

Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos

Sergio Cea Cienfuegos

Abogado, Magíster en Derecho Administrativo UCH
Fundador de la Asociación Internacional de Justicias Militares
Profesor de Derecho Administrativo en la U. del Desarrollo

Ricardo Coronado Donoso

Abogado, Magister en Derecho Público PUC
Profesores-investigadores

Resumen: Los autores efectúan un análisis del Derecho Militar, en relación con el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos, considerando disposiciones internacionales, como asimismo la Ley 20.357.

1. Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Derecho Militar

a) Derecho Penal Internacional

- i) El Derecho Penal Internacional regula los delitos creados por el derecho internacional, que no dependen para su existencia de la adhesión a tratados o convenciones determinadas, ni tampoco de su recepción expresa en los derechos internos que se imponen como tales a la humanidad, esto es, un Derecho Penal de fuente internacional que estaría por sobre las normas estatales.
- ii) En efecto, como anota KAI AMBOS siguiendo a Otto Triffterer: "El Derecho penal internacional es el sistema penal de la comunidad internacional"¹, aunque agrega que algunos autores comprenden en la denominación a

¹ AMBOS Kai. *El nuevo Derecho Penal Internacional*. Ara Editores, año 2003, página 47.

“la totalidad de las normas de derecho internacional público que regulan las consecuencias de carácter penal”².

- iii) Este Derecho Penal Internacional tiene como ejemplo clásico los actos criminales juzgados en Nuremberg, que deben sancionarse como delitos internacionales, y sus autores deben tener una “responsabilidad internacional especial”.³
- iv) Los crímenes de guerra y de lesa humanidad constituyen un control preventivo de los actos de fuerza del cuerpo armado, limitando excesos atentatorios contra la dignidad humana.
- v) La primacía del Derecho Penal Internacional por sobre el derecho interno no es un tema pacífico, particularmente en aquellos casos en que la Constitución Política de la República establece por una parte la incorporación directa de normas internacionales en materias de derechos humanos, y por otra, excluye a los tratados internacionales como mecanismo de reforma constitucional, lo que obliga a los Tribunales Constitucionales a pronunciarse en favor de la norma constitucional, por sobre la norma internacional.
- vi) En Chile debemos reconocer que la incorporación directa de normas internacionales al Derecho Interno ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional, quien al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Tratado de Roma, resolvió que éste no se podía aprobar, por cuanto para poder aplicar sus disposiciones se requería de una reforma Constitucional, la que de hecho debió llevarse a efecto especialmente para permitir la aprobación de dicho Estatuto de la Corte Penal Internacional por parte del Congreso Nacional, que hace primar a la jurisdicción penal de Chile, e incluso establece una prohibición de retroactividad en cuanto a la competencia para conocer genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad⁴.
- vii) En España, la primacía de los tratados internacionales por sobre el derecho interno fue resuelta expresamente por el artículo 96 de la Constitución Política española, al prohibirse que los tratados internacionales sean modificados por normas que no sean de rango internacional, lo que en consecuencia genera una mayor jerarquía del precepto internacional por sobre el orden jurídico interno, sin perjuicio, además, del deber del Estado de adoptar medidas legislativas para cumplir los preceptos internacionales.

² Ob. cit.

³ Ob. cit.

⁴ Disposición transitoria vigésimo cuarta, introducida por ley de Reforma Constitucional N° 20.352, de 30 de mayo de 2009. Sentencias de 08 de abril de 2002 y 24 de junio de 2009, Roles 346-2002 y 1415-2009, respectivamente.

- ix) Asimismo, respecto del deber de legislar internamente para adecuarse al estándar internacional en el ámbito de los derechos fundamentales, BLECUA FRAGA⁵ expresa que la obligación de complementar los tratados internacionales, por parte de los Estados, se ha expresado de tres formas:
- a) En primer lugar están los Estados que han cumplido o que no han cumplido todavía con la obligación de tomar medidas legislativas adecuadas, como es, por ejemplo, el caso de Bélgica.
 - b) En segundo lugar están los Estados que consideran que su legislación vigente es suficiente para cumplir con el compromiso contraído, por lo que no es necesario adoptar medidas legislativas específicas como consecuencia de ser parte en los textos internacionales, cual es el caso de Francia o el de Estados Unidos o el de Japón, entre otros.
 - c) En tercer lugar están los países que han introducido reformas en sus ordenamientos jurídicos, adoptando tales medidas, bien en sus códigos, como el caso de Suiza (cuyo Código Penal Militar contiene un capítulo VI dedicado a las infracciones cometidas en tiempo de guerra contra el Derecho de Gentes, o bien dictando leyes específicas al efecto, como es el caso de Holanda (con la ley de 10 de julio de 1952).
- x) En el caso de Chile, la dictación de la Ley 20.357 y disposición vigésimo cuarta transitoria, incorporada mediante la Ley de Reforma Constitucional 20.352, permiten sostener que el Estado de Chile debió adecuar su legislación interna para satisfacer los preceptos internacionales relativos al genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad.
- xi) El juzgamiento de los delitos contemplados en el Derecho Penal Internacional corresponde a los Estados nacionales. En efecto, la competencia de la Corte Penal Internacional se rige por el “principio de complementariedad”, esto es, que ésta conocerá del crimen en el evento que el señalado Estado no sancione a los responsables en virtud de las condiciones señaladas en el artículo 17 del Estatuto de la referida Corte, es decir, cuando el crimen sea o haya sido objeto de una investigación en el Estado, y éste “no esté dispuesto” o no “pueda realmente” llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento.
- xii) Doctrinariamente⁶ se ha estimado que dichas condiciones se producen por cuatro razones:

⁵ BLECUA FRAGA, Ramón, y otros. Comentarios al Código Penal Militar. Editorial Civitas, Madrid, 1988, página 813.

⁶ VALDÉS RIVEROLL, Mariana. “El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, conferencia dictada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 16 de noviembre 2001.

- a) Que los procedimientos jurisdiccionales tengan o hayan tenido el propósito de “sustraer” a la persona de que se trata de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.
 - b) Que existió una demora injustificada durante el procedimiento y que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trata ante la justicia.
 - c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial, o que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
 - d) Asimismo, se considera como “otra razón” el hecho de que el Estado respectivo no tenga incorporados los crímenes previstos por el Estatuto en su legislación nacional, y que por lo tanto no pueda ejercer su jurisdicción.
- xiii) En Chile, con fecha 18 de julio de 2009, se publicó la Ley N° 20.357, cuerpo legal que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, la que tuvo por finalidad adecuar la legislación interna a las disposiciones previstas en el Tratado de Roma, de tal manera de permitir la posterior aprobación y publicación de éste, sin perjuicio de la reforma constitucional prevista en la Ley 20.352, que era necesaria para armonizar la normativa internacional a los preceptos constitucionales, especialmente en lo que respecta al principio de irretroactividad de la ley procesal y penal.
- xiv) En efecto, la disposición vigésimo cuarta transitoria de la Constitución Política de la República, en su inciso cuarto, dispone: “La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su estatuto sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma”.
- xv) Asimismo, en lo que respecta a la citada dictación de la Ley N° 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, a la que ya aludimos, esta disposición también debe aplicarse conforme al principio de irretroactividad de la ley penal, atendido lo establecido en el artículo 19 N° 3 inciso sexto, que expresa que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, de lo que se desprende que por tratarse de conductas que antes no estaban expresamente penadas, éstas deben sancionarse a partir de la fecha de promulgación, que en el caso concreto es el 26 de junio del año 2009.

- xvi) Lo anterior es concordante con el artículo 44 de la citada Ley 20.357, que dispone: “Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia”.
- xvii) De las tres materias contenidas en la citada Ley 20.357, tanto los crímenes de lesa humanidad y el genocidio son perseguidos por un Fiscal Regional⁷ y juzgados por los tribunales ordinarios con jurisdicción criminal, lo que se encuentra en el artículo 16 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N°19.640.
- xviii) A su vez, en lo que concierne a los crímenes de guerra, no se reguló expresamente la competencia para su persecución y juzgamiento, en la citada Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N°19.640.
- xix) En consecuencia, estimamos que actualmente si un crimen de guerra de los previstos en la mencionada Ley N° 20.357 es perpetrado por un militar, debe aplicarse la disposición prevista en el artículo 5° numeral 3 del Código de Justicia Militar, en el sentido que los tribunales militares son competentes para conocer de los delitos comunes (es decir, los no tipificados en el Código referido), perpetrados por militares durante el estado de guerra, estando en campaña o en acto de servicio o con ocasión de él. En cambio, si los mencionados crímenes de guerra tienen como sujeto activo a un civil, sería competente para su persecución y juzgamiento la judicatura ordinaria.
- xx) Las fuentes del Derecho Penal Internacional están constituidas fundamentalmente por el tratado internacional, aun cuando podemos que señalar que existen otros orígenes, tales como la jurisprudencia de los tribunales internacionales y la costumbre internacional, siempre que se entiendan como elementos de interpretación respectivamente o como elementos normativos del tipo, que no crean delitos, pero si permiten sancionar conductas mediante la interpretación efectuada por decisiones anteriores o al castigar las violaciones graves de las leyes y usos de la guerra, conforme a los artículo 8.2.a y 21.2 del Estatuto de Roma.
- xxi) Los delitos internacionales tienen una doble dimensión, por cuanto por una parte tienen un contenido material de bienes jurídicos relevantes para

⁷ ARTÍCULO 43 DE LA LEY 20.357 DISPONE QUE: ARTÍCULO 43.- INTRODÚCENSE LAS SIGUIENTES ENMIENDAS AL ARTÍCULO 19 DE LA LEY N° 19.640, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO:

a) Intercálase el siguiente inciso segundo, nuevo,
“Se entenderá, especialmente, que resulta necesaria dicha designación, tratándose de investigaciones por delitos de lesa humanidad y genocidio”.

la comunidad internacional, como en sentido formal, toda vez que están regulados en tratados internacionales.

b) El Derecho Internacional Humanitario

- i) El Derecho Internacional Humanitario, también conocido como Derecho de la Guerra o Derecho Internacional de los Conflictos Armados, tiene una finalidad protectora tanto para las personas como a los bienes, que pueden afectarse en un conflicto armado. En efecto, reconoce la existencia de reglas que humanizan el fenómeno de la guerra, que restringen o prohíben el empleo de ciertas armas de alto poder de destrucción, como también de ciertas estrategias y tácticas.
- ii) Los contenidos del Derecho Internacional Humanitario o, como lo denomina FERNÁNDEZ FLORES⁸ en su obra *"Del Derecho de la Guerra"*, son:
 - a) Un gran núcleo de temas que constituyen la problemática jurídica básica entre los que se encuentran el concepto del derecho de guerra y de la guerra propiamente tal.
 - b) Regulación de la guerra durante la misma, que incluye normas para moderar su conducción, tanto en tierra, aire o mar, y la mitigación de sus males u horrores.
 - c) Derecho de neutralidad, que comprende el conjunto de normas sobre neutralidad tanto en un aspecto general como su relación con la guerra terrestre, marítima y aérea.
- iii) Para ZARACHO⁹, citando a SWINARSKI, el Derecho Internacional Humanitario es "una rama del derecho internacional público, conformado por un conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limitan, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protegen a las personas y a los bienes afectados, o que puedan estar afectados por el conflicto".
- iv) El Derecho Internacional Humanitario trata de que los Estados no afecten con la guerra a quienes no participan en las hostilidades o han abandona-

⁸ FERNANDEZ FLORES, José Luis. *Del derecho de la Guerra*. Colección ediciones Ejército (Servicio de Publicaciones del E.M.E), Madrid, 1982, página 67.

⁹ ZARACHO, Humberto Andrés. "Afinidades entre el Derecho Internacional Humanitario (DIH) con el Derecho Positivo Paraguayo", en *Revista de la Associação Internacional Das Justicas Militares: Humanitas et Militaris*, N° 5, Dezembro 2009, página 15.

do las armas, limitando o evitando el dolor, sufrimiento y horrores que un conflicto armado produce, tal como lo prescriben los Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos de 1977 adicionales a éstos.

- v) La vinculación entre el Derecho Militar chileno y el Derecho Internacional Humanitario está determinada por que el Estado de Chile aprobó y ratificó diversos tratados internacionales.
- vi) Entre estas disposiciones internacionales encontramos el “Convenio para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña”¹⁰, “Convención sobre el tratamiento de los prisioneros de guerra”¹¹, “Convención sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra”¹², “Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativa a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”¹³ y finalmente el “Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”¹⁴ y finalmente el “Estatuto de la Corte Penal Internacional o Tratado de Roma”¹⁵.
- vii) Asimismo, en el ámbito interno, el artículo 17 de la Ley N° 20.357 contempla disposiciones de derecho militar, en las que se definen algunos conceptos relacionados con el derecho de la guerra, entre los de mayor relevancia para estos efectos encontramos las nociones de: “conflicto armado de carácter internacional”, “conflicto armado de carácter no internacional” y “población civil”.
- a) “Conflicto armado de carácter internacional: los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el estado de guerra, así como los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado por fuerzas extranjeras, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.”

En esta materia existe una simetría del Derecho Internacional Humanitario con el Derecho Militar, por cuanto la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional N°18.415, contempla la declaración de un “Estado de Asamblea” originado en una guerra externa conforme a lo previsto en el artículo 40 de nuestra Constitución Política, que por una parte permite al Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional, declarar dicho

¹⁰ Publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951.

¹¹ Publicado en el Diario Oficial de 18 de abril de 1951.

¹² Publicado en el Diario Oficial de 19 y 20 de abril de 1951.

¹³ Publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991.

¹⁴ Publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991.

¹⁵ Ratificado el 29 de junio de 2009.

estado, para suspender o restringir ciertos derechos y garantías fundamentales y delegar dichas facultades en los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas que él designe.

Asimismo el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio de Defensa Nacional N° 20.424, de 4 de febrero de 2010, dispone que al Estado de Chile le corresponde resguardar la seguridad exterior y dar protección a la población.

Por su parte, el Presidente de la República tiene la autoridad en materias relativas a la seguridad externa y a la conducción de la defensa nacional, por lo que puede disponer de las fuerzas de aire, mar o tierra, ordenando el empleo de esas fuerzas militares, correspondiéndole la conducción estratégica al Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En definitiva, la conducción política del fenómeno de la guerra le compete constitucionalmente a la máxima autoridad del país, esto es, al Presidente de la República.

En cambio, el Jefe del Estado Mayor Conjunto es un asesor directo e inmediato del Ministro de Defensa Nacional, en todo lo que diga relación con el desarrollo y empleo conjunto de la fuerza, sin perjuicio que además ejercerá el "mando militar"¹⁶ de las fuerzas terrestres, navales, aéreas y conjuntas asignadas a las operaciones, en conformidad a la planificación secundaria de la defensa nacional.

Ahora bien, la planificación secundaria de la defensa nacional contempla una elaboración de la planificación de guerra, de seguridad interior, de catástrofe y calamidades públicas y aquella que considere el accionar de las Fuerzas Armadas, proponiendo las acciones y coordinaciones necesarias destinadas a su preparación, organización, apoyo logístico, movilización y conducción para el cumplimiento de sus misiones.

Por otro lado, sólo una guerra declarada oficialmente permite tomar medidas de resguardo al Estado, también se contempla que en caso de "crisis internacional", esto es, aquella que afecte la seguridad exterior del país, el Presidente de la República pueda disponer la activación de los planes de la defensa nacional respectivos. Lo anterior obvia tener que efectuar una declaración formal de guerra, cuando no exista necesidad inmediata para ello, evitando que el conflicto internacional aumente su intensidad.

¹⁶ Entendemos por **mando militar** "el que corresponde por naturaleza al Oficial de Armas y por excepción al de otro escalafón, sobre el personal que le está subordinado, en razón del puesto que desempeñe o de una comisión asignada y que tiende directamente a la consecución de los objetivos de las Fuerzas Armadas. Es total, se ejerce en todo momento y circunstancia y no tiene más restricciones que las establecidas expresamente en las leyes y reglamentos", al tenor de lo previsto en el artículo 45 inciso segundo de la Ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas N°18.948.

Reconocemos que si bien existe una adecuada coordinación entre las normas legales antes referidas, no acontece lo propio con el concepto de guerra que nos otorga en actual artículo 418 del Código de Justicia Militar, toda vez que define "estado de guerra" o "tiempo de guerra" "no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio", en conformidad a las leyes respectivas, sino también "cuando de hecho existiere" o "se hubiere decretado la movilización para la misma", aunque no se haya hecho su declaración oficial.

En consecuencia, estimamos que la noción de "estado de guerra" prevista en el citado artículo 418 del Código de Justicia Militar se extiende y comprende además al estado de sitio, lo que no guarda coherencia y armonía con los artículos 39 y siguientes del texto constitucional y tampoco tiene simetría con las disposiciones de la Ley N°20.424, por lo que es necesario una adecuación legislativa que permita una modernización de los señalados contenidos. Lo anterior será analizado en el número respectivo de esta obra.

"b) Conflicto armado de carácter no internacional: aquel que tiene lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. No constituyen conflicto de este carácter las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos."

Esta definición complementa las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, particularmente el artículo 3° común a dichos convenios, por cuanto la doctrina¹⁷ ha estimado que "el estudio del artículo 3° común evidencia una serie de deficiencias y lagunas, en especial a la luz de la práctica estatal subsiguiente a su adopción. Primero la ausencia de una definición sobre qué debe entenderse por conflicto armado no internacional, así como la falta de un mecanismo para la calificación y/o reconocimiento de una situación como tal han permitido a los Estados negar la existencia de un conflicto armado en su territorio o bien manipular la aplicación del art. 3° en situaciones a priori encuadrables bajo su ámbito".

En el derecho militar chileno se han resuelto las dos observaciones que algunos autores formulan al artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949, por cuanto por una parte el legislador determinó con exactitud el sentido y alcance que se otorga a la expresión "conflicto armado de carácter no internacional" y por la otra, el instrumento adoptado por el Estado ha sido el de ejemplificar aquellos

¹⁷ ARMENDÁRIZ, Leticia. "La regulación internacional del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados". Artículo publicado en *Revista Española de Derecho Militar*, de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, N° 92, de julio a diciembre de 2008, páginas 47 a 78.

casos en que no existe tal conflicto, como son las “tensiones internas”, “disturbios interiores”, “motines”, “actos esporádicos y aislados de violencia” y “otros actos análogos”, situaciones de diversa naturaleza que en definitiva serán determinadas por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y militares según corresponda.

“c) Población civil: conjunto de personas que, independientemente de su nacionalidad, no hayan participado directamente en las hostilidades, o hayan dejado de participar en ellas, incluidos los ex combatientes que hayan depuesto sus armas y personas que estén fuera de combate”.

Al analizar este concepto, debemos tener presente que hasta el siglo XIX las normas del derecho de la guerra se preocupaban especialmente de otorgar protección a los militares y combatientes, toda vez que en opinión de NAHLIK, siguiendo a Rousseau, se partía de la premisa que estos eran: “los únicos expuestos a peligros inmanentes en todo conflicto armado, mientras que las personas civiles quedarían protegidas contra toda amenaza”.¹⁸

Las dos guerras mundiales demostraron que los daños colaterales de estas afectaban de manera importante a quienes no hubiesen participado directamente como combatientes en las hostilidades, por lo que las normas internacionales comenzaron a otorgar especial protección a la categoría denominada “población civil”.

Por lo anterior, se generó un “sistema de protección de las víctimas civiles de un conflicto armado internacional, en la forma del IV Convenio de Ginebra”¹⁹.

En el artículo 4° del mencionado Convenio se ampara a la población civil que: “en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas. No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él. Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén”.

La amplitud del concepto de población civil ha sido reconocida por la doctrina, por cuanto se estima que en definitiva la población civil es la “no combatiente”²⁰, es decir, “son personas que no toman parte activa en ninguna de las hostilidades, y ahí pueden quedar comprendidos los miembros de las Fuerzas Armadas

¹⁸ NAHLIK, Stanislaw. “Compendio de derecho internacional humanitario”. Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Edición julio-agosto de 1984, página 23.

¹⁹ SWINARSKI, Christophe. *Introducción al derecho internacional humanitario*. Editado por el Comité internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, año 1984, página 34.

²⁰ Artículo 50, Protocolo I, Convenio IV de Ginebra.

que depusieron sus armas y las personas que ya no participan en el combate por enfermedad, heridas, arrestos, o cualquier otra causa²¹.

Atendido lo expuesto, existe una debida correspondencia y armonía entre el concepto amplio de población civil previsto en el artículo 17 de la Ley N° 20.357, y las normas de Derecho Internacional Humanitario.

Al vincular el Derecho Internacional Humanitario con el Derecho Militar chileno, particularmente con el Código de Justicia Militar, podemos observar algunos aspectos particulares:

- a) El concepto de militar contenido en el actual art. 6° del Código de Justicia Militar, contempla como sujetos, entre otros, a: "las personas que sigan a las Fuerzas Armadas en estado de guerra" y a "los prisioneros de guerra, que revistan el carácter de militar". Estas dos denominaciones se vinculan en el ámbito del Derecho Internacional en el sentido que el prisionero de guerra es el "género" y las personas que sigan a las fuerzas armadas en estado de guerra "son una especie del anterior".
- b) En efecto, el III Convenio de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949, ratificado en Chile por Decreto Supremo N° 752, de 5 de diciembre de 1952, dispone en su artículo 4° que son prisioneros de guerra quienes "caigan en poder del enemigo" y además pertenezcan a alguna categoría especialmente prevista en dicha disposición, como es la establecida en su número cuarto: "las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto".
- c) Lo antes expuesto nos permite afirmar que en el artículo 6° del Código de Justicia Militar la incorporación como militares de los "que sigan a las Fuerzas Armadas en estado de guerra" fue innecesaria, ya que la norma internacional citada anteriormente, esto es, el artículo 4° de la Convención de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, los contempló como tales desde 1949.

²¹ AMBOS, Kai, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, año 2004, página 140.

d) Tampoco es precisa la mención que efectúa el artículo 6° del Código de Justicia Militar a los prisioneros de guerra “que revistan el carácter de militar”, por cuanto en el referido artículo 4° de la Convención de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, se contemplan diversas categorías de estos, y no es posible que una norma de derecho interno intente limitar el alcance de una norma de derecho internacional humanitario, más aún cuando se trata de normas protectoras de derechos fundamentales, por lo tanto la restricción a la extensión del concepto de prisioneros de guerra se explicaría, a nuestro entender, como un mecanismo o instrumento destinado a limitar la competencia de los tribunales militares.

c) Los Derechos Humanos

- i) Entendemos por derechos humanos “ciertos atributos, facultades o capacidades que son reconocidos a todos los individuos de la especie humana, y cuya consagración positiva y respeto efectivo se reclaman de todo sistema político-jurídico”²².
- ii) Se trata de potestades inalienables, intransferibles e irrevocables, que tiene un sujeto por el sólo hecho de estar dotado de su condición de ser persona, anteriores y superiores al Estado. Los derechos humanos comprenden “disposiciones que, en la práctica, son difíciles de aplicar durante un conflicto armado, como la libertad de reunión y de asociación, así como ciertos derechos económicos, sociales o culturales”²³.
- iii) La vinculación existente entre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario es precisada por SWINARSKI:
- iv) El Derecho Internacional Humanitario es un derecho de excepción, de urgencia, que interviene en casos de ruptura del orden jurídico internacional, mientras que los Derechos Humanos, aunque algunos de ellos irrefragables en cualquier circunstancia, se aplican sobre todo en tiempo de paz.
- v) En el Derecho Internacional Humanitario (*lex specialis*) hay reglas más detalladas que los Derechos Humanos para la protección de las personas en situaciones de conflicto armado, por ejemplo, las normas por las que se rige la conducción de la guerra marítima”²⁴.

²² ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, año 2008, página 46.

²³ SWINARSKI, Christophe. *Introducción al derecho internacional humanitario*. Editado por el Comité internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, año 1984, página 17.

²⁴ Ob cit.

- vi) No es necesario que el Estado reconozca expresamente los Derechos Humanos, por cuanto el individuo los posee per se, cualquiera sea su raza, origen social, religión, sexo, o cualquier otra condición o característica.
- vii) La existencia de derechos humanos, anteriores y superiores al Estado ha debido consagrarse positivamente tanto en normas internacionales (mediante las declaraciones y convenciones internacionales) y en el ámbito interno (en las Constituciones Políticas) para que estos derechos básicos sean cautelados de una manera efectiva, incluyendo acciones y recursos que permiten su amparo.

2. Conclusiones

El Derecho Militar se relaciona con los Derechos Humanos por cuanto limita el ejercicio de las potestades y deberes del cuerpo armado sólo cuando sea propio de una defensa y seguridad nacional, mediante el empleo de la fuerza racional o necesaria para cumplir sus fines constitucionales.

Por lo expuesto, hemos afirmado que el amparo de los Derechos Humanos significa una imposición de ciertos límites a los poderes públicos, y por ello se delimitan las funciones y deberes de los cuerpos armados, para que estos cumplan las finalidades constitucionales.

En todo caso, reconocemos que la Constitución Política, en circunstancias excepcionales, permite afectar garantías individuales para la defensa de los intereses colectivos, tal como acontece por ejemplo en el estado de asamblea, respecto de los derechos de reunión, trabajo, libertad personal y propiedad, entre otros.