

LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO QUE RIGEN LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL: SU APLICACIÓN EN CHILE

JEANNETTE IRIGOIN BARRENNE - ASTRID ESPALIAT LARSON *

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación en Chile de las normas que rigen los conflictos armados sin carácter internacional es un asunto que ha sido puesto en discusión en nuestro país por los Tribunales de Justicia, quienes, en la década de los noventa, debieron resolver si dichas normas eran o no aplicables a ciertos hechos acaecidos entre 1973 y 1974, período en el que el gobierno militar establecido dictó diversas normas en las que se refería a una situación de guerra.

Los fallos provienen de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Marcial y versan sobre la aplicabilidad del art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo II de 1977. En las resoluciones emitidas por esas instancias judiciales observamos una cierta confusión respecto del ámbito de aplicación de esos textos jurídicos. De allí entonces que estimemos conveniente dedicar unas líneas al significado y alcance que tienen ambas normas.

II. EL ARTÍCULO 3º COMÚN A LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA

La regulación de los conflictos armados internos estuvo en gran parte fuera del derecho positivo. De acuerdo con la doctrina clásica, los Estados eran las únicas entidades soberanas consideradas como sujetos del derecho de gentes. En este contexto, el derecho de la guerra, concebido para reglar las relaciones internacionales en ese tiempo, no era aplicable a los conflictos internos.

* Jeannette Irigoín Barrenne: Directora del Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile y Miembro de la Comisión Internacional de Encuesta Humanitaria.

Astrid Espaliat Larson: Profesora de Derecho Internacional, Instituto de Estudios Internacionales y Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Las opiniones vertidas por las autoras son de su exclusiva responsabilidad.

Sólo a partir del siglo XIX comienzan a surgir los primeros intentos para hacer aplicable el derecho de la guerra a las relaciones entre el gobierno establecido de un Estado y los insurgentes con los cuales se encontraba en lucha. Para este efecto se asimiló a los insurgentes a los beligerantes, es decir, a una de las partes de la guerra interestatal, a través de una institución jurídica: el reconocimiento de beligerancia ¹.

Hasta 1949, a pesar de los esfuerzos de la doctrina para consagrar la teoría del reconocimiento obligatorio de beligerancia, la práctica estuvo marcada por el reconocimiento facultativo: la aplicación de las reglas protectoras del derecho internacional a los insurgentes, así como a las relaciones entre éstos y las tropas del gobierno establecido, dependía esencialmente del poder discrecional de ese gobierno.

Este art. 3 surge como respuesta a una creciente inquietud de la comunidad internacional, respecto de la existencia de conflictos que, no obstante no tener un carácter internacional, dejaban igual o mayor número de víctimas. Surgía entonces la necesidad de crear unas reglas que protegieran a la persona y que disminuyeran el poder discrecional que el gobierno establecido poseía ante tales conflictos.

En este contexto es indudable que el art. 3, común a las Convenciones de Ginebra de 1949 significaba un cambio fundamental en la protección de la persona humana en caso de conflicto armado interno, ocurrido dentro de las fronteras del Estado.

A partir de la entrada en vigor del art. 3, la aplicación de algunas reglas de protección no era dependiente del poder discrecional del gobierno establecido sino del cumplimiento de ciertas condiciones objetivas. Como lo prescribe este art. 3:

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes...”.

Por otra parte, el art. 3 busca imponer un mínimo de obligaciones a las partes en conflicto, unas limitaciones humanitarias básicas en beneficio de todos aquellos que no participan o que han dejado de participar en el conflicto. Consagra, además, garantías fundamentales de trato humano (preservar la integridad física y mental) para todas las personas protegidas, así como el derecho a ser juzgado con la garantía del derecho a la defensa y de tribunales independientes. El respeto de estos principios humanitarios “implica en particular la salvaguarda de la población civil, el respeto del adversario fuera de combate, la asistencia a los heridos y enfermos y un trato humano a las personas privadas de libertad” ².

¹ BOTHÉ, Michael, “Conflits armés internes et droit international humanitaire”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 82, Paris, 1978, p. 8.

² Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentarios al Protocolo II, www.iccr.org.

Es necesario señalar también que el art. 3 es de aplicación automática, lo que quiere decir que se aplica en cuanto surja un conflicto interno, sin que se requiera la declaración del Estado implicado en dicho conflicto. El principio de automaticidad de la aplicación se funda en exigencias humanitarias ya que la aplicación de las reglas de protección no puede quedar entregada a una apreciación subjetiva de las partes.

El art. 3 ha sido llamado el “microcosmos” de las Convenciones, una suerte de Convención en miniatura. Ello quiere decir que posee un ámbito de aplicación propio: si se aplica el art. 3 no se aplica el resto de las Convenciones, si se aplican las Convenciones no se aplica el art. 3³.

Cuando se ha establecido que el conflicto armado no tiene un carácter internacional y que éste tiene lugar en el territorio de un Estado Parte de la Convención, surgen las obligaciones humanitarias generales y las prohibiciones específicas que se aplican a las personas indicadas en la norma.

Quizás el aspecto más controversial de la disposición del art. 3, sea la naturaleza de los conflictos a los que se limita su aplicación. Tanto durante la Conferencia diplomática de Ginebra como después de la conclusión de las Convenciones, este tema recibió considerable atención. Las diversas discusiones sostenidas en torno al contenido del art. 3 dan cuenta de los distintos criterios que han existido para determinar qué se debe entender por conflicto interno. En una primera época hay quienes siguen situándose dentro de la concepción que tenía la mayoría de los Estados en 1949, esto es, una concepción próxima a la de la guerra civil en sentido clásico. Así, había quienes retomaban la exigencia de control de una parte del territorio por las partes en conflicto y, especialmente, por los insurgentes⁴ mientras otros retomaban el criterio subjetivo del reconocimiento de beligerancia: el reconocimiento por el gobierno establecido de la existencia del conflicto interno, como condición de las reglas de aplicación.

Pero estas definiciones que limitaban la aplicación del art. 3 no tardarían en quedar en el pasado. En efecto, en la Conferencia del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) de 1962, dedicada a los conflictos internos, se consideró el conflicto armado desde una definición mucho más amplia: Toda acción hostil dirigida contra un gobierno legal entraría dentro del ámbito de aplicación del art. 3 “*si ella presenta un carácter colectivo y un minimum de organización*”. Esta definición permitía incluir en el campo de la reglamentación la casi totalidad de las insurrecciones que se planteaban en el escenario internacional y contenía los elementos principales que serían desarrollados y precisados por las conferencias de expertos gubernamentales de 1971 y 1972, en las que se introdujeron nuevas ideas.

³ DRAPER, G. I. A. D., “The Geneva Conventions of 1949”, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de l'Haye*, vol. 114, ley de 1965, p. 84.

⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Informe Conf. Expertos 1972*, vol. I. § 2.51.

La expresión "*acción hostil*" fue reemplazada, en la mayoría de las proposiciones de expertos por la de "*hostilidades*". La primera expresión podría aplicarse a una acción psicológica, mientras que la segunda indica claramente que existe un conflicto armado de actos de terrorismo aislados.

La noción de "*minimun de organización*" que aparecía en la definición de 1962 es reemplazada por aquella de "*fuerzas armadas organizadas*" lo que quiere decir que en opinión de los expertos, el conflicto interno existe cuando se enfrentan fuerzas armadas organizadas del gobierno establecido y de la parte insurgente. Esta última noción implica que el gobierno establecido, para enfrentar las hostilidades dirigidas contra él debe recurrir no solamente a las fuerzas policiales normalmente encargadas de mantener el orden, sino que a verdaderas fuerzas armadas. En este ámbito de ideas, los expertos señalaron que las fuerzas armadas debían tener un mando responsable, idea próxima a la condición que el derecho internacional impone a los cuerpos que no pertenecen a las fuerzas armadas regulares para tener el estatuto de beligerantes.

Los expertos de las conferencias de 1971 y 1972 crearon una noción nueva e importante, cual es que existe conflicto interno no sólo cuando las hostilidades son dirigidas contra el gobierno establecido sino que también en el caso en que en el territorio de un Estado se desarrollen hostilidades entre las fuerzas armadas de dos facciones, de dos partes, independientemente del gobierno establecido.

Pero sin lugar a dudas la propuesta más importante se formuló durante la Conferencia de 1972. De acuerdo con esta propuesta no se trataba de precisar la noción de conflicto armado del art. 3 sino de establecer los elementos propios del conflicto interno que automáticamente conducirían a la aplicación del conjunto de reglas que desarrollarían el art. 3, esto es, en un Protocolo Adicional.

La propuesta tendía entonces a hacer que la definición estuviera separada del art. 3, convirtiéndose el Protocolo en un todo en sí. Esta solución tiene como consecuencia crear, desde el punto de vista del derecho internacional, dos categorías de conflictos sin carácter internacional: aquellos que responden a la definición precitada y a los que se aplicará el Protocolo adicional, y aquellos que corresponden a la noción del art. 3 y que trae como consecuencia la aplicación de las reglas de este artículo.

Para los autores de esta propuesta, el art. 3 puede tener un campo de aplicación más amplio: él se aplicaría a las situaciones de violencia interna donde no encontramos los elementos de la definición precitada. Además un experto, aprobando "la sugestión de una disociación del nexo entre el Protocolo y el art. 3 común" emitió la opinión de que este artículo, que impone un *minimun* de humanidad, "deberá aplicarse incluso en caso de disturbios y de tensiones internas". Pero el texto del art. 3 habla de "*conflicto armado*" y de "*partes en conflicto*" y ello ha sido entendido por los gobiernos interesados como la existencia de un conflicto interno de una intensidad evidente.

Esta dualidad de los regímenes en cuanto a los conflictos internos se aproxima a la idea preconizada por el profesor Zorbibe⁵, que recomienda la aplicación obligatoria del régimen mínimo del art. 3 a los conflictos armados menores. De este modo, el conflicto armado al que se aplicaría el art. 3 “puede reunir —no acumulativamente— algunos caracteres como la acción prolongada en el tiempo y en el espacio, su asentamiento en una parte del territorio, la situación de inseguridad... y sería igualmente aplicable cuando todo ese conjunto de características de acción armada, organizada, colectiva, etc. se den en su máxima intensidad y generalización hasta constituir una guerra civil en el sentido tradicional. Ése sería el amplio abanico de situaciones en el que sería aplicable el art. 3”⁶.

III. EL PROTOCOLO II

Aunque el art. 3 común enunciaba los principios fundamentales de protección, surgieron dificultades de aplicación en la práctica y esta reglamentación sumaria no siempre permitió enfrentar de manera adecuada las necesidades humanas que surgían en el desarrollo de los conflictos que se planteaban en el interior de un Estado.

En efecto, a pesar de que el art. 3 común se funda en el principio de aplicación automática desde que una situación se presenta objetivamente como un conflicto armado, la Alta Parte Contratante implicada poseía un amplio poder de apreciación del que, en muchas oportunidades, se abusó.

Además, el art. 3 se limita a enunciar reglas mínimas, su texto plantea los principios sin desarrollarlos, lo que da lugar, en ocasiones, a interpretaciones restrictivas. Ello ocurre principalmente en el caso de las garantías judiciales, que no están precisadas. La precaria situación de los insurgentes requería que se precisaran y reforzaran sus garantías, especialmente en materia de procedimiento judicial.

Asimismo, la obligación de recoger y cuidar a enfermos y heridos era demasiado general: el texto del art. 3 nada decía respecto de la protección que se debía otorgar a los médicos y a los otros miembros del personal sanitario.

Surgía, entonces, la necesidad de desarrollar las normas contenidas en el art. 3, y en consecuencia, el CICR elaboró el proyecto del Protocolo II. La idea original del CICR era que el art. 3 y el Protocolo II tuvieran el mismo ámbito de aplicación. Sin embargo, durante la Conferencia de Ginebra, por temor a la vulneración de la soberanía de los Estados, el umbral de aplicación del Proto-

⁵ ZORGBIBE, Ch., “Pour une réaffirmation du droit humanitaire des conflits armés internes”, *Journal du Droit International*, vol. 97, Paris, 1970, p. 658.

⁶ MANGAS, Martín A., *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, U. de Salamanca, 1990, ps. 70.

colo II fue elevado. El art. 1.1 señala que para la aplicación del Protocolo se requiere que el conflicto armado interno reúna las siguientes condiciones:

- Se desarrolle en el territorio de una Alta Parte Contratante.
- Enfrente a sus fuerzas armadas regulares con fuerzas armadas disidentes o grupos organizados.
- Que estas últimas estén bajo la dirección de un mando responsable.
- Que ejerzan control sobre una parte de dicho territorio.
- Que realicen operaciones militares sostenidas y concertadas.
- Que el control sobre las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados organizados les permita aplicar el Protocolo II.

La aplicación del Protocolo II difiere, entonces, del art. 3 en los siguientes aspectos:

En primer lugar, se reintroduce el control sobre una parte del territorio como una condición de aplicación de las normas humanitarias. Los disidentes deben ejercer *“un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”*. Con esto, la aplicación del Protocolo no se hace depender únicamente del control sobre una parte del territorio sino que también de la habilidad de los disidentes para aplicar el mismo. Podría ocurrir que en el desarrollo del conflicto los disidentes pierdan esta habilidad, llegando a ser inaplicable el Protocolo. Entonces, durante un conflicto determinado, la aplicación del Protocolo sería variable de acuerdo con las circunstancias prevalecientes en los enfrentamientos.

En segundo lugar, de acuerdo con el art. 1, el Protocolo II, se aplica solamente a los conflictos entre el gobierno establecido y los disidentes y no a los conflictos entre diferentes grupos de disidentes. El art. 3, por el contrario, es también aplicable a esos conflictos.

En tercer lugar, el Protocolo II se refiere a un conflicto armado interno de alta intensidad, a un conflicto donde se reúnan copulativamente los requisitos relativos al carácter colectivo del enfrentamiento, a la organización de las fuerzas que se enfrentan y a la existencia de un mando responsable. En este sentido se ha señalado que *“se ha delimitado con tanta precisión su ámbito de aplicación que sólo podrá invocarse en conflictos civiles claramente definidos”*. El art. 3, en cambio, sólo requiere la existencia de *“partes en conflicto”*, que posean un mínimo de organización.

En este contexto ¿son aplicables a las tensiones y disturbios internos las normas del derecho internacional humanitario?

La circunstancia de que la Conferencia Diplomática de 1974-1977 aprobara el proyecto del CICR excluyendo expresamente de su ámbito de aplicación *“las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análo-*

gos”⁷ parecería confirmar que en esos casos no estaríamos frente a conflictos internos y que, por lo tanto, no se aplicarían las normas del derecho internacional humanitario. Pero la exclusión que realiza el art. 1.2, Protocolo II se explica por el elevado umbral del conflicto armado interno que regula dicho Protocolo, esto es, la exigencia de una guerra civil propiamente dicha.

Pero la ausencia de referencia explícita al art. 3 y el hecho de que el Protocolo II no modifique las condiciones de aplicación de éste, “permite afirmar la obligación de respetar los principios fundamentales del art. 3 en relación con ciertos disturbios”⁸. Lo anterior nos conduce a distinguir, por un lado, “entre la exclusión de tensiones y disturbios de la consideración de conflicto interno y, de otro, la protección de los derechos y garantías fundamentales internas e internacionales de las que no estarían desamparadas en este sentido las personas que intervinieran en tales situaciones”⁹. El CICR tiene reconocido un derecho de iniciativa humanitaria de carácter estatutario que le ha permitido en esas situaciones efectuar numerosas gestiones y visitas a detenidos, las que son aceptadas por los Estados¹⁰.

IV. LOS FALLOS DE LOS TRIBUNALES CHILENOS

En 1994 la Corte de Apelaciones de Santiago debió pronunciarse sobre la aplicación del art. 3 común a los Convenios de Ginebra a los hechos acaecidos en Chile entre 1973 y 1974¹¹, período en el que el gobierno militar establecido de la época dictó una serie de normas en las que se hacía referencia a un estado de guerra y en las que se decidía aplicar la legislación propia de tiempos de guerra. En esos años tuvo lugar la desaparición de las personas que motivó la acción judicial.

En el caso planteado ante la Corte de Apelaciones se solicitaba se declarara que las normas de derecho internacional humanitario habían sido violadas por el Gobierno de Chile y que tales violaciones constituían delitos de carácter imprescriptible y no sujetos a amnistía.

La Corte decidió aplicar las referidas normas de derecho internacional humanitario, para ello se apoyó en las normas jurídicas dictadas por la Junta Militar, así como en lo dictaminado por la Corte Suprema en el caso “Chanfreau”.

El Tribunal de Apelaciones constata que el dec.-ley 5, del 12 de septiembre de 1973, “determinó la existencia de un estado de guerra interna, habiéndolo-

⁷ Art. 1.2, Protocolo II.

⁸ MANGAS, Martín A., *Conflictos...*, cit., p. 69.

⁹ MANGAS, Martín A., *Conflictos...*, cit., p. 69.

¹⁰ Art. 5, párr. 2, d). Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

¹¹ Sentencia Rol. 38.683-94 del 30 de septiembre de 1994, Corte de Apelaciones de Santiago, *Gaceta Jurídica*, nro. 171, ps. 126 y ss.

se decretado el estado de sitio el 18 de septiembre de 1973, que bajo el sistema jurídico imperante a la fecha, tenía lugar sólo en caso de guerra interna o externa, estado de sitio que rigió en situación de guerra interna hasta el 10 de septiembre de 1974 a lo menos”¹².

A este respecto la Corte señala que el art. 418 del Código de Justicia Militar, vigente a la fecha, establecía que “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiera la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

Por otra parte, agrega la Corte, el dec.-ley 640 de septiembre de 1974¹³ “posterior a los hechos analizados, estableció que la declaración de estado de sitio hacía aplicables las normas del Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, referente a los tribunales militares en tiempo de guerra, como también el Título IV del Libro II del Código de Justicia Militar que aplica el procedimiento penal en tiempo de guerra, lo que ya había operado desde el 11 de septiembre de 1973”.

Al regir el estado de sitio entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de septiembre de 1974 “hubo conmoción interna provocada por las fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas que operaban en forma abierta o clandestina y durante el período rigieron los tribunales, los procedimientos y las penalidades de tiempo de guerra, como asimismo había una acción militar al mando de un jefe especialmente nombrado al efecto, con atribuciones para dictar bandos”¹⁴.

Asimismo, señala la Corte, “la Corte Suprema de Justicia, en el caso ‘Chanfreau’, concluyó que durante 1974 en Chile hubo una situación de guerra”¹⁵.

En consideración a estos argumentos, la Corte señala que “son plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de protección de los derechos humanos de las fuerzas enemigas organizadas y de la población civil afectada y se sancionan los crímenes de guerra, los cuales constituyen una forma de abuso de la fuerza producida dentro de una situación material creada por un conflicto armado, pudiendo ser éste interno o internacional”.

Más adelante agrega “al ser plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, debemos considerar en su art. 3, común a los cuatro Convenios

¹² Sentencia Rol. 38.683-94 del 30 de septiembre de 1994, Corte de Apelaciones de Santiago, *Gaceta Jurídica*, nro. 171, p. 127.

¹³ Sentencia Rol. 38.683-94 del 30 de septiembre de 1994, Corte de Apelaciones de Santiago, *Gaceta Jurídica*, nro. 171, p. 127.

¹⁴ Sentencia Rol. 38.683-94 del 30 de septiembre de 1994, Corte de Apelaciones de Santiago, *Gaceta Jurídica*, nro. 171, p. 127.

¹⁵ Sentencia Rol. 38.683-94 del 30 de septiembre de 1994, Corte de Apelaciones de Santiago, *Gaceta Jurídica*, nro. 171, p. 127.

de Ginebra, el cual determina que, en caso de conflicto armado sin carácter internacional que se desarrolle en el territorio de un Estado Parte, la obligación de dicho Estado de aplicar, a las personas que no participen directamente en las hostilidades o las personas que hayan quedado fuera de combate por diversas razones, un trato humanitario...”¹⁶.

Esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago fue revocada por la Corte Suprema de Chile en un fallo emitido en 1995¹⁷. Al fundar su rechazo a la conclusión emitida por la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema sólo consideró lo preceptuado por el Protocolo II omitiendo completamente las normas contenidas en el art. 3, común a los Convenios de Ginebra así como también el análisis del carácter autónomo de esta disposición.

En efecto, tras transcribir el art. 1 del referido Protocolo para realizar, en su concepto, “una adecuada interpretación de los preceptos legales invocados, y en especial de los Convenios de Ginebra”¹⁸, sostiene que el art. 1 del dec.-ley 5 de 1973, en el que se fundaba el fallo recurrido para aplicar los Convenios de Ginebra, se limitó a interpretar el art. 418 del Código Militar “para el solo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra, sin que en realidad concurrieran los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra”¹⁹.

En el entender de la Corte “las autoridades de la época, al concentrar amplias potestades —constituyentes y legislativas—, resolvieron enfrentar la situación de conmoción interna con especial rigurosidad para reprimir y sancionar con una mayor penalidad los delitos contra la seguridad interior del país declarando el estado de sitio por la causal de guerra interna, entre otras razones, para activar la jurisdicción militar de tiempos de guerra. Por ello no se puede estimar fundadamente que a la época de la comisión del delito existiera efectivamente en el territorio nacional un conflicto bélico entre fuerzas contendientes de aquellas a las que aluden los Convenios de Ginebra”²⁰.

Los fallos emitidos por la Corte Marcial siguen un raciocinio muy similar al desarrollado por la Corte Suprema ya que afirman²¹ que los Convenios de Ginebra no pudieron tener aplicación en Chile entre los años 1973 y 1974, “por cuanto para que tenga aplicación es indispensable la existencia de un conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de las Al-

¹⁶ Sentencia Rol. 38.683-94 del 30 de septiembre de 1994, Corte de Apelaciones de Santiago, *Gaceta Jurídica*, nro. 171, p. 132.

¹⁷ Sentencia Rol. 5566, Corte Suprema de Chile. *Gaceta Jurídica*, nro. 185, ps. 120 y ss.

¹⁸ Sentencia Rol. 5566, Corte Suprema de Chile. *Gaceta Jurídica*, nro. 185, ps. 121.

¹⁹ Sentencia Rol. 5566, Corte Suprema de Chile. *Gaceta Jurídica*, nro. 185, ps. 122.

²⁰ Sentencia Rol. 5566, Corte Suprema de Chile. *Gaceta Jurídica*, nro. 185, p. 122.

²¹ Sentencia Rol. 965-92, 1994 y sentencia Rol. 93-95, 1995, Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros.

tas Partes Contratantes lo que supone la existencia de bandos contendientes y hostilidades de orden militar”²².

Para dar más fuerza a este argumento recurre a lo preceptuado en el Protocolo II señalando que éste al desarrollar y completar el artículo tercero común de los cuatro Convenios de Ginebra extiende su protección humanitaria “a los conflictos que tienen lugar en el territorio de una de las partes contratantes entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen control sobre una parte del territorio que le permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y también aplicar el presente Protocolo. Asimismo señala que no se aplicará a las situaciones de tensiones, disturbios interiores como motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos que no son conflictos armados”.

En el entender de la Corte Marcial el dec.-ley 5, de septiembre de 1973, “no hace declaración alguna de guerra interna, limitándose a expresar que el estado de guerra es para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo”²³. Además, el dec.-ley 640 de 1974, tampoco contiene una declaración de guerra para hacer aplicable los Convenios de Ginebra, puesto que sólo se limitó a establecer una nueva normativa de regímenes de excepción.

En los casos debatidos ante la Corte de Apelaciones, la Corte dedica una parte de su esfuerzo a demostrar que en Chile hubo una situación de guerra. Por su parte, los fallos de la Corte Marcial discurren en torno a lo que habría perseguido el gobierno al dictar los decretos-leyes 5 y 641. Lo cierto es que, en el marco del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, ello no es necesario.

La aplicación del art. 3 no requiere la existencia de una guerra, esto es de un conflicto armado interno en el que deban darse copulativamente un enfrentamiento entre las fuerzas armadas con fuerzas armadas disidentes o grupos organizados, existencia de un mando responsable de estas últimas, realización de operaciones militares sostenidas y concertadas, así como control de una parte del territorio del Estado por parte de los disidentes.

Al referirnos al ámbito de aplicación del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ha quedado establecido que se trata de una disposición amplia, que persigue aplicar un mínimo de humanidad a aquellos casos en que existe un conflicto armado interno. El art. 3 es humanitario en propósito y en contenido. Se procura beneficiar a la más amplia gama de personas que se encuentran en situaciones de conflicto, tanto como sea posible. Además, la naturaleza de las prohibiciones humanitarias es tan fundamental —no matar, no mutilar, no torturar— que el artículo no permite una interpretación limitada.

²² Sentencia Rol. 93-95, 1995, Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros.

²³ Sentencia Rol. 93-95, 1995, Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros.

Como bien lo señala el CICR “...Aucun gouvernement ne peut être gêné de respecter à l’égard de ses adversaires internes, quelle que soit la dénomination du conflit qui l’oppose à eux, un minimum de règles qu’il respecte en fait tous les jours, en vertu de ses propres lois, et même à l’égard de vulgaires criminels de droit común”²⁴.

A nuestro juicio bastaba con la aseveración efectuada por el gobierno establecido en las normas que dictó. Lo cierto es que la declaración que hace el Gobierno chileno en los decretos-leyes 5 y 640 refleja que existía una situación de conflicto interno que caía dentro de la esfera de aplicación del art. 3, disposición cuyos principios fundamentales se aplican, como hemos visto, incluso en caso de disturbios internos.

Si el gobierno establecido de la época alude en las normas que dictó a una guerra y aplica en esa situación una serie de normas de excepción así como la penalidad propia de ese tiempo, es claro que existía una situación a la que, al menos, debía aplicarse el mínimo humanitario que contempla el art. 3 y que la transgresión de esas normas constituía un delito.

Por otra parte, en los fallos de la Corte de Apelaciones se aplican los cuatro Convenios de Ginebra al período situado entre 1973 y 1974, recurriéndose a los arts. 146 y 147 para señalar que las violaciones de esas normas constituyen un delito y que los responsables de la comisión de ellos deben ser sancionados.

La Corte Marcial, por su parte, sólo se refiere al art. 3 en tanto y en cuanto se trataría de un artículo modificado por el Protocolo II.

Tanto los fallos de la Corte de Apelaciones como los de la Corte Marcial olvidan que el art. 3 tiene un ámbito de aplicación propio, que esta disposición se basta a sí misma y que posee un significado jurídico distinto de las cuatro Convenciones y del Protocolo II. Como hemos señalado antes, el art. 3 constituye una pequeña Convención y si éste se aplica no se aplican las demás Convenciones de Ginebra.

En lo que concierne al Protocolo II, sabemos que este acuerdo, cuya elaboración respondió a la necesidad de desarrollar el art. 3, terminó siendo un texto que no modificó sus condiciones de aplicación. Recordemos además que el Protocolo II elevó el umbral de aplicación: este cuerpo jurídico se aplicaría a conflictos armados internos de alta intensidad, a conflictos que se acercarían a la guerra civil en un sentido clásico.

El fallo de la Corte Marcial emplea como criterio para descartar la aplicación de las normas humanitarias a los hechos ocurridos entre 1973 y 1974, el que el Protocolo II, al desarrollar y complementar el art. 3, modifica el ámbito de aplicación de éste y establece que no se aplicará a las situaciones de tensiones ni a los disturbios interiores. La Corte no consideró que el mismo Protocolo

²⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, Commentaire art. 3, Convention de Genève, www.icrc.org.

advierte que él no modifica las condiciones de aplicación del art. 3 y que de acuerdo con este artículo las situaciones de disturbios internos pueden quedar sometidas a él.

Por otra parte, la Corte Marcial sostuvo que el dec.-ley 640 de 1974 no contenía “una declaración de guerra para hacer aplicable los Convenios de Ginebra, puesto que sólo se limitó a establecer una nueva normativa de regímenes de excepción...”²⁵

Como hemos señalado con anterioridad, la aplicación del art. 3 no requiere declaración alguna por parte del gobierno establecido. Basta que el conflicto se haya producido para que se apliquen a éste las mínimas reglas humanitarias contenidas en dicho precepto. En este sentido, la declaración que haga el gobierno es irrelevante. En el caso que comentamos, la aseveración contenida en las normas del dec.-ley 640 es relevante sólo en tanto y en cuanto permite concluir que en Chile existió un conflicto interno al que debió aplicarse un mínimo humanitario.

En síntesis, creemos que si bien es necesario efectuar ciertas precisiones a los fallos de la Corte de Apelaciones, éstos aplicaron correctamente las normas del art. 3 a los hechos acaecidos en Chile entre 1973 y 1974, que ellos se ajustan perfectamente a la evolución experimentada por el derecho internacional humanitario, derecho que, en materia de conflictos armados internos, persigue la protección del mayor rango de personas posible a través de una aplicación flexible de las normas contenidas en el art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra.

²⁵ Sentencia Rol. 965-92, 1994, Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros.