente* por uno de los Estados contratantes, lo que abiertamente vulneraría el principio del *pacta sunt servanda*, ampliamente aceptado en el ámbito de las relaciones internacionales.

El establecimiento de parte de un sujeto de derecho internacional - como es el Estado - de un conjunto de requisitos necesarios para dotar de fuerza jurídica en la esfera nacional a un instrumento que goza de fuerza normativa en la esfera propia que determina su condición de validez, esto es la esfera internacional, vulneraría principios básicos de la observancia de los tratados, como son la buena fe que debe existir de parte de los Estados contratantes en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, y el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional establecida en un tratado (artículo 26 y 27,

respectivamente, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969).

En el caso de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la conclusión anterior se ve potenciada por el hecho de que estos convenios fueron concebidos por la comunidad internacional como derechos puros y simples, que el individuo estaría en condiciones de oponer frente al Estado – una vez incorporados en el derecho interno - sin la concurrencia de medidas nacionales que hicieran posible su ejecución (es el caso de las normas *self executing*), lo que demostraría el interés de la comunidad de Estados por no poner trabas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta rama del derecho internacional público, por lo que difícilmente se podría tolerar que, mediante un sistema de incorporación de dicha normativa, - es decir en la etapa inmediatamente anterior a su aplicación - se condicionara la aplicabilidad de derechos esenciales del individuo, al cumplimiento de medidas nacionales sujetas a la voluntad del principal obligado con los convenios en cuestión, esto es, el Estado.

En segundo lugar, no resulta razonable la exigencia de la publicación del tratado internacional sobre derechos humanos para que este tenga vigencia en el ámbito interno, ya que como se ha planteado, las obligaciones que estos tratados generan son sólo para los órganos del Estado y no para los particulares, por lo que no se advierte la función garantizadora que cumpliría este trámite, toda vez que el sujeto obligado por la norma internacional desde antes de manifestar su voluntad en obligarse, - o sea con antelación a la ratificación o adhesión - ya estaría en conocimiento de las obligaciones que le conciernen, y que por cierto adopta y acepta para sí - manifestada que sea su voluntad - y una vez que el instrumento respectivo cobre vigencia de acuerdo a las disposiciones contenidas en el mismo tratado, es decir, en conformidad a las normas del derecho internacional.

Este tipo de consideraciones son las que hacen pensar, que de exigirse por parte de nuestro ordenamiento jurídico la promulgación y publicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, estos trámites no deben mirarse sino como una obligación de algunos de los órganos del Estado, más que como un requisito o condición para determinar la vigencia interna de los mismos.

El cumplimiento de esta última obligación, no sería más que la consecuencia obvia del “deber” constitucional que cargan consigo los órganos del Estado, - según el artículo 5° inciso 2° - de respetar y promover los derechos humanos.

En adición a lo reseñado precedentemente, es posible encontrar otros argumentos tendientes a considerar que la norma constitucional en análisis exigiría solamente que el tratado internacional sobre derechos humanos se encuentre vigente en el ámbito internacional, lo que significaría a la larga la aceptación de la tesis de la incorporación automática del mismo en nuestro derecho interno.

Se trata esta vez de esgrimir aquellas razones que permiten visualizar a los tratados internacionales como instrumentos cuya naturaleza jurídica es diversa a la que posee la ley común, por lo que no correspondería *transmitir* a estos las formalidades de promulgación y publicación (como lo hace la doctrina de la recepción mediante acto expreso) que son propias de un proceso de formación normativa que sólo dice relación con el derecho interno

En este sentido parte de la doctrina advierte que *si bien es cierto que el procedimiento para la conclusión de un tratado diplomático requiere de la cooperación del Poder Legislativo, motivo por el que se ha dicho que la eficacia del tratado es la misma que la de una ley, la verdad es que él es, ante todo, obra del Poder Ejecutivo. En efecto, el procedimiento seguido para su conclusión es complejo, consta de varias fases y sólo una de ellas, la aprobación, es obra del Poder Legislativo. El tratado está, pues, en la órbita del Poder Ejecutivo; la*

iniciativa para conducir su negociación sólo corresponde al Presidente de la República (artículo 32 N°17, de la Constitución Política), puesto que tal iniciativa ha de exteriorizarse frente al país contratante, y sólo el Presidente de la República posee poder representativo en la esfera internacional. Y si bien el Congreso es soberano para aprobar o rechazar un tratado – del carácter del convenio se deduce que no puede proponer enmiendas, como puede hacerlo respecto de una ley, ya que una aprobación con modificaciones sería la refutación de la oferta unida a una contraoferta -, debe considerarse que el Presidente de la República es soberano para ratificar o no – la ratificación tiene, pues, un carácter discrecional– y el Congreso no puede obligarlo a que lo haga. Y ello, porque la aprobación es precisamente una autorización al Presidente de la República para ratificar tal o cual tratado diplomático. Esta aprobación o autorización no consiste en darle al tratado todos los caracteres de una verdadera ley, nada es más inexacto. La ley que en este caso vota el Parlamento no basta para que el tratado entre en vigor, no tiene más valor que el de ser una simple formalidad para autorizar al Presidente de la República a ratificar, a semejanza del tribunal que autoriza a un tutor para vender un inmueble de su pupilo. Aunque el Parlamento vote una ley autorizando al Presidente de la República para ratificar, éste no está obligado a hacerlo, pues la ratificación es una cuestión de oportunidad gubernamental²³⁵.

Siguiendo la misma línea argumental, y nuevamente analizando el significado del artículo 50 N°1 de la Constitución, en lo relativo al papel desempeñado por el Congreso Nacional, se ha señalado que *en esta función, el Congreso actúa en ejercicio de sus atribuciones exclusivas y no como parte del órgano legislativo; el Congreso no puede modificar los términos del tratado que el*

²³⁵ GUZMÁN LATORRE, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1989. p.71 (el subrayado es nuestro)

*Presidente de la República le presenta, pudiendo sólo aprobarlo o desecharlo, y en estricto derecho, la resolución del Congreso que aprueba o desecha un tratado es un acuerdo y no un proyecto de ley*²³⁶.

Este tipo de consideraciones apuntan a desvirtuar la base argumental de aquellos que, a partir de las normas constitucionales de los artículos 32 N°17 y 50 N°1, infieren un sistema de recepción del derecho internacional que está definido por la concurrencia de un conjunto de formalidades (promulgación y publicación) relacionadas con la validez y aplicabilidad propias de las normas internas, y que por lo mismo, no se ve cómo se puedan hacer extensibles a los convenios internacionales, de aceptarse que los mismos poseen una naturaleza jurídica diversa a la ley común nacional.

Pretender construir en nuestro ordenamiento jurídico, dogmáticamente hablando, un sistema de recepción del derecho internacional convencional, sobre una premisa que descansa en una consideración del tipo como la sostenida por nuestra jurisprudencia, esto es, asimilando la estructura jurídica del tratado con la ley interna, por el sólo hecho de que en el procedimiento establecido constitucionalmente para contraer una obligación internacional de índole convencional contemple la participación del Congreso Nacional y que esta autorización se concluya luego de haber llevado a cabo los trámites propios de una ley nacional, no parece del todo concluyente para extender a los instrumentos internacionales condiciones de aplicabilidad que le son totalmente ajenas como la promulgación y publicación, toda vez que los convenios internacionales poseen consideraciones jurídicas propias – regladas por el derecho internacional – para

²³⁶ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.56

precisar las condiciones que deben concurrir para producir los efectos jurídicos perseguidos por el tratado.

Lo anterior, pone en entredicho la necesidad de proceder a la promulgación y publicación de un tratado internacional como requisito esencial para que el derecho internacional convencional cobre vigencia en el ámbito interno, toda vez que al desvincularse este de la naturaleza jurídica propia de la ley interna, inmediatamente hace cuestionable la necesidad de llevar a cabo estos procedimientos posteriores a la aprobación legislativa establecidos por nuestro derecho sustantivo (Código Civil) para que la ley rija y sea conocida en el derecho interno, pues, en ninguna parte la Constitución Política consagra el deber de promulgar o publicar un tratado internacional, situación que permite:

- Acercarse a una posición que admita, en nuestro ordenamiento jurídico, la incorporación automática del derecho internacional convencional como único sistema coherente con las normas constitucionales existentes al respecto, y con las disposiciones generales del derecho internacional.
- Dar cabida a una interpretación del artículo 5º inciso 2º de la Constitución que apunte a la *vigencia internacional* del tratado sobre derechos humanos como condición básica - y por cierto adicional a la ratificación respectiva – para que los derechos esenciales contenidos en el mismo limiten el ejercicio de la soberanía.

En suma, respecto a la recepción en nuestro derecho interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos podemos hacer las siguientes consideraciones:

- a) Un sistema de recepción del derecho internacional convencional, como el propuesto por nuestra jurisprudencia y por la mayoría de nuestra doctrina, no

parece encontrar respaldo en las normas constitucionales de los artículos 32 N°17 y 50 N°1, ya que del tenor literal de ambas disposiciones queda claro que las mismas no regulan el problema de la incorporación de los tratados en el ordenamiento jurídico nacional, sino que se limitan a establecer las condiciones para que el Estado chileno pueda obligarse internacionalmente.

- b) El hecho de que no exista una norma constitucional que regule de manera expresa la problemática de la recepción del derecho internacional convencional en el derecho interno, obliga a buscar la interpretación que sea más acorde con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado chileno, y que por ende, dé lugar a un sistema de recepción que no cuestione la obligatoriedad de la normativa internacional, en razón de que la tendencia creciente en el ámbito de las relaciones internacionales es aquella que se inclina por recoger una visión unitaria del derecho que permita una relación de colaboración entre el derecho internacional y el derecho interno, superando así las viejas controversias generadas por las visiones dualistas.
- c) De aceptarse una tesis como la sostenida por la doctrina de la recepción mediante los actos de promulgación y publicación - respecto de un instrumento internacional ratificado por el Estado chileno y vigente en el ámbito internacional -, no sólo significaría estar colocando en entredicho la obligatoriedad de los convenios internacionales (negando así la evolución experimentada por el derecho de gentes en lo relativo a sus relaciones con los derechos estatales), sino que también significaría dejar en manos del Estado una facultad discrecional capaz de limitar los efectos jurídicos de un tratado internacional que estaría produciendo plenos efectos respecto de nuestro país en el ámbito internacional, lo que resulta inaceptable en el caso de los tratados internacionales sobre derechos humanos, puesto que respecto de ellos, la

situación se tornaría aun más compleja, toda vez que estos acuerdos internacionales han sido concebidos para ser enfrentados precisamente ante el Estado, quien podría limitar la vigencia interna de los derechos esenciales contenidos en dichos tratados, en desmedro de los beneficiarios de dichas normas, con el sólo hecho de manejar a su arbitrio las medidas internas de promulgación y publicación.

- d) Una hipótesis como la descrita, lamentablemente cuenta con precedentes en nuestra historia reciente, lo que hace pensar que el constituyente derivado tuvo en cuenta dicha situación para considerar que el ejercicio de la soberanía también encontraba un límite en los derechos esenciales contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art.5° inciso 2°), de manera tal que si el objeto de la reforma constitucional de 1989 fue fortalecer la situación de los derechos humanos en Chile, la única interpretación que dejaría fuera hipótesis como la planteada, es aquella que considera que la “vigencia” a la que se referiría la norma constitucional en comento, sería la que demandara la sola vigencia internacional del tratado, lo que permitiría que el contenido normativo del mismo, pueda ser invocada por los individuos beneficiados por el convenio sobre derechos fundamentales, sin condiciones provenientes del Estado, principal obligado por este tipo de convenios.
- e) No cabe duda que el mejor sistema de recepción del derecho internacional convencional sobre derechos humanos que recoge esta idea del fortalecimiento de los derechos esenciales, es aquel que permite la incorporación automática de los tratados internacionales en nuestro derecho interno, mecanismo no sólo aceptado, sino que también promovido por los sistemas jurídicos contemporáneos.

- f) Tratándose de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, al expresar éstos la voluntad por parte de los Estados de conceder determinados derechos a sus habitantes, todo hace pensar que dichos beneficios jurídicos se incorporarían al derecho interno de cada Estado en forma automática, en la medida que se reconozcan derechos a favor de los particulares, susceptibles de ser aplicados de manera directa. La conclusión anterior resulta ser la interpretación más acorde con el objeto y fin perseguido por los tratados internacionales sobre derechos humanos.
- g) Nuestro ordenamiento jurídico, respecto del derecho internacional común ha aceptado la tesis de la recepción automática como sistema de incorporación, lo que sumado al hecho de que el constituyente no recogió ningún sistema que implicara la recepción especial del derecho internacional (vía transformación del derecho internacional en ley interna) puede llevar a pensar –especialmente teniendo en consideración todo lo dicho respecto de las normas constitucionales de los artículos 5º inc.2º, art.32 nº17 y 50 Nº1 – que en nuestro derecho resulta viable la incorporación automática del derecho internacional convencional sobre derechos humanos.
- h) Lo anterior, se potencia teniendo en consideración que los actos de publicación y promulgación exigidos por la doctrina de la recepción mediante acto expreso (los cuales reconocen su fundamento en premisas bastantes débiles e incorrectas desde un punto de vista técnico), más que significar un aporte a la defensa de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, implican una seria limitación a estos, en la medida que pueden significar un mecanismo arbitrario en lo relativo a la vigencia interna de los mismos, lo que no se aviene en nada con los fines perseguidos en cada uno de los instrumentos internacionales tanto

del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como del derecho internacional humanitario.

- i) Por último, cabe tener presente, que los objetivos perseguidos por la promulgación y la publicación en nuestro derecho positivo, no resultan del todo útiles desde la perspectiva de la aplicabilidad de los convenios internacionales en el ámbito interno, atendida la particular naturaleza jurídica de los tratados internacionales, por lo que no resulta del todo convincente la concurrencia de esos trámites para determinar la vigencia del tratado en el ámbito interno.

4. CONCURRENCIA NORMATIVA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO CHILENO

Incorporada que sea la normativa sobre derechos humanos (Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario) en nuestro ordenamiento jurídico – independiente de la doctrina de recepción del derecho internacional que se recoja – surge el problema de definir las relaciones entre estos dos subsistemas normativos.

Las relaciones de interacción y concurrencia entre el derecho internacional y los derechos estatales, dependen en buena medida de la concepción que maneje el derecho interno respecto del derecho de gentes, en el sentido de considerar a este como un sistema normativo extraño y diferente al sistema nacional, y que por lo mismo no puede afectar la integridad jurídica del sistema interno (visión dualista) o bien, considerar que el derecho internacional es una pieza más de un sistema normativo general que estaría conformado por el derecho nacional y por el derecho de gentes, y que precisa de definir las relaciones existentes entre uno y otro, a

objeto de buscar la mejor solución normativa a una situación determinada, de conformidad al sistema normativo que esté en condiciones de proporcionar la mejor respuesta (visión monista).

El tipo de relaciones que pueda mediar entre la norma internacional y el derecho interno es una cuestión que no regula el derecho internacional, sino que es una materia que, al igual que el problema de la incorporación del derecho de gentes en el derecho interno, queda en manos de las disposiciones legales de los distintos sistemas jurídicos nacionales.

En este sentido cabe señalar que la práctica y la jurisprudencia internacionales no consagran el dualismo ni el monismo. La jurisprudencia de la jurisdicción internacional confirma que ella es una jurisdicción de reparación y no de anulación. Si una norma interna es contraria a una norma internacional, el Estado responsable podrá recibir sanciones de distinto tipo: diplomáticas, económicas, obligación de indemnizar o de proporcionar una satisfacción adecuada, pero no produce la anulación de la norma afectada, sino que sólo pone en juego la responsabilidad internacional del Estado afectado. Asimismo, la práctica y la jurisprudencia se niegan a admitir que el Derecho interno y el Derecho Internacional sean sistemas jurídicos separados, sin integraciones entre ellos²³⁷.

La norma internacional que puede entrar en conflicto con una ley interna puede ser de diversa entidad, teniendo en cuenta las distintas fuentes formales del derecho internacional.

Respecto del derecho internacional común (costumbre internacional y principios generales de derecho) no cabe más que remitirse a lo dicho en el

²³⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 20, 1993, p.882

apartado anterior, en el sentido que la práctica de nuestros tribunales de justicia no ha sido uniforme al momento de decidir si este tipo de normas internacionales prevalecen o no frente a las normas nacionales, por lo que difícilmente se puede establecer un criterio definitivo.

Sin embargo, el hecho de que fallos tan emblemáticos – y recurrentemente citados – como el pronunciado por la Corte Suprema en 1955 en la causa de *Lauritzen con Fisco*, haya sentado un precedente en favor de la primacía, en el orden interno, de las reglas de derecho internacional consuetudinario sobre las leyes internas, representa un buen auspicio de carácter jurisdiccional para sostener el mayor rango o jerarquía de la norma internacional común, posición que puede ser reforzada con los principios generales del derecho internacional que buscan precisamente que la antinomia eventual se resuelva a favor de la normativa internacional, con el objeto de que el Estado no incurra en responsabilidad internacional.

En el caso del derecho internacional común sobre derechos humanos y reiterando lo señalado en su oportunidad, existe hoy día - con la modificación del artículo 5º inciso 2º de la Constitución - la posibilidad de afirmar que en caso de conflicto normativo de este tipo de disposiciones con una norma interna, lo más acorde con el espíritu de nuestra legislación sobre derechos fundamentales sería que primara la norma internacional común por sobre la ley nacional, precisamente porque el ejercicio de la soberanía reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Cabe preguntarse ahora, por la situación de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

Establecido el hecho de que es una tarea de la Constitución Política de cada Estado el determinar la jerarquía de los tratados dentro de su ordenamiento jurídico,

lo natural es preguntarnos si el constituyente nacional dio alguna respuesta en este sentido.

Esta tarea, de acuerdo a la historia fidedigna de la Constitución de 1980, pretendió ser resuelta por el órgano constituyente, tal como queda de manifiesto según los siguientes comentarios:

“...debe quedar muy claro en este primer artículo de la Constitución que dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que está por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados...”

“...según se ha evidenciado por el debate anterior, se ha producido consenso en la Comisión acerca de que una ley no puede modificar un tratado [porque el tratado es superior a ella] e indica que otra cosa es la conveniencia de expresarlo o no en la Carta.”²³⁸

En definitiva, la Carta Constitucional de 1980 no consagró norma alguna al efecto, lo que viene a confirmar esta tendencia del constituyente a guardar silencio respecto de temas ligados con los efectos del derecho internacional en nuestro derecho interno, por lo que la solución debe ser buscada en la decisión de los órganos judiciales.

Nuestros tribunales de justicia, si bien es cierto no suelen mantener una línea jurisprudencial que permita hablar de verdaderos precedentes, han sentado respecto

²³⁸ El primer comentario corresponde al profesor Alejandro Silva B., en: Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Vol. 1, sesión 47 de 13 de junio de 1974, p.14; el segundo comentario en: Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Vol. 11, sesión 371 de 16 de mayo de 1978, pp. 2584-2588. Ambas citas extraídas de: MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.58

a esta materia, según los estudios del profesor Benadava, los siguientes criterios, de acuerdo al conflicto normativo de que se trate:

- Si el conflicto normativo se da entre la Constitución y un tratado internacional:

Los tribunales chilenos han declarado que, en el plano interno, las disposiciones de la Constitución prevalecen sobre las de un tratado internacional.

- Si el conflicto normativo se da entre un tratado internacional y leyes de orden

público: Los tribunales nacionales han dado a entender que las disposiciones legales internas de tal naturaleza prevalecerían sobre las disposiciones de un tratado que pretendiera restringirlas o condicionarlas.

- Si el conflicto normativo se da entre un tratado internacional y la ley ordinaria:

En este caso hay que distinguir a su turno si:

i) *El tratado es posterior a la ley:* En este caso, según nuestros tribunales, primará el tratado sobre la ley, ya que el tratado es ley posterior, y a veces, también ley especial

ii) *La ley es posterior al tratado:* Frente a esta situación, la jurisprudencia más reciente de los tribunales chilenos se inclina, pues, a admitir la prevalencia de un tratado internacional en que Chile es parte, debidamente incorporado al derecho interno, sobre una ley interna posterior a tal tratado.²³⁹

Respecto a la primera solución propuesta – primacía de la Constitución por sobre el tratado – existen voces disidentes que señalan que *un Estado no puede invocar frente a otro Estado ni siquiera su propia Constitución para sustraerse de las obligaciones que le imponen los tratados vigentes. Un tratado debe cumplirse, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado que se niegue a hacerlo*²⁴⁰.

²³⁹ BENADAVA, Santiago. Las relaciones entre...Op. cit. pp. 47-58

²⁴⁰ GUZMÁN LATORRE, Diego. Op. cit. p.78

Por lo que respecta a la primacía de las leyes de orden público, se ha señalado que dichas normas *limitan, sin duda, la autonomía de la voluntad de las personas, pero no pueden limitar la competencia del Estado para celebrar tratados. No se ve entonces razón por la cual las normas convencionales convenidas por el Estado sobre estas materias no puedan prevalecer, en un caso específico, sobre las leyes internas que le sean contrarias*²⁴¹.

Por su parte, la conclusión de que el tratado internacional prima por sobre las leyes anteriores, se ha dicho que *deriva de la decisión de los órganos constitucionales que, en virtud de la Constitución determina la sucesión de las normas internas válidas y la aplicabilidad de las normas internacionales incorporadas al ordenamiento jurídico interno. Este efecto modificador derogador de las leyes anteriores que versan sobre la misma materia surge de los propios artículos 32 N°17 y 50 N°1 de la Carta Fundamental, en ella intervienen los órganos colegisladores que determinan la aplicabilidad e incorporación al Derecho interno del tratado internacional, el que desplaza a las normas internas que entran en conflicto con él, anteriormente dictadas por los propios órganos colegisladores*²⁴².

Finalmente, respecto a la primacía de la normativa internacional convencional por sobre las leyes posteriores, tiene su razón de ser porque ellas *se rigen por el principio de aplicabilidad, ya que ni unas ni otras se condicionan en su validez. La consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de buena fe y de cumplimiento de los compromisos adquiridos... No se trata de un problema de jerarquía de los tratados sobre las leyes y sobre la Constitución, ya que el*

²⁴¹ BENADAVA, Santiago. Las relaciones entre...Op. cit. p.53

²⁴² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dogmática Constitucional. Talca, Editorial Univesidad de Talca, 1997. p.37

*cumplimiento de los tratados no puede ser alterado por una ley o una reforma constitucional posterior, ello se debe a que las condiciones de validez del tratado vienen impuestas por el ordenamiento jurídico internacional, limitándose el ordenamiento jurídico interno a determinar sus condiciones de aplicabilidad*²⁴³.

En suma, se puede señalar que en Chile la relación de concurrencia normativa de los tratados internacionales con las leyes internas no es una cuestión que se encuentre resuelta del todo, puesto que al no existir una disposición constitucional que regule la materia, la respuesta definitiva al tema del rango o jerarquía de los instrumentos internacionales en nuestro derecho interno tendrá que ser aportada por la práctica de nuestros tribunales de justicia, quienes si bien es cierto, aceptan un cierto grado de prevalencia de la norma internacional por sobre la ley común (lo que parece acertado desde el punto de vista del cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado chileno), no admiten que el derecho internacional convencional prime por sobre la Constitución.

Diversos argumentos se han manifestado a la hora de defender la doctrina de la supremacía constitucional por sobre los tratados internacionales, siendo los más recurrentes aquellos que, por una parte, sientan dicha prevalencia en el hecho de que el tratado internacional al poseer una estructura jurídica similar a la ley (puesto que su aprobación e incorporación dependen de una tramitación en conformidad a los procedimientos contemplados para la ley interna) recibiría una ubicación específica en la pirámide normativa interna, esto es, en aquel sitio destinado a las normas legales que reconocen su origen en los poderes legisladores del derecho nacional, y por ende, con rango inferior a la norma fundamental del Estado.

²⁴³ Ibid. p.38

Por otra parte, el segundo argumento frecuentemente citado por los sostenedores de la primacía de la Constitución por sobre los tratados internacionales, es aquel que advierte que si se aceptara la primacía de la norma internacional convencional por sobre la Constitución Política, se estaría vulnerando los procedimientos contemplados por la misma, en materia de Reforma Constitucional (Capítulo XIV), toda vez que al dársele preferencia al acuerdo internacional en caso de concurrencia normativa, implícitamente se estaría derogando el texto constitucional a través de un procedimiento ajeno al establecido y previsto por el constituyente instituido.

Con todo, el primero de esos argumentos no parece encontrar una base sólida al momento de indagar en los presupuestos que dan origen a tal planteamiento, resultando el segundo de ellos más atendible, por lo menos en lo que dice relación a los tratados internacionales en general, puesto que efectivamente consultar un mecanismo diverso al establecido por la Constitución para modificar el contenido de la misma, no parece encontrar respaldo en el derecho positivo nacional, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los tratados internacionales sobre derechos humanos, según se verá más adelante.

Por lo que se refiere a la homologación que suele hacer la jurisprudencia nacional respecto de la naturaleza jurídica que poseería el tratado internacional en nuestro sistema jurídico, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 50 N°1 de la Constitución - es decir, la misma naturaleza jurídica que la ley común- baste con recordar lo dicho en el apartado anterior para desvirtuar tal asimilación.

Los tratados internacionales son el resultado de un acuerdo interestatal, que supone una estructura normativa construida sobre el consentimiento aportado por cada uno de los Estados partes, quienes actuando de manera soberana concurren con su voluntad a dicho acuerdo, con el objeto de verse alcanzados por los efectos

jurídicos que se deriven de la aplicación del tratado, lo que pone de manifiesto – al igual que lo que ocurre en la contratación entre privados – una naturaleza jurídica del acto definida por el consentimiento de las partes.

Resulta evidente, entonces, que dicha estructura jurídica se aleja de la naturaleza propia de los actos que dan lugar a la ley en la esfera del derecho positivo nacional.

La ley, en el ámbito interno, es un acto jurídico unilateral, donde los obligados por la norma no concurren con su consentimiento al momento de definir los alcances de la misma, justamente porque la ley es el resultado del ejercicio de la soberanía y de la distribución de competencias en los distintos órganos del Estado.

En atención al carácter bilateral o multilateral que revisten los tratados internacionales, y como tal fuente de derechos y obligaciones recíprocos, no resulta admisible que el Estado modifique unilateralmente los efectos jurídicos del mismo, mediante el mecanismo de hacer prevalecer la normativa interna por sobre el derecho internacional convencional, ya que el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales exige de parte del Estado que quiere sustraerse de los compromisos adquiridos, la sujeción del procedimiento general – regulado por el derecho internacional – que se traduce en la denuncia del tratado, y no una aplicación del tratado que signifique en los hechos vulnerar acuerdos alcanzados de manera consensual mediante actos unilaterales. De lo anterior se deriva que *el principio Pacta Sunt Servanda determina la aplicabilidad de los tratados que vinculan a los Estados Partes, mientras no se determine internacionalmente su inaplicabilidad. Por lo que incorporado un tratado al ordenamiento jurídico*

interno en forma válida, ninguna norma interna puede decidir su inaplicación ni su pérdida de validez²⁴⁴.

Una correcta interpretación del derecho internacional convencional, demanda que este sea objeto de un tratamiento que tenga presente su particular estructura jurídica, es decir, un acuerdo internacional erigido por los Estados partícipes del mismo, y por ende dotado de una naturaleza jurídica que escapa a los designios unilaterales de las partes, en lo relativo a su contenido normativo.

Asimilar, desde el punto de vista del rango o jerarquía normativa, un tratado internacional con una ley interna, puede significar dejar en total indefensión los intereses depositados por los otros Estados partes en el tratado, lo que no sólo puede implicar hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado por una violación de normas internacionales, sino que también puede poner en riesgo la seguridad nacional y el honor del Estado de Chile.

Tratándose de los convenios internacionales sobre derechos humanos, la concurrencia normativa, a partir de la Reforma Constitucional de 1989, reconoce una serie de elementos que permiten establecer conclusiones en favor de la primacía de la norma internacional derivada de estos instrumentos por sobre las disposiciones de nuestro derecho positivo.

Un análisis que permita establecer una línea argumental que avale una solución normativa con miras a determinar la primacía del derecho internacional convencional sobre derechos humanos por sobre las normas del derecho nacional, (incluida la Constitución) debe tomar en cuenta una serie de factores que permitan dilucidar el objeto perseguido por la reforma constitucional de 1989, dentro de los

²⁴⁴ Ibid. p.39 (el subrayado es nuestro)

que cabe destacar la situación constitucional previa a la enmienda aludida y el contexto político que dio lugar a la misma.

En este sentido, debe tenerse presente que con anterioridad a la modificación constitucional reseñada, la Carta Fundamental de 1980 ya había aportado una norma novedosa y trascendente – el art.5º inciso 2º -, en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales de los individuos, al reconocer en ellos una limitación al ejercicio de la soberanía.

La disposición precedente, en conjunto con otras normas constitucionales (artículos 1º y 19 Nº26), representa la expresión de una concepción armónica y finalista del constituyente tendiente a asegurar los derechos humanos del individuo.

Lo anterior, sirve de base para sostener que el constituyente, a través de estas disposiciones, *reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano. Por tanto, el constituyente sólo se limita a reconocer tales derechos, a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos*²⁴⁵.

De lo expuesto queda en evidencia que la Carta Fundamental en su texto primitivo, ya contenía normas suficientemente idóneas como para salvaguardar la dignidad inherente del individuo, lo que obliga a preguntarnos por la necesidad de incorporar en el texto constitucional una frase como la que definitivamente se agregó al inciso segundo del artículo 5º con la reforma constitucional de 1989.

Como es sabido el contexto político en Chile, a la época de la reforma en comento, estaba definido por una serie de circunstancias que decían relación con la necesidad de enmendar una Carta Fundamental que hasta ese entonces había servido de norma reguladora a un régimen autoritario, y que por lo mismo, requería

²⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Constitución y Derecho Internacional...Op. cit. p.886

de enmiendas sustantivas para permitir el normal desempeño de un régimen democrático.

Las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos cometidas durante el régimen militar, hacían dudar de la eficacia jurídica del bloque de disposiciones constitucionales destinadas a proteger los derechos fundamentales del individuo, motivo que dio lugar a una propuesta de reforma constitucional que significara el fortalecimiento de tales derechos.

Dicho anhelo, en definitiva, quedó plasmado en una frase que se agregaba al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución.

El texto incorporado a esta norma, que señala que *es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos* (los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana), *garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*, representa y cristaliza el deseo de los actores que dieron forma a la mencionada enmienda, en el sentido de mejorar la posición de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico de Chile.

En este mismo sentido, uno de los participantes directos en el proceso de enmienda referido comenta que *en relación con la jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos al interior del ordenamiento jurídico nacional, ya el artículo 5° originario de la Constitución de 1980 colocaba los derechos esenciales de la persona como una limitación al ejercicio de la soberanía. Por tanto, su jerarquía estaba por sobre todo acto de los poderes constituidos. Era necesario solamente reforzarlos, dándoles el carácter de*

*vinculantes en forma expresa: es decir, obligatorios para todos los órganos del Estado*²⁴⁶.

Establecido el objeto perseguido con la enmienda al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, estamos en condiciones de pasar revista a los diversos aspectos de la misma, que han suscitado divergencias en la doctrina nacional, en lo relativo a su sentido y alcance.

Los autores nacionales suelen discrepar respecto de los siguientes puntos²⁴⁷:

- a) Si la limitación al ejercicio del poder político está constituida solamente por los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados ratificados por Chile y vigentes, o también por otros derechos esenciales que puedan existir y que no se encuentren así consagrados;
- b) Si la expresión “vigentes” en la disposición que se comenta se refiere a la vigencia conforme al derecho internacional o de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno;
- c) Si la norma del artículo 5° inciso 2°, se aplica sólo a los tratados que se encontraban vigentes en Chile al momento de la enmienda o cubre también a los que se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad a ella;
- d) Si los tratados de que habla la disposición son todos aquellos que contengan alguna norma de derechos humanos o sólo los que tengan por objeto único o principal la consagración de estos derechos, y
- e) Si esta enmienda ha elevado la jerarquía de los tratados de derechos humanos con respecto al resto de los tratados, transformando a los primeros en normas de rango constitucional.

²⁴⁶ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 23 N°2 y 3, Tomo I, 1996, p.256

²⁴⁷ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.60

Respecto a la primera cuestión planteada, cabe tener presente la prevención hecha con anterioridad, en el sentido de que el texto originario de la Constitución de 1980 ya contenía una norma cardinal en el mismo artículo 5° inciso 2°, que constituía al respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como un límite al ejercicio de la soberanía. Esta norma, como se puede apreciar, establecía un límite caracterizado por estar planteado en términos genéricos, es decir sin hacer referencia a ningún catálogo específico de derechos fundamentales.

Por otra parte, los antecedentes con que se cuenta respecto a la reforma constitucional en análisis, demuestran que el deseo de los sectores promotores de la enmienda al inciso 2° del artículo 5° se centraba en la obtención de una norma que reconociera en términos más amplios las distintas fuentes del derecho internacional sobre derechos humanos. Se puede señalar en este sentido que el proyecto de reforma presentado por la Comisión Técnica a la Junta de Gobierno era del siguiente tenor: “ Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile”.

Los representantes del Gobierno militar estimaron que, si bien estaban llanos a aceptar una enmienda al artículo 5° inciso 2°, no estaban en condiciones de aceptar la reforma en los términos planteados por la Comisión Técnica, por considerar que la misma era muy vaga, y en definitiva sometieron a la aprobación ciudadana la disposición que actualmente estamos analizando.

Los integrantes de la Comisión Técnica, aceptaron la enmienda en los términos propuestos por el Gobierno, *sin mayores clarificaciones, porque podía*

*afectarse con ellas la posibilidad de reforma constitucional...en este caso se justificaba la mala técnica legislativa en aras de obtener las reformas: todo quedaba a la interpretación judicial futura*²⁴⁸.

Lo anterior pone de manifiesto que el constituyente derivado, con la referencia hecha a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos en la enmienda al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, no pretendió dejar fuera a otros derechos esenciales que pudieran estar fuera de las dos fuentes formales mencionadas – aceptar lo contrario haría perder sentido a la disposición que establece el propio artículo 5º inciso segundo en su primera parte –sino que lo que se buscó fue no reconocer abiertamente en el texto constitucional otras fuentes del derecho internacional diversas a los tratados internacionales como límites al ejercicio del poder estatal, lo que no sólo deja entrever una reticencia explícita respecto del derecho internacional general, sino que también da muestras de una mala técnica legislativa – como lo subrayaban los miembros de las Comisiones Técnicas -, puesto que, difícilmente el Estado se puede sustraer o desconocer el valor jurídico del derecho internacional común en nuestro derecho interno, con una delimitación constitucional que sólo haga referencia a la norma fundamental del derecho interno y al derecho internacional convencional, en razón de que el derecho internacional general sobre derechos humanos está revestido del carácter de norma imperativa, y el *ius cogens* en nuestro derecho positivo está expresamente reconocido desde que se incorporó a nuestra legislación la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Dicha situación, en conjunto con lo dispuesto por el mismo artículo 5º inciso 2º previo a su enmienda, y considerando el hecho de que la enmienda en análisis

²⁴⁸ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. Op. cit. p.257

tuvo por objeto fortalecer y mejorar la situación de los derechos humanos en el sistema jurídico nacional, - por lo que no resulta admisible considerar que la enmienda constitucional haya desmejorado la situación de los derechos esenciales del individuo - permite concluir que *todos* los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen una limitación a la soberanía, conclusión que se aviene perfectamente con los designios manifestados por el propio constituyente, en el sentido que el catálogo de derechos fundamentales consagrados por la Constitución no es taxativo – lo que coincide con la doctrina internacional de los derechos humanos que acepta como un hecho que estos están en permanente desarrollo progresivo, por lo que no se puede hablar de derechos humanos definitivos - y por otra parte, concilia aquella particular visión que deja entrever nuestra Constitución Política al momento de definir la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, esto es, como derechos anteriores al Estado y que por lo mismo sólo reconoce y garantiza, pero que no los crea ni establece.

Continuando con el análisis de la disposición del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, encontramos que la expresión “tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, ha generado discusión respecto de dos de los cinco puntos señalados con anterioridad.

Por una parte, lo que se trata de dilucidar es si los tratados internacionales sobre derechos humanos requieren estar vigentes desde la perspectiva del derecho internacional, del derecho interno o de ambos. Al efecto, y con el objeto de no caer en reiteraciones, nos remitimos a lo dicho en la parte relacionada con la recepción del derecho internacional convencional sobre derechos humanos.

Por otra parte, la expresión en análisis, permite dos conclusiones respecto a la vigencia aludida:

- 1) La aplicación de la enmienda constitucional sólo abarcaría a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales que se encontraban vigentes al momento de la reforma;
- 2) La enmienda respectiva, además, resultaría aplicable a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales que entren en vigencia con posterioridad a la reforma constitucional de 1989.

Al efecto se ha señalado que apoyar una interpretación restrictiva llevaría a concluir que la enmienda al artículo 5º sería un obstáculo para el avance de los derechos humanos, al impedir que otros derechos puedan eventualmente ser también limitaciones constitucionales al ejercicio del poder. El propósito de la reforma fue “reforzar” la defensa de los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y esta defensa se refuerza cada vez que una nueva modalidad se agrega a las existentes con el fin de responder a nuevas amenazas a la dignidad humana, claramente posibles de prever dada la inmensa fertilidad del pensamiento humano. Si esto es así, toda nueva mejora de los catálogos de los derechos humanos que enriquezca el contenido del artículo 5º, inciso 2º, debe incorporarse automáticamente a esta norma, una vez que el tratado respectivo cumpla con los requisitos que ese inciso establece²⁴⁹.

La cuarta cuestión que cabe preguntarse respecto a la enmienda constitucional al artículo 5º de la Constitución, es si los tratados internacionales de que habla la disposición son todos aquellos que contengan alguna norma de derechos humanos o sólo los que tengan por objeto único o principal la consagración de estos derechos.

²⁴⁹ MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.70

Diversos argumentos se pueden aportar para sostener nuevamente una interpretación amplia del precepto que se comenta.

En primer lugar, debe insistirse que el objeto perseguido por la reforma constitucional de 1989 fue mejorar la situación de los derechos humanos en nuestro derecho interno, de modo tal que si lo que se pretendió fue fortalecer, a través de la Constitución, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, la disposición en análisis necesariamente debe incluir todos los derechos fundamentales consagrados en cualquier tratado.

Por otra parte, una razón de texto permite concluir que *el sentido de la norma en este aspecto es inequívoco, al hablar de “tratados internacionales”, sin hacer distinción alguna*²⁵⁰.

Asimismo, cabe señalar, que la jurisprudencia internacional también avala esta interpretación amplia. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, - frente a un requerimiento del Estado peruano sobre la interpretación de la frase “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” – *que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano*²⁵¹.

Con todo, la problemática que ha generado más polémica dentro de nuestra doctrina en lo referente a la enmienda de la norma del inciso 2º del artículo 5º de la

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, serie A N°1 (párrafo 52), citado por MEDINA, Cecilia. Op. cit. p.70

Constitución, es aquella que trata de dilucidar el rango o jerarquía que poseen los tratados internacionales sobre derechos humanos en nuestro derecho interno, después de la reforma constitucional de 1989.

Tres son las posiciones que surgen en este sentido:

- Aquellos que sostienen que los tratados internacionales sobre derechos humanos, al igual que los tratados internacionales en general, tendrían en nuestro ordenamiento jurídico la misma fuerza normativa que la ley, incluso después de la reforma constitucional de 1989;
- Aquellos que sostienen que los tratados internacionales sobre derechos humanos, a partir de la reforma constitucional de 1989, tendrían rango constitucional; y
- Aquellos que sostienen que los tratados internacionales sobre derechos humanos tendrían un carácter supraconstitucional, luego de la enmienda constitucional.

Quienes defienden la tesis, según la cual, la reforma al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución no habría modificado el rango o jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y que por ende, gozarían del mismo rango que los tratados en general, esto es, el que le corresponde a la ley, suelen basar su posición en las consideraciones que ya hemos mencionado con anterioridad, en el sentido de que los convenios internacionales, cualquiera sea su especie, poseen la misma naturaleza jurídica que la ley común, lo que estaría refrendado por el sistema de incorporación que rige respecto de dicha normativa en nuestro derecho interno.

En este sentido, señalan aquellos que defienden esta postura, que la enmienda constitucional de la que se viene hablando, no habría modificado en nada el sistema de incorporación del derecho internacional convencional en nuestro

derecho positivo, por lo que los tratados internacionales sobre derechos humanos quedarían sujetos a las normas constitucionales de los artículos 32 N°17 y 50 N°1, y por ende, definida inmediatamente su posición en la pirámide normativa interna, esto es, en un nivel inferior a la Carta Fundamental, en razón de que poseerían la misma naturaleza jurídica que la ley común.

De acuerdo a lo anterior, el tratado internacional sobre derechos humanos estaría por debajo de la norma constitucional, - en conformidad con la doctrina de la supremacía constitucional - lo que permitiría concluir que en caso de concurrencia normativa, dicho acuerdo internacional cedería en beneficio de la norma fundamental interna.

Asimismo, afirma esta posición doctrinaria, que el objeto de la reforma constitucional de 1989 no habría sido alterar el rango o jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos dentro de nuestro sistema normativo, sino que lo que se habría pretendido con la enmienda al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución sería sólo *ratificar la imposibilidad jurídica de que el poder normativo interno derogue o reforme el contenido de los tratados internacionales*²⁵².

Otro argumento expuesto por los defensores de la primacía constitucional por sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos, es aquel que descarta la tesis de la constitucionalidad de dichos acuerdos, en razón que, de aceptarse tal interpretación, se establecería un procedimiento menos oneroso y no contemplado por el constituyente para reformar el contenido de la Carta Fundamental, lo que vulneraría lo dispuesto por el Capítulo XIV de la Constitución.

²⁵² SAENGER, Fernando. Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 20 N°2 y 3, Tomo II, 1993, p.647

Dentro de aquellos que sostienen que la reforma constitucional de 1989, si habría dotado a los derechos humanos de rango constitucional, es posible distinguir dos posiciones diversas:

- Los que consideran que la reforma en comento habría dado lugar a la jerarquía constitucional de los derechos esenciales *contenidos* en los tratados internacionales;
- Los que sustentan que la enmienda constitucional habría elevado a rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Los primeros señalan que *lo que ha establecido la reforma es que lo que tiene o tendría rango constitucional son los derechos esenciales contenidos en esos documentos y no el documento mismo, como totalidad. De esta forma, son los derechos esenciales que se encuentran garantizados en un tratado los que podrían tener rango constitucional y no el tratado internacional, que tendrá dentro de la jerarquía interna el status que le corresponda según el modelo de incorporación del derecho internacional que se escoja*²⁵³.

El fundamento de esta posición radica en la idea de que *si la soberanía reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la persona humana, principio que aparece claro en el artículo 5º, no parece compatible con esa idea el que los instrumentos que reconocen y garantizan esos mismos límites estén subordinados a los actos por los cuales se ejercita la soberanía, como son las leyes y los actos de las autoridades públicas. De ser así, simplemente no hay límite eficaz, jurídicamente hablando. Por lo tanto, parece compatible con el concepto de soberanía limitada que contiene la Constitución de 1980 el que haya normas que escapen a ella, o que, al menos estén fuera del ámbito de lo simplemente legal.*

²⁵³ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. Sobre los derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 20 N°2 y 3, Tomo II, 1993. p.696.

Bajo este concepto el pensar que las normas de derechos humanos...posean una especial protección, como es la que otorga su rango constitucional, aunque se encuentren en un documento originalmente distinto y separado de la Constitución, no parece infringir la Ley Fundamental, sino que, todo lo contrario, parece profundizar la tendencia a garantizar los derechos de las personas²⁵⁴.

Por otra parte se agrega que la reforma de 1989, en este específico aspecto, tiene que tener algún sentido útil. Es indiscutible que el objeto de la misma fue el de fortalecer las garantías de los derechos humanos y no el de debilitarlas. Con anterioridad a la misma, Chile era parte de varios tratados de derechos humanos que obligaban al Estado ¿Con qué objeto se los menciona entonces en el artículo 5º reformado si no es con el fin de modificar el status de las garantías en ellos reconocidos o protegidos, mejorándolas? Toda interpretación constitucional debe ser útil y, podemos agregar, favorable al objeto mismo de una constitución, que no es sino el de garantizar los derechos de las personas. Una interpretación que mantiene a las normas de derechos humanos en el mismo status que el anterior a la reforma, simplemente dice que ésta, en esta materia, nada agregó a la Constitución. La reforma de 1989 tiene que producir en la Carta Fundamental una diferencia entre el “antes” a ella y el “después”²⁵⁵.

Esta posición que afirma que la Constitución de 1980, luego de la reforma de 1989, no reconocería en los tratados internacionales el límite al poder soberano, sino que dicha limitación se encontraría en los derechos esenciales que esos tratados contienen, encuentra voces críticas que señalan que en la aplicación práctica de esta posición se observará que habrá que llegar al propio tratado para

²⁵⁴ Ibid. p.697

²⁵⁵ Ibid.

*determinar si garantiza los derechos en cuestión, los cuales difícilmente podrán estar vigentes independientemente de las fuentes que los consagran*²⁵⁶.

Por su parte, aquellos que sustentan la tesis de que los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, a partir de la enmienda constitucional de 1989, habrían adquirido rango o jerarquía constitucional basan sus argumentos en las siguientes consideraciones.

Según estos autores – que representan a la mayoría dentro de nuestra doctrina – *el sentido de la reforma constitucional de 1989 es la de fortalecer los derechos humanos y elevar de categoría los tratados de derechos humanos en relación a los demás tratados, los que tienen una naturaleza distinta*²⁵⁷.

La conclusión precedente toma sentido si se piensa que, con anterioridad a la enmienda constitucional, los individuos dentro de nuestro ordenamiento jurídico ya contaban a su favor una disposición en la Carta Fundamental – el artículo 5° - que proveía a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de una fuerza normativa superior capaz de limitar el ejercicio de la soberanía y el actuar de los poderes públicos.

Si se suma a lo anterior el hecho de que el derecho internacional convencional, una vez incorporado al derecho interno, ya se encontraba situado en la pirámide normativa por sobre la ley común, pero por debajo de la norma constitucional, y si se adiciona a lo dicho, las particulares circunstancias políticas que rodearon a la reforma constitucional de 1989, se puede concluir que un fortalecimiento real de los derechos humanos dentro de nuestro sistema normativo, sólo podía venir dado por un reconocimiento constitucional que significara la

²⁵⁶ INFANTE CAFFI, María Teresa. Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia. . En Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N°2 y 3, Tomo I, 1996. p.287.

²⁵⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Constitución y Derecho Internacional...Op. cit. p.887

incorporación de dichas prerrogativas en la Ley Suprema del Estado, mediante un sistema de reenvío a los principales instrumentos concebidos por la comunidad internacional para brindar protección al ser humano: los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Tenemos así que *los derechos contenidos en los tratados en materias de derechos humanos forman parte de la constitución material, constituyendo parte del plexo de derechos garantizados constitucionalmente y constituyen límites a la soberanía, es decir, al ejercicio del poder constituyente derivado y los poderes constituidos que ejercen las potestades públicas; así, estos pueden sólo asegurar, garantizar y promover en mejor forma los derechos esenciales de la persona humana, pero jamás podrán afectar la esencia de los derechos ni disminuir su nivel de actual garantía constitucional, sólo podrían incrementarla hacia el futuro, lo que vale también para el constituyente derivado o instituido. Así lo determina el artículo 5° inciso 2° de la Ley Suprema, en su oración final, por decisión del cuerpo político de la sociedad, actuando en ejercicio de la soberanía y como constituyente originario en el plebiscito de 1989*²⁵⁸.

Por otra parte los autores que mantienen esta posición doctrinaria, rebaten el principal argumento de aquellos que no aceptan el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos y que se basa en la posible infracción que acarrearía una postura como esta, a las normas que regulan el procedimiento de reforma constitucional contenidas en la Carta Fundamental en su capítulo XIV.

En tal sentido se señala que dicha argumentación *no tiene una base sólida de sustento positivo, sino que se estructura sobre la idea de que la Constitución debe necesariamente enmendarse por medio de un solo procedimiento,-* lo que de

²⁵⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N°2 y 3, Tomo I, 1996. p.356.

acuerdo a esta posición – *puede rebatirse haciendo presente que no existe un dogma que establezca que las constituciones deben tener un determinado procedimiento de enmienda o que impida que una constitución establezca procedimientos diferentes de enmienda, atendido el carácter o naturaleza de lo que se enmienda*²⁵⁹. En este caso existen razones poderosas para sostener que es explicable que una constitución disponga un procedimiento de enmienda cuando dicha enmienda se refiere a la incorporación de nuevos derechos humanos o una ampliación de derechos humanos ya existentes, que es el tipo de enmiendas que podría traer consigo la ratificación de nuevos tratados, ya que en el derecho internacional de los derechos humanos no hay involución. Por lo demás, si el límite al ejercicio del poder son “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, los únicos tratados que podrán ser ratificados por Chile son aquellos que perfeccionen y refinen lo ya existente, y si hay acuerdo de la comunidad internacional, del Presidente de la República y del Congreso, no parece que el Estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea más flexible que aquel que se utiliza para el resto de las normas constitucionales²⁶⁰.

Se puede sostener, entonces, que el mecanismo de la reforma constitucional secundaria, - para nada desconocido en el derecho comparado - es una manifestación donde *en el fondo, hay un reconocimiento cada vez más fuerte de la crisis de la soberanía y del Estado nacional, de la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, todo lo que muestra y deja en*

²⁵⁹ Diversas constituciones establecen procedimientos secundarios de reforma constitucional al autorizar la cesión de facultades o atribuciones que la Constitución encomienda a órganos nacionales por medio de tratados internacionales. A manera de ejemplo, pueden señalarse las Constituciones de Luxemburgo (art.49); Bélgica (art.25 bis); España (art.93). Incluso algunas constituciones autorizan cesión de soberanía por simple ley, como ocurre con las Constituciones de Alemania (art.24); Italia (Art.11) y Grecia (art.28)

²⁶⁰ MEDINA; Cecilia. Op. cit. p.68

*evidencia una nueva estructuración del poder en la sociedad contemporánea. El constitucionalismo nacional, propio del Estado-Nación, cede posiciones ante un constitucionalismo supranacional e internacional, del cual forman parte los órganos judiciales supranacionales y los internacionales que protegen los derechos humanos*²⁶¹, circunstancias todas coincidentes con la actual doctrina y jurisprudencia internacional de los derechos fundamentales, que no dejan de precisar que el sistema de protección de los derechos humanos existente hoy día en el derecho internacional, no sólo implica una modificación de los conceptos tradicionales de soberanía, sino que también da vida a un concepto internacional del orden público que reconoce en el respeto de la dignidad de individuo el presupuesto básico para la consecución de la paz y orden internacional, por lo que no resultaría difícil reconocer que nuestro ordenamiento jurídico, al propender el fortalecimiento de los derechos humanos en nuestro derecho interno, hizo suyos tales principios con la reforma a la norma del inciso 2 del artículo 5° de la Ley Suprema del Estado.

Finalmente, dentro de las distintas posiciones doctrinarias que han surgido a propósito de la reforma constitucional de 1989, en lo relativo al tema de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en nuestro sistema jurídico, encontramos un sector que sostiene que la enmienda al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución habría colocado a dichos instrumentos internacionales en una categoría no sólo superior a la ley ordinaria, sino que también por sobre la Constitución Política.

Aquellos que sostienen que los tratados internacionales sobre derechos humanos poseerían rango supraconstitucional en nuestro ordenamiento jurídico, a

²⁶¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los tratados internacionales...Op. cit. p.354

partir de la reforma de 1989, fundamentan su tesis en la actual estructura normativa del derecho internacional sobre los derechos humanos, según la cual, el evidente establecimiento de una dimensión transnacional del derecho y la justicia con el preciso objeto de que el respeto de las prerrogativas del ser humano obtenga un reconocimiento en la comunidad de Estados, ha generado lo que se podría denominar una *justicia constitucional supranacional* compuesta por instrumentos y organismos encargados precisamente de velar por el respeto de los derechos humanos. En este sentido se sostiene que *la internacionalización significa la asunción, por parte del derecho internacional, de los temas sobre prerrogativas del hombre, dándole vida a lo que se ha dado en llamar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que estos temas saltan las fronteras y dejan de ser cuestiones exclusivas de las jurisdicciones locales*²⁶².

Lo anterior, en conjunto con una serie de consideraciones que dicen relación con el objeto perseguido por la reforma constitucional de 1989, – el fortalecimiento de los derechos humanos – con la técnica utilizada por el constituyente destinada a proporcionar dicha salvaguarda – la remisión específica a los tratados internacionales sobre derechos humanos – y el hecho de que se emplazara la enmienda constitucional en una norma perteneciente al apartado de disposiciones que sirven de predicamento al restante conjunto de disposiciones constitucionales – Bases de la Institucionalidad – hacen pensar a los autores que sustentan esta postura, que la reforma en cuestión trajo consigo la consagración dentro de nuestro sistema jurídico de un bloque normativo que está por sobre la norma superior del Estado, precisamente porque el contenido normativo de este conjunto de disposiciones supraconstitucionales no admite la posibilidad de modificación

²⁶² PACHECO, Máximo. Supraconstitucionalidad de los Derechos Fundamentales. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 20 N°2 y 3, Tomo II, 1993. p.899

unilateral del Estado, no sólo porque se trata de acuerdos alcanzados de manera convencional, sino que también, porque dicha normativa, en buena parte, ha alcanzado dentro del ordenamiento jurídico internacional el carácter de imperativa.

De las tesis expuestas, como se adelantó, la que recaba mayor consenso dentro de nuestros tratadistas, es aquella que sostiene que la reforma constitucional al inciso 2º del artículo 5º, elevó a nivel constitucional el rango o jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, posición que ha sido compartida por nuestra jurisprudencia.

Las principales consecuencias que trae consigo esta visión, pueden resumirse de la siguiente manera²⁶³:

- Los derechos humanos asegurados en el tratado internacional se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.
- La vulneración de tales derechos humanos introducidos por vía del tratado internacional constituye una transgresión tanto de la Constitución como del tratado internacional, con las consecuencias y responsabilidades jurídicas correspondientes.
- El tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecido por el propio constituyente, al

²⁶³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los tratados internacionales...Op. cit. p.352-354

realizar la reforma constitucional de 1989, distinto del procedimiento del constituyente derivado del capítulo XIV de la Constitución.

- Incorporado el derecho o su protección por medio del tratado, éste adquiere aplicación inmediata, ya que si fuera necesaria reforma constitucional para ello, no se estaría dando cumplimiento el deber y mandato imperativo y perentorio de respeto y promoción de los derechos establecidos a todos los órganos del Estado, ya que quedaría a voluntad o no de dicho órgano acatar el mandato constitucional.
- Una reforma constitucional sólo podría modificar un tratado en materia de derechos humanos, en la medida que implique una mayor protección y garantía de tales derechos, no pudiendo desmejorar su situación jurídica.

5. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DERIVADAS DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS HUMANITARIOS POR PARTE DEL ESTADO CHILENO

El análisis del cumplimiento, por parte del Estado chileno, de las principales obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario, supone hacer un examen de los distintos mecanismos de aplicación de dicha normativa, cuestión llevada a cabo en el capítulo III de este trabajo, (apartado 8.) lugar donde identificamos distintas medidas o procedimientos de aplicación, cada una determinada por una serie de actuaciones de cargo de los Estados Partes de los distintos convenios humanitarios.

Dichas medidas o procedimientos de aplicación, son el resultado de la obligación genérica impuesta por los principales instrumentos del denominado *Derecho de Ginebra* y que señala que las Partes de esos tratados se comprometen a

respetar y hacer respetar los convenios humanitarios en toda circunstancia (art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y art.1.1 del Protocolo Adicional I de 1977)

Esta disposición, manifestación patente del viejo principio internacional del *Pacta Sunt Servanda*, tiene la particularidad de depositar en cada uno de los integrantes de estos convenios, el deber de hacer cumplir en todo tiempo y lugar las obligaciones humanitarias, respecto de los otros Estados Partes, cuestión que dota a las obligaciones humanitarias de un carácter especial: se trata de obligaciones incondicionales *erga omnes*.

Con esto, las Partes de los convenios humanitarios se transforman en agentes activos en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones humanitarias, de manera tal, que todos los Estados contratantes de dichos acuerdos internacionales, se hacen responsables y garantes de su cumplimiento.

Las distintas medidas de aplicación del derecho internacional humanitario, suelen dividirse en:

- Medidas preventivas.
- Medidas de control.
- Medidas represivas.

Con todo, la posibilidad de llevar a buen término cada una de estas medidas, requiere el cumplimiento previo de una serie de medidas de implementación del derecho humanitario en el derecho interno.

Se trata de medidas nacionales de aplicación, que se traducen en la adopción de medidas legislativas o reglamentarias internas que sean necesarias para dar

cumplimiento a las distintas obligaciones convencionales asumidas por los Estados Partes de los convenios humanitarios.

La adopción de estas medidas nacionales que posibilitan, en definitiva, el cumplimiento de cada uno de los distintos mecanismos o procedimientos de aplicación del derecho humanitario reseñados, representan la obligación consiguiente al proceso de incorporación o recepción del derecho internacional humanitario en el derecho interno, y en consecuencia, constituyen el primer indicio de la vigencia interna de dichos instrumentos en el derecho nacional de cada Estado.

Debe destacarse, que la mayoría de estas medidas nacionales de aplicación, deben ser adoptadas en tiempos de paz, única forma de asegurar que el objetivo perseguido por cada uno de los convenios humanitarios sea satisfecho en una situación de conflicto armado.

Asimismo debe considerarse que el no cumplimiento de estas medidas de implementación, al poner en riesgo el cumplimiento de los mecanismos destinados a aplicar el derecho internacional humanitario, puede dar lugar a la persecución de la responsabilidad internacional del Estado infractor de este deber primario de adecuación, circunstancia que se ve potenciada, si se tiene en cuenta lo dicho con anterioridad, en el sentido de que los Estados Partes de los convenios humanitarios cargan consigo el deber de *hacer respetar* sus disposiciones.

El cuadro siguiente da cuenta de las distintas normas de los principales convenios humanitarios que requieren, de parte de los Estados contratantes, la adopción de alguna medida de implementación.

ARTÍCULOS CLAVES QUE REQUIEREN MEDIDAS NACIONALES DE APLICACIÓN²⁶⁴

	Convenios de Ginebra de 1949				Protocolos de 1977	
	I	II	III	IV	I	II
Traducción	48	49	41,128	99,145	84	
Difusión y formación	47	48	41,127	99,144	80,82,83,87	19
Infracciones						
Disposiciones generales	49-54	50-53	129-132	146-149	85-91	
Crímenes de guerra	49-50	50-51	129-130	146-147	11,85-90	
Indemnización					91	
Protección						
Garantías fundamentales		3,12	3,13-17	3,27-34	11,75-77	4-5,7
Garantías judiciales y disciplinarias, derechos de los detenidos	3	3	3, 5, 17, 82 -90, 95 -108, 129	3, 5,31-35,43, 64-78, 99-100, 117-126	44-45,75	6
Personal sanitario y religioso, misión médica	40,41	42		20	15-16, 18	10, 12
Medios de transporte y establecimientos sanitarios	19,36, 39, 42-43	22,24-27,38-39,41, 43		18,21-22	12,18,21-23	12
Bienes culturales					53	16

²⁶⁴ Esquema procedente del sitio web: www.cicr.org/spa/dih sección, **Aplicación del DIH: Servicio de Asesoramiento del CICR**

Fuerzas peligrosas					56	15
Tarjetas de identidad	27,40, 41,	42	17, Anejo IV	20	18, 66-67, 78- 79, Anexos I y II	
Tarjetas de captura y de internamiento			70, Anejo IV B	106, Anejo III		
Empleo y uso abusivo de emblemas y de signos	44, 53- 54	44-45			18,37-38,66, 85, Anexo I	12
Especialistas y asesores						
Personal calificado					6	
Asesores jurídicos					82	
Organizaciones						
Sociedades Nacionales	26			63	81	18
Protección Civil				63	61-67	
Oficinas de información			122-124	136-141		
Comisiones médicas mixtas			112, Anejo II			
Planificación militar						
Armas y tácticas					36	
Instalaciones militares					57-58	
Zonas y localidades protegidas	23, Anejo I			14,15	59 - 60, Anexo I	

El esquema precedente, pone de manifiesto que un número importante de materias relacionadas con la protección del individuo en caso de conflicto armado, requieren de una adecuación legislativa o reglamentaria en el derecho interno de cada Estado Parte de los convenios humanitarios a que se ha hecho referencia.

Las disposiciones humanitarias mencionadas en el esquema anterior, carecen de autoejecutabilidad (*non self - executing*) en el derecho interno, por lo que resulta fundamental a su respecto la dictación de normas que permitan la vigencia interna de dichas disposiciones.

No se trata, por cierto, de un problema de recepción del derecho internacional convencional humanitario, sino que se trata de un problema de implementación de la normativa humanitaria en el derecho nacional.

Distinguir el problema de que se trata no resulta ser una cuestión baladí, puesto que reconocer el hecho de que no estamos en presencia de un problema de incorporación normativa, permite trabajar bajo el supuesto prioritario que trae consigo la presencia de un acuerdo internacional con plena vigencia, tanto en el ámbito nacional como internacional, en razón de que se trata de un instrumento que demanda el cumplimiento del principio internacional del *pacta sunt servanda* y del apego al principio de buena fe que debe regir la aplicación de un tratado internacional.

Expuesto el problema, cabe preguntarse ahora, por la situación existente en el derecho interno chileno, en lo relativo al cumplimiento de las medidas de implementación del derecho internacional humanitario.

En este sentido, cabe tener presente que Chile es Parte en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y de sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Respecto de los primeros, su vigencia en el derecho nacional se remonta hacía

inicios de la década del 50 de siglo pasado, y respecto de los acuerdos adicionales, su vigencia en el plano interno data de inicios de la década de los noventa (1991).

Con la firma y ratificación de estos instrumentos, el Estado chileno ha manifestado su intención de ser participe de los principales acuerdos internacionales adoptados por la comunidad internacional en materia de derecho humanitario, los cuales al estar incorporados en nuestro derecho nacional (independiente de la tesis de recepción del derecho internacional convencional que se recoja, en razón que los tratados mencionados han sido debidamente promulgados y publicados) obligan al Estado de Chile a dar cumplimiento a cada una de las medidas de implementación que sean necesarias.

En este sentido se ha señalado, tomando en cuenta el estado de nuestra legislación, que *la gran mayoría de las disposiciones contenidas en los Convenios de 1949 y en los Protocolos de 1977 no requieren de otras medidas legislativas complementarias para darles aplicación en Chile, sin perjuicio de que sea conveniente, en algunos casos, que las autoridades administrativas competentes adopten decisiones o impartan instrucciones para su mejor inteligencia y aplicación*²⁶⁵.

Con todo, y aunque se estime que el grupo mayoritario de disposiciones humanitarias contenidas en los tratados internacionales reseñados sean de aplicación inmediata en nuestro derecho nacional, no debe perderse de vista las importantes materias que efectivamente demandan una adecuación legislativa o bien la creación de normas generales que haga operativa las disposiciones humanitarias y que permitan una correcta aplicación de dichas normas.

²⁶⁵ BENADAVA, Santiago. Medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario. En Estudios de Derecho Internacional Humanitario, compilado por María Teresa Infante Caffi, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 1994. p.44

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha dicho que *hay ciertas disposiciones de los Convenios (de Ginebra de 1949) y de los Protocolos (Adicionales de 1977) que, para tener aplicación efectiva dentro del Estado, requieren de legislación específica que las implemente. Este es, por ejemplo, el caso del sistema de represión de infracciones contemplado en los cuatro Convenios y en el Protocolo I*²⁶⁶.

Desde esta perspectiva, se ha dicho que *de no adoptarse las medidas de implementación necesarias, muchas disposiciones aceptadas por los Estados corren el peligro de ser letra muerta, incluso antes de que sobrevengan situaciones que caigan dentro de su esfera*²⁶⁷.

Una situación como la descrita, no sólo resulta reprochable si se visualiza el problema desde el punto de vista del derecho internacional, en el sentido de que no se estaría dando cumplimiento al compromiso adquirido ante la comunidad de Estados Partes de estos convenios humanitarios por el Estado de Chile, sino que también comporta un reproche desde el punto de vista de nuestra legislación interna, la que a partir de la enmienda al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución ha elevado a rango constitucional a aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que estén contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como es el caso de los convenios de los que se viene hablando, por lo que no adoptar las medidas de implementación que permitan una adecuada aplicación del derecho humanitario significa que el Estado, a través de sus órganos, no estaría dando cumplimiento al mandato constitucional que lo obliga a respetar y promover tales derechos.

²⁶⁶ Ibid. p.45

²⁶⁷ SALINAS, Hernán. El Derecho Internacional Humanitario en el derecho interno: promoción y ejecución. En Estudios de Derecho Internacional Humanitario, compilado por María Teresa Infante Caffi, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 1994. p.38

Establecido que la no adopción de las medidas de implementación del derecho internacional humanitario, por parte de nuestros órganos internos, puede traer consigo poner en riesgo la responsabilidad del Estado chileno, tanto desde el punto de vista internacional como desde el punto de vista nacional, resta por averiguar cuál ha sido la actitud de nuestro sistema jurídico frente a esta realidad.

A este respecto se puede consignar que el Estado chileno, consciente de la necesidad de adoptar medidas de implementación del derecho internacional humanitario en el derecho interno, a través del Decreto Supremo N°1229 del Ministerio de Relaciones Exteriores creó el 31 de agosto de 1994 la Comisión Nacional de Derecho Humanitario (CNDH), a objeto de que la misma, identificara las principales cuestiones relativas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los principales instrumentos humanitarios incorporados en el derecho nacional.

Su función es la de estudiar y proponer a las autoridades competentes medidas a ser adoptadas a fin de dar efecto a los Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales en Chile y preparar proyectos de legislación y reglamentos que permitan la aplicación del derecho humanitario en nuestro derecho interno, en todos aquellos casos en que la norma internacional así lo requiera.

Desde su creación hasta nuestros días, la CNDH ha elaborado informes anuales, donde pone en conocimiento del Presidente de la República los trabajos realizados por dicha Comisión, en lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos humanitarios vigentes en Chile, donde por cierto, una de las materias de frecuente información es aquella que dice relación con las medidas que impliquen la adecuación de la normativa interna en relación con las normas *non self-executing* contenidas en los convenios humanitarios de los que Chile es parte.

Por lo que se refiere a este último punto, cabe señalar, que la revisión *in situ* (en la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores) de cada uno de estos informes que ha evacuado desde su instauración la Comisión Nacional de Derecho Humanitario al Presidente de la República – el último de ellos corresponde al período enero - diciembre de 2001 – no arroja mayores logros en lo relativo a la adecuación de nuestra legislación a los requerimientos impuestos por el derecho humanitario.

En este sentido, si bien es cierto, la CNDH ha sabido detectar con eficiencia las falencias de nuestro sistema jurídico para dar una correcta aplicación a las normas humanitarias –principalmente en lo referente a las *medidas represivas* contenidas en los convenios humanitarios donde se exhorta a las legislaciones domésticas a tomar todas las medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido u ordenado cometer alguna de las infracciones consideradas graves por dichos tratados – no se visualiza, en el corto plazo, la obtención de resultados que permitan presumir que se materializará una nueva legislación interna que de estricto cumplimiento a la necesidad de implementación en comento.

Con todo, el sólo hecho de que organismos interdisciplinarios (Fuerzas Armadas, Universidades, Ministerios) tengan dentro de sus propósitos la adecuación que se precisa para contar con un derecho humanitario plenamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, da cuenta de la importancia que reviste para el Estado chileno la materia que se trata, y sin duda, da una señal internacional que ha sido bien recepcionada por organismos humanitarios como el Comité Internacional de la Cruz Roja, institución que al momento de evaluar la aplicación del derecho humanitario en la región, valora positivamente el proceso de revisión al cual está siendo sometido la legislación nacional – particularmente el derecho penal

militar y el derecho penal ordinario -, destacando, desde luego, la creación y el trabajo desempeñado por la CNDH.

De todas maneras, no se debe tener una visión contemplativa con esta materia, puesto que la ejecución de buena fe de los tratados internacionales, - y particularmente tratándose de medidas nacionales que permitan la aplicación de disposiciones convencionales que no sean autoejecutables - no sólo supone la realización de estudios tendientes a la obtención de una legislación adecuada para dar una correcta aplicación al compromiso internacional adoptado, sino que también requiere que se le de al tema la prioridad propia del caso, esto es, una que tenga presente la latente responsabilidad internacional que puede recaer sobre el Estado infractor de las obligaciones derivadas de un acuerdo internacional convencional.

Por lo mismo no resulta admisible una extensión exagerada en el tiempo de los trabajos preparatorios a que se ha hecho referencia, puesto que la dilación en estos temas, - que han sido objeto de preocupación permanente y de gran relevancia política para la sociedad internacional - puede dar una señal errada respecto al debido cumplimiento que esté prestando el Estado chileno a dichos compromisos.

Así las cosas, se puede afirmar que *la legislación chilena actual no da, pues, operatividad interna a las obligaciones contraídas por Chile en las disposiciones de los Convenios y Protocolos sobre Derecho Humanitario que no sean self-executing. Es por ello posible que los tribunales chilenos no se consideren en situación de aplicarlas en casos concretos de que conozcan*²⁶⁸.

Una conclusión como la descrita, resulta del todo grave desde el punto de vista del sistema sancionatorio establecido por los convenios humanitarios, puesto

²⁶⁸ BENADAVA, Santiago. Medidas nacionales...Op. cit. p.46

que el derecho internacional humanitario ha confiado precisamente en las legislaciones nacionales la tarea de imponer la sanción legal que corresponda en caso de infracciones graves a dichos tratados – y que han sido consideradas como crímenes de guerra -, por lo que la ausencia de disposiciones que sancionen estos tipos penales, especialmente odiosos para la humanidad toda, supone quebrantar y hacer inaplicable un mecanismo ampliamente apoyado por la sociedad internacional, y que representa el máximo anhelo de la comunidad de Estados por no dejar en la impunidad hechos de barbarie, que no se condicen con la posición privilegiada de la dignidad del individuo en el ámbito internacional.

Teniendo presente, entonces, que nuestro derecho positivo presenta serias deficiencias en lo relativo al cumplimiento de las medidas de implementación derivadas de los principales convenios humanitarios, cabe preguntarse por la situación de las obligaciones de cargo del Estado chileno, y que están vinculadas con las medidas o procedimientos de aplicación del derecho internacional humanitario.

Por lo que se refiere a las *medidas preventivas*, cabe recordar que la principal obligación que le corresponde a los Estados Partes de los convenios humanitarios es aquella vinculada con la necesidad de difundir el contenido y los principios del derecho internacional humanitario respecto de aquellos que son destinatarios directos de dichas normas, así como de aquellos que se ven beneficiados con las disposiciones humanitarias.

Se dice que la *obligación de difusión y enseñanza* (analizada cabalmente en el apartado 8.1.1. del Capítulo III) del derecho internacional humanitario que pesa sobre los Estados Partes de los instrumentos humanitarios es el más importante compromiso a cumplir por estos, en razón de que *mientras mejor las reglas del*

*Derecho Internacional Humanitario sean conocidas, mayor es la probabilidad que ellas sean respetadas en la práctica*²⁶⁹.

Esta importancia ha sabido ser recogida plenamente por el Estado chileno, y de acuerdo a los informes prestados por la Comisión Nacional de Derecho Humanitario, una de las aristas de esta obligación se encuentra resuelta satisfactoriamente en el plano interno, se trata de la difusión y enseñanza que se ha llevado a cabo, respecto del sector que mejor debe conocer esta rama del derecho internacional público: las fuerzas armadas.

No cabe duda que son ellas – las fuerzas armadas – las principales destinatarias de las normas humanitarias, son ellas las llamadas a dar cumplimiento a las leyes y usos de la guerra, tanto respecto de los que participan activamente en el conflicto bélico, como de la población civil.

Dicha situación invita, a que los miembros de las fuerzas armadas, conozcan *las exigencias del derecho de los conflictos armados para limitar al máximo las pérdidas de vidas humanas y los daños materiales*. Por otra parte, *la importancia de esta difusión en las fuerzas armadas, se acrecienta si consideramos la complejidad creciente de los conflictos armados y del derecho que los rige*²⁷⁰.

Este conjunto de circunstancias ha posibilitado que el derecho internacional humanitario se haya incorporado a los planes de estudio de la Academias de Guerra, lo que ha permitido, incluso, que dentro de la Escuela Militar se esté impartiendo un curso sobre derechos humanos, según consigna el último informe de la CNDH dirigido al Presidente de la República, correspondiente al período enero – diciembre de 2001.

²⁶⁹ SALINAS, Hernán. Op. cit. p. 37

²⁷⁰ Ibid.

Se señaló con anterioridad, que solamente una de las aristas de este compromiso general de difusión, ha sido plenamente observado por el Estado chileno, puesto que este deber no ha sido del todo satisfecho – desde la perspectiva de los objetivos perseguidos por los convenios humanitarios – en razón de que el sector correspondiente a los beneficiarios con esta normativa, (la población civil) no ha recibido la información respectiva como para estar en condiciones de enfrentar una situación de beligerancia con pleno conocimiento de los derechos que le corresponden.

Según los informes de la CNDH, los esfuerzos invertidos en este sentido han esta encaminados a incorporar el tema del derecho humanitario en el curriculum escolar. Para tales efectos, en el mes de julio de 1999, se solicitó al Jefe del Programa de Mejoramiento de la Calidad y Equidad de la Educación (MECE) del Ministerio de Educación, la inclusión dentro de los “Objetivos Transversales de los Programas de Educación Media” el estudio de los principios fundamentales del derecho internacional humanitario.

El informe remitido al Presidente de la República, finalmente consignó que la gestión no prosperó, porque llevar a cabo dicha medida implicaba un costo importante, considerando el número de alumnos a nivel nacional, los profesores y los textos de estudio.

Como puede observarse, razones de índole económica han servido de excusa para postergar en el tiempo, los planes destinados a difundir el contenido de los convenios humanitarios dentro de la población civil, con todo, resulta válido preguntarse el por qué de una ausencia de este tipo de medidas de difusión en los medios de comunicación, especialmente si se tiene en consideración el alto impacto que tiene en la opinión pública los medios de comunicación social.

Queremos creer que se trata, nuevamente, de un problema de recursos y no de falta de voluntad política para llevar a cabo los compromisos internacionales.

Por otra parte, y en lo que dice relación con las *medidas de control* (analizadas en el apartado 8.2. del Capítulo III) contempladas por los convenios humanitarios – en este caso los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977 – cabe destacar que su incidencia en el plano práctico no ha sido del todo relevante como para cuestionarnos el nivel de cumplimiento, que respecto de estas medidas, ha mostrado el Estado chileno.

Las razones de este bajo perfil del tema en análisis, gira en torno a dos circunstancias.

La primera de ellas, dice relación con la inexistencia hasta la fecha (por lo menos desde que entraron en vigencia estos convenios) de situaciones de beligerancia internacional en la que Chile haya sido participe. Así las cosas, al no haber participado Chile en conflicto armado internacional alguno, difícilmente podemos preguntarnos si efectivamente se ha dado cumplimiento a las medidas de autocontrol (apartado 8.2.1. Capítulo III).

Una segunda razón que explica el escaso interés que muestra esta materia, por lo que respecta a nuestro análisis del cumplimiento del Estado chileno de las principales obligaciones derivadas de los convenios humanitarios, dice relación con la ineficacia que han demostrado en el ámbito internacional los procedimientos de heterocontrol, ya sea porque estos no funcionan según la expectativa de los tratados humanitarios (Potencias Protectoras), ya sea porque no han tenido la oportunidad de inagurar su participación en los conflictos bélicos internacionales (Comisión Internacional de Encuesta).

Por último, y en lo que dice relación con las *medidas represivas* (tratadas extensamente en el apartado 8.3. del Capítulo III) debe reiterarse lo dicho con

anterioridad, a saber, que el Estado chileno no ha dado cumplimiento a las obligaciones impuestas por los convenios humanitarios, en el sentido de adecuar su legislación, de manera tal, que resulte viable la represión de los crímenes de guerra.

La afirmación anterior surge del examen conjunto de la legislación penal nacional y de las disposiciones relativas a esta materia contenidas en nuestro Código de Justicia Militar.

Si bien es cierto que este último cuerpo legal contiene en su Libro Tercero, Título III, un apartado especial denominado “Delitos contra el Derecho Internacional”, (artículos 259 a 264) no menos cierto es que dicho título sólo sanciona una parte menor de las denominadas infracciones de guerra por los convenios humanitarios.

Por otra parte, tampoco parece aconsejable considerar que los restantes crímenes de guerra quedan subsumidos en las disposiciones del Código Penal, relativas a los ataques ilícitos a los derechos fundamentales de la persona como, por ejemplo, los atentados a la vida, la salud, la integridad física y síquica, y la libertad personal o la propiedad, toda vez que:

- Las imputaciones del derecho penal nacional no abarcan siempre todas las conductas que se vinculan a la conducción de las hostilidades;
- Las modalidades y condiciones punitivas previstas en el derecho penal nacional no siempre son conformes a los requisitos del derecho internacional humanitario, así como tampoco las penas previstas se adaptan siempre al contexto de los conflictos armados.

Al no contemplar nuestro sistema jurídico un conjunto de normas que permitan la imposición adecuada de sanciones penales a las personas responsables de hechos calificados por distintos instrumentos internacionales como *crímenes internacionales* y que dan cabida a un régimen de jurisdicción universal, no sólo se

está dejando de cumplir uno de los principales objetivos perseguidos por los tratados internacionales humanitarios, a saber, que dichos delitos no queden en la impunidad, sino que también se está dejando en una situación vulnerable al Estado chileno, tanto desde el punto de vista de su responsabilidad internacional, como de su posición soberana para juzgar hechos cometidos en su esfera jurisdiccional, toda vez que la regla de “juzgar o dar a juzgar” contempladas por los tratados del denominado *Derecho de Ginebra* obliga al Estado Parte de estos convenios y que no haya hecho comparecer al inculpado de los crímenes de guerra ante sus propios tribunales, a extraditarlo para que sea juzgado bajo todas las garantías del debido proceso, y que en este caso, sería precisamente un Estado que haya dado cumplimiento a las medidas de adecuación legislativa correspondiente.

Las consideraciones precedentes, ciertamente sitúan en una posición compleja al Estado chileno si llegara a cuestionarse en el ámbito internacional su conformidad con las obligaciones humanitarias derivadas de los principales tratados internacionales destinados a brindar protección a las víctimas de los conflictos armados.

Como se señaló en su oportunidad, la falta puede ser aun más compleja para los órganos del Estado en su conjunto, esta vez, desde la perspectiva de nuestro derecho constitucional, puesto que los derechos esenciales establecidos por los convenios humanitarios ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, forman parte de la Constitución material, de manera tal, que el deber de respeto y promoción que pesa sobre dichos órganos respecto de esos derechos, obliga a que el Estado adopte, a través de sus órganos y agentes, todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impidan el goce de los derechos.

CONSIDERACIONES FINALES

1. La defensa de la dignidad del individuo ocupa, en la actualidad, uno de los sitios de mayor relevancia para el mundo del derecho, tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito de los derechos nacionales.

Este fenómeno, como hemos tenido oportunidad de apreciar a lo largo de este trabajo, ha respondido a la creciente necesidad social de establecer los parámetros mínimos de humanidad, que permitan el normal desarrollo de la vida en sociedad.

El creciente interés por el tema de los derechos humanos, - que reconoce sus orígenes a mediados del siglo pasado, una vez superado uno de los períodos de mayor violencia entre la comunidad de Estados: la Segunda Guerra Mundial -, no sólo ha sido materia de preocupación y extenso trabajo de la sociedad internacional en su conjunto, sino que también ha encontrado una respuesta sólida, en lo referente a la defensa de los derechos humanos, en los distintos Estados democráticos, quienes han reconocido en la dignidad del individuo la base sobre la cual establecer el sistema jurídico que los determina, de manera tal, que uno de los componentes que dota de legitimidad al ordenamiento jurídico de una nación, es precisamente el respeto y promoción de los derechos inalienables del individuo.

El reconocimiento y la protección de los derechos humanos de parte del Estado, es el resultado de una ardua tarea, que reconoce como protagonistas a los distintos movimientos sociales surgidos básicamente como una reacción espontánea a los abusos cometidos por los órganos depositarios del poder político, en las distintas etapas de la historia contemporánea de la humanidad.

En el caso del derecho internacional de los derechos humanos, resulta patente el hecho de que estos, precisamente, han sido concebidos para ser opuestos por los súbditos frente al poder político del cual dependen, de allí que suele considerarse al Estado, a través de sus órganos y agentes, como el principal sujeto obligado en lo que dice relación con las prerrogativas consagradas en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo que a su vez ha llevado a concluir que el Estado, en estricto rigor, es el único sujeto activo concebible, respecto de una infracción a las normas relativas a los derechos esenciales del individuo.

Sin embargo, y a modo de primera consideración, se debe tener presente que el constante desarrollo y evolución de la doctrina de los derechos humanos va generando nuevos desafíos para la defensa de los mismos.

En este sentido, la estructura clásica que reconoce en el Estado al único ente capaz de colmar los requerimientos impuestos por la normativa sobre derechos fundamentales, y por ende, al sujeto activo por antonomasia de las violaciones que puedan existir respecto de ellos, debe necesariamente ir cediendo paso a las nuevas realidades que se van plasmando en el complejo contexto social internacional que impera en nuestros días.

Desde este punto de vista, debe tenerse en cuenta, principalmente, los procesos de globalización económica que se han manifestado en el mundo, a partir de la caída del modelo económico socialista, y que han propiciado la interdependencia de las distintas economías mundiales.

De esta manera, y al no depender solamente del Estado la posibilidad de potenciar el desarrollo humano de sus súbditos, - principalmente en lo que concierne a las condiciones que den cabida a una subsistencia *digna* del individuo - es que cobra fuerza la idea de la aparición de una *tercera generación* de derechos

humanos, determinada por requerimientos que tienen que ver con el derecho al desarrollo, con el derecho a vivir en un medio ambiente sano y con el derecho a vivir libres de la amenaza de la guerra.

Estos nuevos derechos, que permitirían el disfrute de condiciones que posibiliten el mejoramiento de la calidad de vida de los individuos, no necesariamente encontrarán en el Estado, al único sujeto obligado y responsable frente a estos requerimientos, puesto que la conclusión de ellos recae muchas veces en la acción conjunta de la comunidad de Estados.

Aceptar que la defensa de los derechos humanos es una tarea que supera las fronteras estatales, no sólo conlleva romper con el dogma de que el Estado es el único sujeto responsable por la consecución de los mismos, sino que también obliga a cuestionarse por la responsabilidad que le cabe en esta materia a organizaciones económicas de relevancia mundial, como son por ejemplo las empresas multinacionales, las cuales, atendido el alto impacto socioeconómico que traen consigo, necesariamente en el futuro deberían desempeñar un papel que esté acorde con los predicamentos impuestos por los principales instrumentos jurídicos sobre derechos humanos.

Lo anterior, representa la prueba manifiesta de que el tema de los derechos humanos dista mucho de ser una cuestión resuelta y acabada con la mera consagración en instrumentos jurídicos de amplia aceptación internacional, de catálogos de derechos fundamentales, puesto que la realización *concreta* de los mismos, está sujeta cada día a nuevas condicionantes, que incluso pueden estar radicadas en sujetos indeterminados y en causas poco precisas, lo que demanda, en definitiva, un constante trabajo de parte de la comunidad internacional, que signifique erradicar aquellas circunstancias que dan lugar a la disparidad existente hoy en día, entre aquellos pocos que viven bajo el alero del respeto y protección de

los derechos que dignifican al ser humano como tal, de aquellos que viven sumidos en la carencia y en la infracción diaria de los más elementales derechos con que se pueda dotar al individuo.

2. Por otro lado, ciertamente resulta paradójico que el desarrollo evolutivo de los derechos humanos en estos últimos cincuenta años – situación que se ha visto reflejada en la gran cantidad de resoluciones, instrumentos internacionales y órganos de control existentes a su respecto– haya dado lugar, a su turno, a una estructura normativa compleja, que muchas veces cuesta comprender.

Desde este punto de vista, llama la atención el hecho de que uno de los objetivos primordiales de la doctrina de los derechos esenciales del individuo, como es la instauración de la noción de *universalidad* de los derechos humanos, encuentre su mejor aliado en los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos fundamentales.

Lo anterior, más que una contradicción, representa la única respuesta idónea frente a la diversidad étnica y cultural presente en las distintas regiones del mundo.

En este sentido, no debe olvidarse los hechos que preceden a la doctrina de los derechos humanos y que tuvimos la oportunidad de revisar someramente en la primera parte de este trabajo, donde destacan movimientos sociales propios de la cultura occidental, razón suficiente para que muchos Estados no se sintieran identificados con este tipo de consideraciones *humanitarias*, propias de sistemas democráticos y de estructuras sociales totalmente desconocidas en culturas de pasado milenario.

Con todo, el relativismo cultural al cual se ha visto enfrentado la noción de los derechos fundamentales, ha sido, de cierta manera, morigerado por la presencia de sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos.

Estos sistemas han desempeñado una labor de máxima relevancia a la hora de responder las preguntas relacionadas con la efectividad de la normativa sobre derechos humanos, puesto que la particular idiosincrasia de los miembros que componen dichos sistemas, ha sido reconocida y respetada por los mismos, lo que ha propiciado que la relativa afinidad existente entre ellos en el plano cultural, económico o político haya facilitado enormemente la adopción de instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos, así como de mecanismos de garantía y control.

Tenemos, entonces, que un desarrollo promisorio de la doctrina de los derechos humanos debe necesariamente centrar sus esfuerzos y su actuación en las distintas regiones del mundo, lo que significa poner atención en los diversos elementos culturales presentes en cada una de esas localidades, de manera tal, que se haga posible la instauración de una noción de los derechos fundamentales que sienta sus bases en el reconocimiento espontáneo de la dignidad de individuo, y no en la imposición política de los países más influyentes del orden mundial.

Lo anterior debiera posibilitar una mejor recepción de esta doctrina que eleva el respeto a la dignidad humana por sobre toda consideración política, cultural, social o económica, de suerte que el cumplimiento de las normas internacionales sobre derechos humanos sea el reflejo de una necesidad instaurada en el orden social, y no una respuesta forzada que se desligue con el verdadero sentir de los pueblos.

3. De todas maneras, existe meridiana claridad que la sola consagración de derechos fundamentales internacionales, no basta para superar las importantes brechas económicas existentes entre las denominadas naciones desarrolladas, las naciones en vías de desarrollo y las naciones pobres del mundo.

La abrumadora realidad que enfrentan vastos sectores del planeta, en lo relativo a la ausencia total y absoluta de los denominados derechos humanos de la *primera y segunda generación* da cuenta de lo complejo que resulta hablar de la *eficacia* de los derechos humanos, desde un punto de vista práctico.

Las estadísticas que dan muestra de la diferencia social y económica existente entre las naciones desarrolladas y las naciones pobres del mundo suelen ser desalentadoras, las imágenes de la miseria captadas por los medios no hacen más que instalar un recuerdo que se asume *natural* tanto por los que viven en cuerpo propio dicha circunstancia – al parecer ausentes de dicha realidad -, como por aquellos que asisten con carácter de espectador a un escenario no desconocido del todo.

Esta situación, de constatación directa en nuestra región, pone de cargo de los activistas por los derechos humanos un fuerte desafío, tendiente a que los derechos esenciales del individuo, ya no sólo sean capaces de posicionarse en el lugar prioritario de los temas de mayor interés de la sociedad internacional, sino que también sean capaces de motivar respuestas y medidas concretas de aquellos sectores, que de una u otra forma, se encuentran en una situación apta como para propiciar políticas que signifiquen un verdadero progreso respecto de los más básicos y fundamentales derechos del hombre.

4. Por lo que respecta al derecho internacional humanitario, el examen realizado a los distintos instrumentos internacionales destinados a aminorar el sufrimiento de las víctimas de los conflictos armados, da cuenta de una legislación extensa y compleja, que proporciona a los individuos, un sistema bien ideado y suficiente a la hora de hacer frente a una situación extrema de beligerancia.

La normativa humanitaria, en este sentido, ha sabido responder tanto, a los nuevos requerimientos impuestos por el desarrollo tecnológico, como a las modificaciones sufridas por las confrontaciones bélicas, lo que demuestra la constante preocupación depositada por la sociedad internacional en el desarrollo de una disciplina que, por lo menos en el plano teórico, debería ir en franco retroceso si tomamos en serio el sentido imperativo de la prohibición de la guerra vigente en nuestros días.

Sin embargo, la guerra o el conflicto armado, es una situación de hecho que no puede descartarse del todo, más aun si se toma en cuenta la historia de la humanidad, la que dentro de todo, ha estado determinada por la acción bélica de los distintos grupos humanos que han jugado un rol decisivo en la organización social internacional, cuestión lamentablemente constatable hasta nuestros días.

Aceptando la hipótesis del conflicto armado como una realidad latente en el presente como en el futuro de la humanidad, es que la sociedad internacional ha posibilitado, a través de los distintos instrumentos internacionales humanitarios, la instauración de un sistema jurídico, con miras a dotar de seguridad y protección a los distintos grupos y organismos que les corresponde participar en forma activa y pasiva de un conflicto armado.

Sin embargo, una situación determinada por la precariedad y por la urgencia – como es la guerra -, requiere de soluciones normativas que sean capaces de limitar efectivamente los efectos nocivos que trae consigo todo conflicto bélico.

Desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que la sola consagración de una legislación internacional humanitaria, por acabada que sea, no resulta operativa si los mecanismos destinados a supervisar el debido cumplimiento de dicha normativa no pueden llevar a cabo su cometido.

De allí que resulte preocupante la escasa participación que han tenido hasta la fecha, los mecanismos de control instituidos por el derecho internacional humanitario, quienes al vincular su participación en el desarrollo del conflicto, al consentimiento prestado por los actores del conflicto armado, pierden terreno y acción, frente a las consideraciones políticas que están detrás de la acción armada de los combatientes, quienes a la hora de evaluar las posibles *desventajas* militares que podría conllevar la participación de los órganos de control, han optado, o por negar competencia a los mismos, o bien, lisa y llanamente no adherir a los instrumentos internacionales que posibilitarían la acción de estos.

Cabe destacar, en este sentido, que la deficiencia anotada, no pasa por la forma en que han sido estructurados los distintos mecanismos de control instituidos por los instrumentos internacionales del denominado *Derecho de Ginebra*, sino que la falencia pasa porque la actuación de dichos mecanismos reposa en el *consentimiento* de las partes. Ausente la voluntad de los actores del conflicto armado de que se trate, en el sentido de manifestar su apoyo a la intervención de los mecanismos de control, nada asegura que los usos y principios del *ius in bellum* sean respetados por los grupos armados que se vean involucrados en la beligerancia, por lo que se hace necesario, en pos de una adecuada aplicación del derecho internacional humanitario, seguir perfeccionando los sistemas de control existentes, de manera tal que los mismos no queden entregados a la voluntad de los partícipes de un conflicto armado, sino que su participación esté regulada por una instancia diversa que logre desvincularse totalmente de las variables políticas que suelen acompañar a toda acción bélica.

5. Por otra parte, una correcta aplicación del derecho internacional humanitario demanda no sólo una potencialización de los mecanismos de control, como son las Potencias Protectoras y el Comité Internacional de Encuesta, sino que también requiere avances normativos que permitan en un futuro cercano zanjar las diferencias existentes en el ámbito de aplicación material de la normativa humanitaria, la cual hoy día divide sus disposiciones según se trate de conflictos armados internacionales o de confrontaciones bélicas sin este carácter.

La práctica ha demostrado con el tiempo, no sólo la mayor frecuencia de los conflictos armados sin carácter internacional, sino que también la particular crudeza que revisten este tipo de confrontaciones, donde los efectos de la guerra se instalan con mayor fuerza respecto de las víctimas de los conflictos armados, que respecto de aquellos que han optado por el combate.

Todo invita, en este sentido, a que las disposiciones del derecho internacional humanitario formen un gran conjunto normativo, donde las instituciones destinadas a velar por su cumplimiento, así como las infracciones al mismo, reciban igual tratamiento, sea que se trate de un conflicto armado internacional, sea que se trate de una confrontación de carácter interno.

Los principios humanitarios, y la conciencia humanitaria que debe primar en todo conflicto armado, no admiten diferencias que digan relación con el ámbito de aplicación de los distintos instrumentos humanitarios, por ello parecen razonables las directrices surgidas a propósito de la instauración de la nueva Corte Penal Internacional, y de los dictámenes de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia, donde esta tendencia a unificar el tratamiento de los conflictos armados queda de manifiesto.

6. Por su parte, la implementación del derecho internacional humanitario en el ámbito de la legislación interna, aparece como un objetivo a perseguir con urgencia, dentro del contexto de las *medidas preventivas* contempladas por esta parcela del derecho internacional público.

La debida adecuación de la ley interna está consagrada como una obligación a cumplir por parte de los Estados Partes de los principales convenios humanitarios, de manera que su incumplimiento no sólo comporta la responsabilidad internacional de los mismos, sino que también acarrea la disfuncionalidad de un sistema que pretende minimizar las hipótesis de impunidad respecto de actos especialmente repudiados por la sociedad internacional, de tal suerte que la no adopción de medidas legislativas internas que permitan una adecuada aplicación del derecho internacional humanitario – en especial en lo que dice relación con las medidas sancionatorias – puede conllevar la inoperancia del sistema en su conjunto.

Desde esta perspectiva, son cada vez más frecuentes las voces que claman por la instauración de una obligación internacional convencional, respecto de aquellos Estados Partes de los principales convenios humanitarios, en el sentido de que estos deban rendir cuenta a un organismo internacional independiente – se cita frecuentemente el Comité Internacional de la Cruz Roja – del estado de avance que presenta cada legislación interna en lo relativo a este deber de implementación y adecuación legislativa. Al efecto, se suele discutir sobre la necesidad de que cada Estado emita informes oficiales de carácter periódico, donde se pueda visualizar el debido cumplimiento de esta obligación.

7. Con todo, quizá la recomendación que cobra mayor relevancia en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas del derecho

internacional humanitario convencional, es aquella que propicia el debido conocimiento de los destinatarios de esta normativa, de las disposiciones internacionales humanitarias consagradas en su beneficio.

El cumplimiento de la *obligación de difusión* de las normas del derecho internacional humanitario, resulta de vital importancia a la hora de examinar las posibilidades de éxito de la normativa humanitaria, toda vez que el conocimiento del contenido normativo de los principales instrumentos humanitarios, en especial respecto de aquellos que están llamados a cumplir sus disposiciones – las fuerzas armadas – como de aquellos que pueden invocar sus normas y principios en caso de beligerancia – las víctimas de los conflictos armados – hace pensar que llegado sea el caso, estos se encuentren en mejores condiciones de ponderar, si se está actuando en conformidad con el derecho, así como las consecuencias que trae consigo el apartarse de dicha normativa.

8. Por lo que respecta a la situación del derecho chileno, en lo referente a su posición frente a la normativa internacional sobre derechos humanos, cabe señalar que la acción exterior del Estado chileno ha seguido el camino progresista de la sociedad internacional, en el sentido de situar a la dignidad del individuo en un plano normativo superior, según el cual el respeto y promoción de los derechos esenciales del individuo se transforma en el deber principal del Estado frente a sus súbditos.

Ahora bien, el hecho de que el Estado chileno haya abrazado esta tendencia mediante la incorporación en el derecho interno de los más importantes tratados internacionales del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del ámbito del derecho internacional humanitario, no basta para concluir que la situación de los derechos humanos en Chile se encuentre del todo salvaguardada.

La incertidumbre que genera la ausencia de normas constitucionales que resuelvan de manera expresa el problema de la recepción y jerarquía de los tratados internacionales en el derecho interno nacional, hace pensar que, nada obsta a que en el futuro con interpretaciones caprichosas de la Carta Fundamental, nuevamente se pueda hacer depender el cumplimiento de futuros convenios internacionales – el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario está en constante desarrollo – a la ejecución de medidas internas, cuya oportunidad quede entregada a la discreción del principal obligado por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos: el Estado.

Lo anterior obliga a que en el corto plazo se instale el debate respectivo en las esferas competentes, a objeto de hacer desaparecer toda sombra de duda en esta materia, no sólo por el beneficio de todos los que nos encontramos bajo la jurisdicción del Estado chileno, sino que también para dar una señal nacional de compromiso con el derecho de gentes, cuestión del todo recomendable en tiempos donde los vínculos con la sociedad internacional son cada vez más estrechos.

9. Finalmente, debe insistirse en la necesidad de agilizar los procesos de adecuación de la normativa humanitaria en nuestro derecho, toda vez que se puede detectar cierta negligencia de parte de la autoridad, a la hora de dar cumplimiento a las principales obligaciones derivadas de los convenios sobre derecho humanitario.

Basta con plantear el tema del derecho humanitario, en las más diversas esferas, para comprobar que se trata de una rama del derecho prácticamente desconocida por la mayor parte de la sociedad civil.

Desde este punto de vista, se hace patente la ausencia de una labor de difusión del derecho internacional humanitario en nuestro país, que esté acorde con los fines perseguidos por los convenios humanitarios. No cuesta encontrar razones

para dicha situación, en especial si se tiene en cuenta que las posibilidades de conflicto armado se ven siempre lejanas.

Con todo, nada asegura que Chile no se pueda ver involucrado en un conflicto bélico, por lo que no debe postergarse el cumplimiento de las obligaciones internacionales humanitarias asumidas por el Estado, no sólo para prevenir una eventual responsabilidad internacional de éste, sino que también para dotar a la población en su conjunto, de una legislación interna que sea capaz de responder a cada uno de los requerimientos planteados por el derecho internacional humanitario, ya sea en su esfera preventiva, ya sea en su esfera sancionatoria.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ALBANESE, Susana.** Promoción y Protección Universal de los Derechos Humanos. Buenos Aires, Ediciones La Roca, 1992.
2. **BENADAVA, Santiago.** Derecho Internacional Público. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999.
3. **BENADAVA, Santiago.** Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho interno ante los Tribunales chilenos, en A. León S. (coordinador), Nuevos Enfoques del Derecho Internacional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
4. **BENADAVA, Santiago.** Medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario. En Estudios de Derecho Internacional Humanitario, compilado por María Teresa Infante Caffi, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 1994.
5. **BLANC ALTEMIR, Antonio.** La protección Internacional de los Derechos Humanos a los 50 años de la Declaración Universal. Madrid, Tecnos, 2001.
6. **BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo.** La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional chileno. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 11, 1984, p.523-532
7. **CAMARGO, Pedro Pablo.** Derecho Internacional Humanitario. Tomo I. Santafé de Bogotá, Jurídica Radar, 1995.
8. **CANÇADO TRINDADE, Antonio.** El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
9. **CARRILLO SALCEDO, J.A.** Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo. Madrid, Tecnos, 1995.

10. **CUADRA, Héctor**. La proyección internacional de los derechos humanos. México, UNAM, 1970.
11. **CUMPLIDO CERECEDA, Francisco**. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 23 N°2 y 3, Tomo I, 1996, p.255-258
12. **CHIPOCO, Carlos**. Antología Básica en D.D.H.H., San José de Costa Rica, I.I.D.H., 1994.
13. **DIARIO OFICIAL**. Tratados Internacionales vigentes en Chile en materia de Derechos Humanos, Tomo I y II. Santiago, Editado por Diario Oficial de la República de Chile, 1999.
14. **DOSWALD-BECK, Louise y VITÉ, Sylvain**. Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°116, 01/03/1993. p. 99-126.
15. **GOLDMAN, Robert**. Estudios Básicos de Derechos Humanos I. San José de Costa Rica, I.I.D.H., 1994.
16. **GREPPI, Edoardo**. La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°835, 30/09/1999. p. 531-554.
17. **GROS ESPIELL, Héctor**. Estudios sobre derechos humanos. Madrid, Civitas, 1988.
18. **GUZMÁN LATORRE, Diego**. Tratado de Derecho Internacional Privado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.
19. **HENKIN, Louis**. Derechos Humanos, Derecho Internacional y el Acuerdo de Helsinki, The American Society of International Law, 1977.

20. **INFANTE CAFFI, María Teresa**. Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia. . En Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N°2 y 3, Tomo I, 1996. p.277-297.
21. **JOSEF PARTSCH, Karl**. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. París, Unesco, 1984.
22. **KOLB, Robert**. Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°147, 30/09/1998. p. 441-451.
23. **LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena**. La Corte Penal Internacional: Justicia versus impunidad. Barcelona, Ariel, 2001.
24. **MEDINA, Cecilia**. Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico UDP, 1996.
25. **MONTEALEGRE, Hernán**. La seguridad del Estado y los Derechos Humanos. Santiago, Ed. Academia de Humanismo Cristiano, 1979.
26. **NIKKEN, Pedro**. Antología Básica en D.D.H.H. San José de Costa Rica, I.I.D.H, 1994.
27. **NIKKEN, Pedro**. La protección internacional de los Derechos Humanos.: Su desarrollo progresivo. Madrid, Civitas, 1987.
28. **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto**. Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 20, 1993, p.881-895.
29. **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto**. Dogmática Constitucional. Talca, Editorial Univesidad de Talca, 1997.
30. **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto**. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N°2 y 3, Tomo I, 1996. p. 341-380.

31. **O'DONELL, Daniel.** Protección Internacional de los Derechos Humanos. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988.
32. **O'DONELL, Daniel.** Tendencias en la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°147, 30/09/1998. p. 523-546.
33. **ORDOÑEZ, Jaime.** Estudios Básicos de Derechos Humanos II. San José de Costa Rica, I.I.D.H., 1995.
34. **ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza.** Derecho Internacional Humanitario: Tratados Internacionales y otros textos. Madrid, McGraw-Hill, 1998.
35. **PACHECO, Máximo.** Supraconstitucionalidad de los Derechos Fundamentales. . En Revista Chilena de Derecho, Vol. 20 N°2 y 3, Tomo II, 1993. p.897-900.
36. **PASTOR RIDRUEJO, José A.** Lecciones de Derecho Internacional Público. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1983.
37. **PEYTRIGNET, Gérard.** Estudios Básicos de Derechos Humanos II. San José de Costa Rica, I.I.D.H., 1995
38. **PICTET, Jean.** Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986.
39. **QUEL LÓPEZ, Francisco y BOLLO AROCENA, M^a Dolores.** La protección Internacional de los DDHH a los 50 años de la Declaración Universal. Madrid, Tecnos, 2001.
40. **REMIRO BROTONS, Antonio.** Derecho Internacional. Madrid, McGraw-Hill, 1997.
41. **REMIRO BROTONS, Antonio.** El caso Pinochet: los límites de la impunidad. Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 1999.

- 42.**ROBERGE, Marie-Claude**. El nuevo Tribunal Penal Internacional: Evaluación preliminar. Revista Internacional de la Cruz Roja, N°148, 31/12/1998. p. 723-737.
- 43.**ROUSSEAU, Jean-Jacques**. El contrato social o principios del derecho político. Madrid, Tecnos, 1988.
- 44.**SAENGER, Fernando**. Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 20 N°2 y 3, Tomo II, 1993
- 45.**SALINAS, Hernán**. El Derecho Internacional Humanitario en el derecho interno: promoción y ejecución. En Estudios de Derecho Internacional Humanitario, compilado por María Teresa Infante Caffi, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 1994.
- 46.**SWINARSKI, Christophe**. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. San José, IIDH, 1984.
- 47.**SWINARSKI, Christophe**. Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana. San José de Costa Rica, IIDH, 1991.
- 48.**TRAVIESO, Juan Antonio**. Derechos Humanos y Derecho Internacional. Buenos Aires, Ed. Heliasta S.R.l. 1990.
- 49.**TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás**. Sobre los derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 20 N°2 y 3, Tomo II, 1993. p.695-704.
- 50.**URBINA, Julio**. Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- 51.**VAN BOVEN, Theodoor**. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. París, Unesco, 1984.

52. **VARELA BARRAZA, Yuri**. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicación en el ámbito interno a partir de la Reforma Constitucional de 1989, efectos en la doctrina y jurisprudencia. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, profesor guía Claudio Troncoso. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1997.
53. **VASAK, Karel**. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. París, Unesco, 1984.