



**UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO**



**APERTURAS POSITIVAS PARA UNA CONSIDERACION  
OBJETIVA DEL DERECHO NATURAL**

**LA CLÁUSULA MARTENS**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas**

**ALUMNO: LUIS ALBERTO MORAN ARANCIBIA**

**PROFESOR GUIA: ANTONIO PEDRALS GARCIA DE CORTAZAR**

## INDICE

|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCCION.....                                                                                          | 1  |
| <b>Capítulo I EL TEMA DEL DERECHO NATURAL</b>                                                              |    |
| 1. El concepto derecho natural.....                                                                        | 3  |
| 2. Referencia histórica .....                                                                              | 4  |
| a) La edad antigua.....                                                                                    | 4  |
| b) La época medieval.....                                                                                  | 7  |
| c) La época moderna.....                                                                                   | 10 |
| 3. La inferencia a partir de la naturaleza de la cosa.....                                                 | 13 |
| a) Antecedentes.....                                                                                       | 13 |
| b) La naturaleza de la cosa como fuente supletoria.....                                                    | 14 |
| c) La relación entre naturaleza de las cosas y derecho cultural .....                                      | 18 |
| d) Naturaleza de las cosas, justicia y valores.....                                                        | 19 |
| e) La perspectiva del derecho natural como derecho cultural.....                                           | 20 |
| 4. El problema del derecho y la guerra.....                                                                | 22 |
| a) La vinculación entre derecho y guerra.....                                                              | 22 |
| b) Guerra justa y guerra defensiva.....                                                                    | 26 |
| c) La cuestión de la guerra defensiva y la naturaleza de las armas nucleares y de destrucción masiva. .... | 27 |
| 5. Planteamiento del tema.....                                                                             | 29 |
| a) El contexto.....                                                                                        | 29 |
| b) El tema específico.....                                                                                 | 30 |
| <b>Capítulo II LA CLÁUSULA MARTENS</b>                                                                     |    |
| 6. Antecedentes generales.....                                                                             | 33 |
| 7. El Derecho Internacional Humanitario.....                                                               | 35 |
| a) Sus orígenes.....                                                                                       | 35 |
| b) La distinción entre Derecho de La Haya y Derecho de Ginebra.....                                        | 38 |
| c) Desarrollos posteriores a la II guerra mundial.....                                                     | 39 |
| 8. Referencia histórica a la Cláusula Martens.....                                                         | 42 |
| 9. Referencia biográfica.....                                                                              | 44 |
| 10. Referencias positivas.....                                                                             | 45 |

|                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------|----|
| 11. Las interpretaciones que suscita.....                         | 48 |
| 12. La Cláusula Martens tendría su propio estatuto normativo..... | 50 |
| 13. Funciones de la Cláusula Martens.....                         | 53 |
| 14. La Cláusula Martens ¿Pertenece al denominado ius cogens?..... | 54 |
| a) Ideas generales acerca del ius cogens.....                     | 54 |
| b) Efecto de una vulneración de esta cláusula.....                | 57 |

### **Capítulo III HACIA UNA CONSIDERACIÓN OBJETIVA DE LA CLÁUSULA MARTENS**

|                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| 15. La expresión “Principios del Derecho de Gentes”.....            | 59 |
| 16. Los Principios de Humanidad o Leyes de la Humanidad.....        | 59 |
| a) Antecedentes.....                                                | 59 |
| b) Principio de limitación.....                                     | 61 |
| <i>i.</i> Limitación en cuanto a los métodos.....                   | 61 |
| <i>ii.</i> Limitación en cuanto a los medios.....                   | 62 |
| <i>iii.</i> Limitación en cuanto a los objetivos militares.....     | 63 |
| c) Principio de distinción.....                                     | 63 |
| <i>i.</i> Distinción entre civiles y combatientes.....              | 64 |
| <i>ii.</i> Distinción entre bienes civiles y bienes militares.....  | 64 |
| <i>iii.</i> La prohibición de realizar ataques indiscriminados..... | 65 |
| d) Principio de proporcionalidad.....                               | 67 |
| e) Principio de protección.....                                     | 69 |
| 17. Los dictados de la conciencia pública.....                      | 70 |
| Síntesis.....                                                       | 72 |
| BIBLIOGRAFÍA GENERAL .....                                          | 90 |

## INTRODUCCION

En este trabajo pretendemos abordar dos temas que tiene como nexo de unión el hecho que ponen en contacto el Derecho natural con el Derecho positivo.

Ellos son, en primer término, la inferencia acerca de la “naturaleza de la cosa”, siendo para algunos, un método que permite completar lagunas legales cuando ni siquiera la analogía logra cumplir el objetivo de integrar el Derecho. Otros ven en la inferencia de la naturaleza de la cosa derechamente una fuente mediata del Derecho.

La otra cuestión de que trataremos es un instituto que ha sido incorporado en el Derecho de los conflictos armados o Derecho internacional humanitario y que es la Cláusula Martens de la cual se predica que cumple, entre otras muchas funciones, la de completar lagunas legales; otros dicen que es una fuente supletoria, pero nosotros pensamos que es mas bien una especie de norma de clausura que nos señala que aquello que no está prohibido por el Derecho de la guerra, no está, por ello, tácitamente permitido.

Primeramente haremos un repaso general de los aspectos históricos más relevantes en la doctrina del Derecho natural. Luego profundizaremos en la llamada inferencia a partir de la “naturaleza de la cosa”, para finalmente referirnos en concreto a la Cláusula Martens.

Ambos institutos del derecho tienen rasgos comunes, ambos son considerados como reglas de hermenéutica, ambos se les considera como idóneos para completar lagunas en el Derecho, ambos tienen el efecto de introducir en el Derecho positivo consideraciones que son propias del Derecho natural.

Finalmente, tanto la inferencia sobre la “naturaleza de la cosa” como la Cláusula Martens resultan ser extremadamente controversiales, tienen seguidores y detractores muy apasionados.

Lo mas concreto y objetivo es que están presentes en derecho. De la inferencia sobre la “naturaleza de la cosa” se ha dicho que es una cuestión de rancio abolengo en la doctrina jurídica alemana, especialmente en el ámbito del Derecho civil, comercial, administrativo y constitucional.

Por otra parte, de la Cláusula Martens, sus detractores han llegado a calificarla, casi peyorativamente, como la momia viviente del Derecho de la guerra. Otros señalan que por muchos esfuerzos que el Derecho internacional haga por desprenderse de ella, no ha podido hacerlo por cuanto cumple una función del más vital interés práctico al anteponer la vigencia de los principios y valores humanitarios a la aparición de armamentos cada vez más complejos y de un potencial aniquilador casi sin límites.

## Capítulo I

### EL TEMA DEL DERECHO NATURAL

#### 1. El concepto Derecho Natural<sup>1</sup>.

Ulpiano habría definido el Derecho Natural como: “quos natura omnia animalia docuit”, ósea, “aquello que la naturaleza enseña a todos los animales”. Este concepto no es exclusivo suyo sino que se encuentra en el marco de una tradición jurídica. Se refiere al hombre como “secundum naturam” por contraposición a un defecto natural en él. Por ejemplo, un hombre no sería “secundum naturam” si fuera estéril por un vicio corporis o naciera con “tribus manibus” e incluso subraya una distinción de sexos, de la que se siguen consecuencias de comportamiento, al hablar del mantenimiento del hombre por la mujer como “contra sexus naturam”.

De esta distinción para el vocablo naturale que hace Ulpiano se siguen consecuencias jurídicas derivadas de la naturaleza humana o “natura hominis”. Por ejemplo, se refiere al destino de un niño que nace fuera del matrimonio y, usa la expresión *lex naturae*<sup>2</sup> que se traduce como “... La ley natural es esto: “que si alguien nace fuera de un legítimo matrimonio sigue (la condición) de la madre, a no ser que una ley especial disponga otra cosa”.

En cuanto a otro concepto “ius”, el juriconsulto abre el Digesto con unas expresiones que conceptúan el ius a partir de la justicia “pues, como define elegantemente Celso, el derecho es el arte de lo bueno y equo”.<sup>3</sup> Es decir, el arte de lo bueno y lo equitativo.

---

<sup>1</sup>Este tema lo hemos trabajado a partir del texto de una conferencia del historiador del derecho británico Alexander James Carlyle ( 1861 – 1943), denominada “La Justicia en el Medioevo” que dictara en la Universidad de Milán en 1936, en particular para referir a las concepciones de justicia. Otras obras de Carlyle son “Veritatis Contentio” de 1902, “La Libertad Política: historia de un concepto en la edad media y en los tiempos modernos” del Fondo de Cultura Económica, México 1942; “El bien común, la justicia y la seguridad jurídica en la concepción medieval del derecho”; Hemos utilizado las citas que hace Carlyle, aunque en un contexto diferente en las notas 2 a 6.

<sup>2</sup> D., I, 5, 24: “Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit”.-

<sup>3</sup> D., I, 1, 1pr: “a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi”.

Justicia, la conceptúa como "...la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo."<sup>4</sup> Isidoro de Sevilla, significa el vocablo ius en el mismo sentido que Ulpiano, "ius dictum est quia iustum" como si el derecho derivara de la justicia.

Para Tomás de Aquino, el derecho (ius) es llamado así porque es justo <sup>5</sup> y nos dice que un juicio es la determinación de lo que es justo y legítimo. <sup>6</sup>

Para un autor alemán, mas cercano a nosotros, Stammler<sup>7</sup>, se trataría de un derecho fundado en si mismo que se opone al mero derecho positivo. Como norma de orientación se toma la naturaleza. Pero este concepto se usa sin duda en una significación transpuesta. Y como no puede ser ésta la de la incultura, no puede entenderse con ella más que la esencia (esencia de una cosa: la unidad de sus condiciones permanentes).

Pero aun así, puede entenderse de dos modos: a) Naturaleza del hombre; b) naturaleza del Derecho. Del primero nace el derecho natural; del segundo el derecho racional.

## **2. Referencia histórica.** <sup>8</sup>

### **a) La edad antigua.**

En este periodo pre-cristiano encontramos un derecho natural objetivista, en que la naturaleza es el orden racional cósmico, el logos, que rige todo el cosmos y en el cual se haya fundada toda nueva justicia.

En la época antigua destacamos las siguientes grandes aportes a la idea de existencia de un derecho natural:

- i. La idea de que existen leyes de la naturaleza con carácter de necesidad y permanencia inmutable.*

---

<sup>4</sup> D., I, 1, 10: "constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuendi".

<sup>5</sup> Summa theologiae, 57, 1. Citado también por Carlyle.

<sup>6</sup> Ibid., 60, 1. Estas mismas ideas en Etimologías (V, 3, 1) de San Isidoro.

<sup>7</sup> Stammler, Rudolph. Teorías del Derecho y del Estado. Edición completa en la página web [http://es.wikipedia.org/wiki/Rudolf\\_stammler](http://es.wikipedia.org/wiki/Rudolf_stammler)

<sup>8</sup> Para los aspectos históricos del periodo medieval nos hemos guiado principalmente por las siguientes autores: Rodríguez Molineros, Marcelino. Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo. Editorial Revista de derecho privado, Madrid 1973.

Un primer aporte al desarrollo del derecho natural es la idea de que existen unas leyes de la naturaleza que son vistas como un orden necesario y permanente, que representan lo auténtico e inalterable, algo que permanece inmutable en tiempo y en el espacio. Estas prescripciones que derivarían directamente de la naturaleza, son aplicables a todo el obrar humano y no tienen limitaciones temporales ni espaciales.

En contraposición a la autenticidad de la naturaleza está la artificialidad de la sociedad y, la ley humana entonces, se caracteriza por ser artificial, cambiante, variable y, sobretodo, no exenta de errores, lo que conduce a la idea de que existe un orden ético –jurídico inmutable, de validez absoluta, y un orden contrapuesto, esencialmente variable, de validez relativa.

En la Antígona de Sófocles, contra la prohibición del rey Kreos de dar sepultura al hermano de Antígona, la heroína apela a las leyes superiores no escritas que son de origen divino y no humano diciendo “ni son ni de ayer ni de hoy, sino que sin interrupción existen, y nadie sabe desde qué tiempo”, subrayando lo intemporal de dicho orden normativo ontológicamente superior.

En un conocido pasaje de la Ética a Nicómaco Aristóteles se refiere a la ley natural como “la que tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de que lo parezca o no”, “por naturaleza es inmutable y tiene en todas partes la misma fuerza, lo mismo que el fuego quema tanto aquí como en Persia.”<sup>9</sup> Estas ideas están presentes en el período socrático y con posterioridad a Platón.

*ii. La idea de que existe una justicia por naturaleza y otra justicia legal o convencional.*

Un segundo aporte a la doctrina del derecho natural lo constituye la idea de que existe una justicia natural y otra que no es natural, sino legal o convencional y que nos muestra la contraposición entre un orden jurídico ideal siempre y universalmente válido constituido por leyes no escritas o *lex naturalis*, y un orden jurídico concreto, históricamente variable constituido por leyes positivas o escritas *lex humana*.

---

<sup>9</sup> García Huidobro, Joaquín. La recepción de la doctrina aristotélica sobre el derecho natural en el comentario de la ética a Nicómaco de Tomás de Aquino. Anuario Filosófico 1999 (32) 225-250.

Estas ideas las encontramos en Aristóteles, y después serán de gran influencia con Tomas de Aquino. Con los estoicos, entendieron el derecho en una triple distinción o tres niveles: *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex humana*:

Al conocimiento de la ley eterna se accede por medio del conocimiento de los fenómenos de orden cósmico físico naturales. Esta *lex aeterna*, no es otra cosa que la ley cósmica universal que rige todos los fenómenos que en el mundo acontecen frente a la cual el hombre nada puede hacer, pues, como todos los demás seres, se encuentra arrastrado por su sino eterno<sup>10</sup>.

En el caso de la ley natural, los juristas romanos guiados por su sentido práctico y realista conciben este derecho natural como lo justo en el caso concreto y, el derecho es la ciencia de lo justo<sup>11</sup>.

*iii. La distinción primaria entre dos órdenes normativos: el ius gentium y el ius civile.*

Entre los romanos, se nos presenta un tercer aporte de gran importancia: La distinción en dos ordenes del ius: el *ius civile* y el *ius gentium*.

El *ius civile* o derecho civil lo entienden como aquel que cada pueblo se da a si mismo y, el derecho de gentes, es entendido como aquel que usan o que es común todas las naciones.

**Gayo**, distinguía entre el derecho civil o *ius civile* entendiéndolo como aquel que cada pueblo se da a si mismo y, derecho de gentes o *ius gentium*, el cual era conceptuado como aquel que usan o es común a todas las naciones.

Con la expresión derecho de gentes no se refería explícitamente a lo que actualmente entendemos por derecho natural aunque hay quienes tratan de hacer una relación entre éste *ius gentium* y el derecho natural o *ius naturale*, derivada de su alcance universal.

Gayo definía al *ius gentium* como “aquel que es observado de forma igual por todos los pueblos”, “el que en verdad ha establecido la razón natural entre todos los hombres” (*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*)<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Fernández – Galiano, Antonio. Derecho Natural. Editorial Ceura, 5ta. Edición, Madrid 1987.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Para **Ulpiano** (170 – 228) el *ius gentium* es aquel que tiene vigencia universal y no limitada a un pueblo determinado. Del *ius naturale* da un concepto muy extraño, pareciera una visión físico naturalista al señalar que lo comparten todos los animales pero que no es propio del género humano sino de todos los animales.

## **b) La época medieval<sup>13</sup>.**

Establecer una fecha de inicio de la época medieval es problema difícil para la historia de las ideas. Hay quienes sitúan el inicio del pensamiento medieval en la muerte de San Agustín. Pero hay otros que dejan dentro del pensamiento medieval al mismo San Agustín, a Isidoro de Sevilla, Tomás de Aquino, Duns Escoto y Guillermo de Ockham, por lo mismo estas separaciones son meramente convencionales.

Siempre se ha pensado que el medioevo fue una época que se caracterizó como de pobreza intelectual y científica. Pero, al contrario, es la época del Imperio árabe caracterizado por una gran riqueza en el conocimiento científico matemático y es ahí donde se disemina el conocimiento del mundo antiguo. Es una época en que a través de España se disemina el conocimiento de las doctrinas de los griegos antiguos y, en la que se sientan las bases doctrinarias del estado moderno. Siempre se suele identificar la edad media únicamente con el pensamiento escolástico, pero ésta es la época de una gran riqueza intelectual especialmente en lo que es la filosofía política.

Algunos importantes aportes al pensamiento *ius naturalista* de esta época lo constituyen las doctrinas de limitación del poder del monarca, la aparición de las doctrinas basadas en la racionalidad y el declive del *ius naturalismo* religioso.

### *i. La doctrina de limitación del poder del monarca<sup>14</sup>.*

Un primer aporte al desarrollo del derecho natural está en la noción de limitación al poder del monarca por el derecho y la justicia y, el derecho de resistencia a la tiranía: El sistema social y político que imperó en la Europa de la edad media, el

---

<sup>12</sup> Carlyle, A. J. Obra citada nota 1 para las citas en latín.

<sup>13</sup> Rodríguez Molineros, Marcelino. Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo. Editorial Revista de derecho privado, Madrid 1973.

<sup>14</sup> Carlyle, Alexander James. Conferencia denominada “La Justicia en el Medioevo” que dictara en la Universidad de Milán en 1936.

feudalismo, no era una expresión de alienación y sumisión ciegas del vasallo a su soberano, sino que estaba en fundado sobre una concepción de justicia y del derecho donde el poder del Señor tenía dos límites, actuar dentro de la ley y obrar con justicia.

La obra política más antigua de la Edad media, proviene del siglo VII y, es un breve tratado denominado “De Duodecim Abusiuis Saeculi”, la cual es probable tenga origen en Irlanda. Esta breve obra trata del rey injusto en oposición al rey justo cuya función es de no oprimir a nadie y juzgar a los hombres según la justicia.<sup>15</sup> Más tarde en el siglo IX, encontramos varios tratados políticos destinados a tratar el tema del monarca justo y del derecho de resistir cuando se ha vuelto tirano.

Carlyle, en su trabajo que citamos, da varios ejemplos de esta obligación del Monarca de actuar con justicia, que pueden ser entendidos como una anticipación de la Carta Magna de 1215. Es decir, el monarca actuando limitado por la ley.

Este autor va citando a diversos autores representativos de esta doctrina en la época medieval a saber:

**Bracton**, nos dice que “la autoridad del rey es la autoridad del derecho (jus), en consecuencia, cuando el rey cumple la justicia, es el vicario del Rey eterno, pero cuando comete una injusticia, es el servidor de Satanás”; “el rey no tiene, ciertamente igual en su reino, pero que está sometido a Dios y a la ley”.

**Jean de Salisbury**, en el siglo XII, sostenía que “la diferencia entre el príncipe y el tirano es que el príncipe obedece a la ley y gobierna su pueblo conforme al derecho, en tanto que el tirano no está jamás satisfecho sino cuando abroga la ley y reduce su pueblo a la esclavitud...El príncipe es el servidor del bien común y de la equidad”.

**Tomas de Aquino**, refiriéndose a la justicia, dice que “el poder temporal es de origen divino, pero que los hombres están obligados a obedecer al príncipe secular solamente en la medida en que lo ordena la justicia” de lo que se sigue que “sí el príncipe goza de una autoridad usurpada, o si sus mandatos son

---

<sup>15</sup> Ibid. Carlyle, A. J. citando “De Duodecim Abusiuis Saeculi”, 9na. ed. S. Hellman, 1908”.

injustos, los súbditos están relevados de su obediencia". Y, a propósito de lo mismo declara que la rebelión (seditio) es en efecto un pecado mortal, pero que rebelarse contra una autoridad injusta no es rebelión.

*ii. El declinar del ius naturalismo religioso.*

Un segundo aporte, muy relevante, a la doctrina del derecho natural en la edad media es el eclipse de la doctrina de base religiosa y la aparición de las tesis basadas en la racionalidad.

En la llamada escolástica surgen interesantes aportaciones al distinguir entre un derecho natural primario cuyos preceptos son absolutos e inmutables pues afectan al mismo Ser de Dios y, un derecho natural secundario, cuyos preceptos o materias tratan del llamado orden creado. Esta idea que viene de la patrística en la Edad media se convierte en una doctrina de jerarquía en el derecho natural. Ideas que serán formuladas con gran sistematización por autores como Tomás de Aquino y Duns Escoto.

Pero, serán las propias doctrinas de ley eterna, ley natural y ley humana que se promovieron en la edad media las que contienen en si mismas el germen de su descrédito, lo que viene por la vía de la validez de los conceptos universales que predicaban estos iusnaturalistas. Lo primero es que en esta doctrina no había conceptos o ideas universales que se correspondieran con la realidad. Lo segundo, es que los conceptos elementales de la doctrina como eran naturaleza humana, ley eterna, ley natural, derecho, justicia, equidad, etc. como conceptos sustantivos, además de las ideas de inmutabilidad y universalidad carecían de un significado real, no eran mas que una ficción creada por la mente humana.

Ello conduce a las doctrinas intelectualistas y voluntaristas de la ley, donde la doctrina intelectualista es la que nos interesa destacar pues sus exponentes llegan a considerar a la ley como la expresión de la recta razón, de manera que si ocurriera que no existe la razón divina, existiría siempre la que proviene de los dictados de la sana razón. Entonces, esa razón recta, pasaría a ocupar el lugar de fuente determinante de lo que es bueno y lo que es justo en lugar de la divinidad. Así, el intelectualismo en una de sus corrientes dejaba abierto el camino al positivismo jurídico estableciendo que no hay nada en la naturaleza de

las cosas que pueda establecer el valor de lo bueno y lo justo sino que todo depende de la autoridad que es la que determina la norma jurídica.

Otra corriente del intelectualismo medieval conduce a la racionalización y sistematización del derecho natural.

Finalmente, es el luteranismo la doctrina que pondrá término definitivo a las doctrinas ius naturalistas de raigambre religiosa de la escolástica medieval merced a su distinción entre fe y razón y, la separación de los ordenes de justicia. Un orden inmutable dado por la justicia divina y el ius divinum y, un orden continuamente cambiante de la justicia humana dado en el ius humanum. A partir de estas ideas se dan en el período siguiente las doctrinas de Melanchton, Zuinglio y Calvino. Todos estos, líderes intelectuales visibles del protestantismo y, de quienes surge toda una corriente doctrinal dentro del ius naturalismo.

### **c) La época moderna <sup>16</sup>**

La idea mas distintiva que podemos predicar del periodo moderno es la secularización. Ello porque las explicaciones sobre la validez y el contenido del derecho natural se sitúan ahora en el hombre y no en una idea de teología moral. La explicación de ello es que como consecuencia del individualismo que surge del humanismo y del protestantismo se produce una separación cada vez mas tajante entre las dos tendencias que se habían hecho presentes en la postrimería de la edad media como son el intelectualismo racionalista y las doctrinas voluntaristas del derecho.

#### *i. La doctrina intelectualista.*

Mientras el voluntarismo radical sostenía que hay una indeterminación absoluta de todos los órdenes éticos y jurídicos. La tendencia intelectualista radicalizada también lleva a considerar que la ley sólo es ley en cuanto sea la expresión de la recta razón.

Dicha recta razón sustituye definitivamente a la razón divina y a su vez la razón divina es reemplazada en una visión más religiosa por la voluntad del Monarca

---

<sup>16</sup> Esta parte de nuestro trabajo está basado en parte en la obra de Rodríguez Molinero, "Derecho natural e historia" particularmente los capítulos II, III y IV, pero en un planteamiento diferente al autor. Dicho autor ha trabajado las citas de autores en función de una hipótesis de trabajo que se plantea en su obra que es buscar la historicidad del derecho natural. Nosotros hemos seguido el planteamiento de ocupar dichas referencias para hacer una descripción histórica del periodo.

absoluto. Todo este proceso de radicalización de estas tendencias concluye en la época moderna.

La razón humana o la recta razón, se constituye en la fuente primordial del contenido del derecho natural. En efecto, se considera que solo la razón puede darnos una idea certera de lo justo y lo injusto, siendo naturalmente justo, lo que es éticamente racional y, naturalmente injusto, lo que no se acuerda con los dictados de la recta razón. Igual como un axioma matemático existirían principios ius naturales que nadie puede negar y nadie puede contravenir por ser racionalmente claros y evidentes y por lo mismo son inmutables. No están sujetos entonces a la historicidad. El método para acceder a su conocimiento es el método deductivo con el que se puede llegar a conocer y construir un sistema de derecho natural por medio de una ilación lógica necesaria.

La inmutabilidad no alcanza sólo a los primeros principios sino a todo el contenido normativo del derecho natural.

*ii. Las doctrinas subjetivistas del contenido del derecho natural.*

Es en la época moderna donde se subjetiviza el contenido del derecho natural. Ello es así porque poco a poco se va dando forma a un catálogo de derechos naturales innatos (*iura connata*) considerados inmutables o cuasi inmutables (*quasi inmutabilia*), inviolables en todo tiempo, los que toda legislación positiva debe respetar por venir dados estos por la propia naturaleza. Se trata de derechos tales como la libertad, la propiedad, la seguridad individual, etc.

Esta doctrina subjetivista del contenido inmutable del derecho natural, logra su más amplia expresión en el movimiento del constitucionalismo liberal, y se manifiesta en las declaraciones de derechos de hombre y del ciudadano de la Constitución Norteamericana y en la de la Revolución francesa. Es la máxima expresión del ideal iluminista; los derechos del hombre son presentados frente al derecho positivo como un orden natural invulnerable.

Frente esos derechos surge el otro catálogo de los deberes fundamentales del hombre para consigo mismo y con los demás miembros de la humanidad. Todos estos ideales serán recogidos por las constituciones políticas de los estados adquiriendo así una relevancia positiva; pero por otro lado llevan el germen de la

contradicción ad initio pues representan el devenir histórico de su época y con ello el derecho natural deja de ser intemporal.

Este acercamiento a la historicidad del hombre en los hechos conduce a negar la inmutabilidad del derecho natural. El derecho natural será el reflejo de una época histórica concreta, no será intemporal.

*iii. El derecho natural se convierte en ciencia autónoma con su propio objeto.*

Esta pretensión de sistematización ya había partido con la escolástica española en la edad media, pero en la época moderna adquiere nuevos alcances, buscándose un desarrollo amplio y estrictamente ordenado del contenido normativo del derecho natural.

La idea de racionalidad radical conduce a la negación de la historicidad del derecho hacia finales del período moderno con Christian Wolf<sup>17</sup>, quien más bien es un representante de la ilustración, pero que nunca abandona sus raíces escolásticas. Sus escritos más importantes son “Ius Naturae método científica pertractatum”, “Ius Gentium método científica pertractatum” y “Institutiones iuris et gentium”.

Esta racionalización comienza con Hugo Grocio cuyas obras más importantes conocidas son “De iure praedae”, “Mare liberum” y, principalmente “De iure belli ac pacis”. Grocio ofrece algunas cosas nuevas como es la ya indicada contraposición entre un estado de naturaleza virgen y otro estado de naturaleza caída. Ideas que son retomadas por Thomas Hobbes y Jean Jacques Rousseau quienes usan las denominaciones de estado naturaleza pre-social o pre-positivo y un estado regido por una organización social y estatal y por leyes positivas.

La sistematización del derecho natural que se pretende, se hace evidente, como hemos dicho con Puffendorf, quien le da un contenido subjetivo con la doctrina de los deberes del hombre y del ciudadano.

---

<sup>17</sup> Rodríguez Molinero, Mariano. “Derecho Natural e Historia”, Capítulos III y IV.

### **3. La inferencia a partir de la naturaleza de la cosa.**

#### **a) Antecedentes.**

La época contemporánea ha sido descrita por los autores como un período en que la doctrina del derecho natural o las doctrinas, así en plural, han sido eclipsadas por el auge del positivismo que se dio con posterioridad a la revolución francesa. Sin embargo ello no es tan exacto porque ha sido esta época y ya incubándose desde mediados del siglo XVII cuando comienza a aparecer una versión de ius naturalismo, por obra principalmente de la tradición jurídica alemana, basada en la naturaleza de la cosa.

Expresiones como “Natur der sache”, “sachlogische Struckturen” (estructuras lógico materiales), “ontologische Grundgegebenheiten” (datos ontológicos fundamentales) conllevan una fuerte analogía conceptual.

La inferencia basada en la naturaleza de la cosa, es un ejemplo de la penetración del derecho natural en el derecho positivo por obra de algunos juristas alemanes del siglo XVIII como Gallus Klienschrod y Antón Justus Thibaut. El primero de ellos nunca llegó a plantear claramente que ha de entenderse por naturaleza de la cosa; el segundo autor, en su obra “Teoría de la interpretación lógica del derecho romano”, publicada en 1799, fue más elocuente cuando expresaba que “No hay pocas materias en la que los juristas y el Emperador no puedan decidir de acuerdo con la naturaleza de la cosa. Como entre nosotros nada impide al Juez seguir a su razón cuando el derecho positivo no se lo prohíbe expresamente, no hay ninguna duda que no se puede negar la utilidad practica de este método”. Esta tradición de una larga raigambre en la doctrina alemana sigue presente hasta mediados del siglo pasado aunque ha sido objeto de severas críticas a partir de un valor fundamental como es la seguridad jurídica.

En la doctrina alemana se desarrollan dos grandes escuelas, la de los analogistas (Analogistenschule) que trata de elaborar un derecho privado comun aplicando a los derechos particulares el método de la analogía. Y, la escuela especulativa (spekulativeschule) que para superar la insuficiencia de fuentes introduce el concepto “naturaleza de la cosa” o “naturaleza de las instituciones alemanas”. A esta última escuela pertenecieron juristas alemanes como Posse, Schmalz, Reyscher y Runde.

De todos ellos, quien mejor parece explicar la funcionalidad del concepto naturaleza de la cosa es Runde, cuando señala que en ausencia de leyes y de normas consuetudinarias “es posible inferir a partir de la naturaleza de la cosa una institución jurídica alemana reconocida por la ley, por el derecho consuetudinario o por los convenios de los particulares, y esta inferencia (a partir de la naturaleza de la cosa) tiene validez general al igual que la sana razón, tiene además aplicación cuando faltan disposiciones positivas, en la decisión de conflictos, al igual que los otros principios jurídico racionales”. Con Reyscher, el acercamiento de la inferencia a partir de la naturaleza de la cosa al derecho natural, se hace más evidente, al identificar la naturaleza de la cosa con el derecho racional absoluto que entonces era entendido como el conjunto de principios de validez universal deducidos por la razón.

**b) La naturaleza de la cosa o la estructura lógica de la cosa como fuente supletoria de última instancia en el derecho.**

El concepto “naturaleza de la cosa” o “Natur der Sache”, es muy antiguo en el derecho; sus orígenes se hunden en la tradición germánica y latina y ha llegado hasta nuestros días como en una oposición a las versiones tradicionales del iusnaturalismo. Lo concreto es que cuando en las tradiciones jurídicas europeas se refieren a esta idea de la naturaleza de la cosa lo hacen por referencia a la doctrina alemana donde comienza a tener gran importancia en la teoría del derecho natural de la época de la ilustración y también por referencia a las fuentes de la jurisprudencia alemana.

Pero, es Luis Reyscher, quien mejor ejemplifica esta relación entre derecho natural y naturaleza de la cosa y, cuya influencia se expresa en la escuela histórica del derecho, cuando expresaba que “cuando las fuentes históricas no son suficientes, hay que recurrir a la naturaleza de la cosa que, en última instancia, no es otra cosa que la aplicación del derecho natural, es decir, una razón natural (naturales ratio) aplicada a la naturaleza de las relaciones dadas”. Ahora, tanto la escuela especulativa como la de los analogistas incorporaron la naturaleza de la cosa como una fuente del derecho.

Ya en el siglo XIX, por 1803, el procesalista alemán Kart Grolmann en su “Teoría del proceso judicial en los conflictos jurídicos privados según el derecho común alemán” cuando expone el análisis de las fuentes del derecho se refiere a

la naturaleza de la cosa ubicándola entre las fuentes mediatas del derecho, y lo explicaba así, “entre las fuentes legales mediatas ocupa una posición fundamental la naturaleza de la cosa, es decir las reglas derivadas de la esencia y finalidad de una institución pues cuando las leyes no disponen exactamente, autorizan tácitamente aquello que se deduce de la esencia de una institución y también aquellas reglas que derivan del concepto de finalidad de una determinada acción o institución”<sup>18</sup>. Esta línea de pensamiento fue continuada por otros procesalistas alemanes como Ludwig von Gaisberg, Justus von Linde, Jeronymus von Bayer, Theodor von Brackenhoeft y Wilhelm Müller, cuyas obras no señalaremos por tener sólo un interés histórico.

Es en la escuela histórica del derecho donde la naturaleza de la cosa adquiere su mayor desarrollo y creemos que, por formación, podría haber llegado de ahí a F. Martens, el jurista ruso alemán de que trataremos luego. Autores como Kart Mittermeier remiten este concepto a las fuentes supletorias mientras otros como Kart Friedrich Eichhorn, refieren este concepto sólo a las esencias de las instituciones jurídicas. Friedrich Karl von Savigny y Georg Puchta desarrollaron la teoría del derecho de los juristas, la cual podía apreciarse en dos aspectos, por una parte el derecho consuetudinario creado por la convicción de los juristas que se manifestaba en la aplicación que del derecho hacían los tribunales y en la “*communis opinio doctorum*”. En otro aspecto, tenemos la corriente que se conocía como el derecho científico, en el cual la naturaleza de la cosa fue recogida por la teoría de las fuentes del derecho y la de las lagunas legales.

Sin embargo, nadie podía dar una explicación conceptual precisa de lo que era la naturaleza de la cosa. A veces, significa naturaleza jurídica de algo, otras veces, significa conjunto de normas jurídicas que establecen una institución, como un concepto en el que se haya subsumido un fenómeno jurídico y social concreto. Con Kart Wächter, la naturaleza de la cosa se identificó con el recurso a la analogía, cuando no era posible encontrar por medio de ella la solución a un problema.

Algunas ideas diferentes, respecto al concepto naturaleza de la cosa, las encontramos en autores como los siguientes:

---

<sup>18</sup> Dreier, R. “Zum Begriff der Natur der Sache”, Cuaderno Nº 9 de Münsterische Beiträge zur Rechts – und Staatswissenschaft, de la Westfälische Wilhelms – Universität en Munster. Walter de Gruyter & Co. Berlin 1965. Citado por Floris Margadant, Guillermo, en nota bibliográfica al ensayo de Radbruch “La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento”.

**Luis Recasens Siches:** “Cosa es toda aquella materia susceptible de regulación jurídica, toda relación social entre humanos que sea o deba ser regida por el Derecho” ; “se refiere entonces, no sólo a cosas naturales, sino a seres humanos, colectividades, actos, meras omisiones ; no se refiere sólo a lo material o puramente físico, sino también a puntos de referencia de estructuras y relaciones sociales, a sistemas normativos extrajurídicos, convicciones, ideologías, en fin, involucra hasta juicios de valor, incluyendo la ley objetiva peculiar, propia de los diversos ámbitos de actividad y comunidades del hombre”. Este es un concepto amplio de cosa, involucra cosas corporales e incorpóreas y, también, la naturaleza animada e inanimada.

**Radbruch:** “cosa significa materia prima, el material del derecho, los factores reales de la legislación, o sea, los estados naturales, sociales y jurídicos con que el legislador se encuentra y que somete a su reglamentación”. Por otra parte, “Naturaleza es el conjunto de caracteres de todas las "cosas" que pertenecen a la misma categoría, experimentalmente comprobables”, de donde resulta que “naturaleza de las cosas” significa “conjunto de características empíricamente verificables que constantemente presentan los hechos sociales que forman parte de una misma categoría”. Nótese que usa el plural y no el singular.

**Montesquieu** se refiere a la existencia de una naturaleza de las cosas como “conjunto de las leyes naturales, tanto las que rigen la naturaleza humana como las que rigen el resto de la naturaleza”. Así, tendríamos una naturaleza en las cosas que hace patente la circunstancia que el derecho se va creando a partir de una realidad histórica y cultural dadas y, también, una realidad físico natural.

Los problemas económicos, sociales, políticos, geográficos y de toda otra índole como son los problemas medio ambientales, que en mayoría son consecuencia de la intervención humana en el paisaje natural, los avances y progresos de la técnica que son tan avasalladores que el derecho no alcanza a reconocerlos cuando ya están superados por nuevas técnicas que conllevan muchas veces graves consecuencias para la supervivencia de la humanidad. Todos estos fenómenos que a diario muestran lo cambiante de las necesidades humanas y sociales, la urgencia por satisfacerlas, la aparición de nuevas pautas de valores y la jerarquización de los mismos en función de esa realidad y que en sentido amplio se les llama “cosas” nos demuestra que estas tienen una naturaleza que determina la ética, los valores, y la creación del derecho.

La doctrina de **Legaz y Lacambra** dice relación tanto a la naturaleza del hombre, con sus facultades naturales, sus instintos, su teleología, como la legalidad objetiva que es propia de los distintos ámbitos de la actividad y la convivencia humana, y al orden que penetra a todas las cosas del mundo social<sup>19</sup>. Para ello no bastan criterios jurídicos, pues se hace necesario tener en cuenta muchos aspectos de hecho que valen como imperativos y que ponen límite a la libre voluntad del legislador positivo. Agrega que, en la ciencia jurídica moderna, especialmente por obra de autores germanos con Ihering, Radbruch, Welzel y Coing, la expresión "naturaleza de las cosas" adquiere un significado no necesariamente iusnaturalista, que en muchos casos vendría a obrar como enlace entre en Derecho abstracto y un Derecho existencial. Más, generalmente, se usa esta expresión en un intento de buscar las conexiones reales y fácticas que necesariamente debe tener en cuenta el Derecho positivo y de las que no puede prescindir. Legaz remite a la problematicidad del tema del derecho natural diciendo que si el derecho es un punto de vista acerca de la justicia, entonces el derecho natural tendría que ser el mejor de esos puntos de vista<sup>20</sup>, «la justicia en formulación programática más pura y en este sentido es mas derecho que el mismo derecho positivo por ser con mayor pureza que éste “un punto de vista sobre la justicia” ; pero es menos derecho que el derecho positivo, en cuanto que no es una forma social vivida, sino una forma vivible o posible ».

Legaz nos enseña que “la esencia de la norma es ser la objetivación de una forma del vivir social, y la vida social es una, realidad existencial, un substrato fáctico de la norma, y puede decirse que el Derecho es la unidad de este substrato y su objetivación normativa”. Sobre esta base comprende Legaz el Derecho, como “una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia” <sup>21</sup>

Legaz es seguidor de Ortega y en tal perspectiva nos dirá que el hombre tiene ciertamente una naturaleza pero esa naturaleza es una naturaleza histórica, por ser la historicidad algo propio del hombre, propiedad trascendental de la persona humana. Siendo el derecho una obra humana, y siendo la naturaleza una naturaleza histórica, el derecho participa de esa dimensión histórica del hombre.

---

<sup>19</sup> Rodríguez Molinero, Mariano. “Derecho Natural e Historia”, capítulo IV, citando a Legaz y Lacambra.

<sup>20</sup> Rodríguez Molineros, M. Obra citada pág. 397 y ss.

<sup>21</sup> Díaz, Elías, en el Artículo publicado en internet con el título “El sentido político del iusnaturalismo”. [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP\\_124\\_067.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_124_067.pdf) (marzo 2010), citando a Legaz y Lacambra.

**H. Mitteis**, plantea el problema de la naturaleza de las cosas como fundamento del derecho natural indicando que es posible detectar en la historia del derecho de una comunidad, la existencia de una serie de motivos que de modo permanente configuran y modelan la evolución histórica del derecho de dicha comunidad. Sostiene que conociendo dichos principios supremos sería posible llegar a descubrir la presencia de la idea de derecho que subyace en el inconsciente de dicha comunidad. Plantea la existencia del principio de consecuencia por el cual una vez establecido por un procedimiento racional espontáneo el “orden jurídico básico” de una comunidad jurídica, todo el orden jurídico posterior que se haya de establecer en ella será derivación lógica del orden jurídico básico establecido originariamente.

Entonces, es la doctrina de que el derecho natural como suma de los principios jurídicos supremos ha de servir de enlace entre la idea de derecho de una comunidad y el derecho positivo; idea de derecho que es la justicia.

### **c) La relación entre naturaleza de la cosa y derecho cultural.**

**H. Coing**, es quien mejor ha afirmado la doctrina del derecho natural siguiendo estas ideas. Primero concibe una idea de derecho basado en la ética material de los valores; luego toma la idea de la naturaleza de la cosa como complemento de la anterior, para llegar a establecer una nueva doctrina de derecho natural que esta relacionada con la cultura. Siendo el derecho una creación humana, no es una creación arbitraria y totalmente discrecional sino que tiene que servir a determinados fines.

El derecho de una comunidad estaría delimitado por legalidades objetivas previamente dadas, como ciertos datos objetivos previos y que operan en la configuración del contenido normativo del derecho. Legalidades objetivas que pueden fijar los límites de todo derecho posible<sup>22</sup>.

Ello nos conduce a que el derecho se puede abordar de una dimensión puramente teórica como un fenómeno social que es expresión de valores y realidades cognoscibles por el hombre y que determinan su conducta y que por constituir parte del mundo en que vive, determinan el contenido del derecho que una determinada sociedad se da. Coing, señala que hay que buscar alguna

---

<sup>22</sup> Rodríguez Molinero, M. obra citada.

forma de entender la justicia y, para ello, habría que encontrarla en la naturaleza de las cosas<sup>23</sup>.

Reconoce que con este concepto no se alude sólo a los objetos en su particularidad que entran en juego en la vida jurídica sino que también a la condición de las personas y las relaciones jurídicas. De ahí que – como lo planteara Legaz<sup>24</sup> - la naturaleza de las cosas hace referencia primariamente a la naturaleza humana.

#### **d) Naturaleza de la cosa, justicia y valores.**

Coing parte de la noción de los valores entre los cuales destaca a la justicia. Intentará probar la existencia de valores morales subsistentes por si mismos y la posibilidad de su conocimiento evidente por parte del hombre. Así, la justicia sería un valor objetivo en si mismo que ocupa el lugar supremo entre los demás valores jurídicos. Hacer inteligible la idea de justicia, o, cuál sea la medida de la justicia es un problema de gran complejidad y el tema eterno de la filosofía.

Entendida en este sentido amplio, la naturaleza de las cosas nos remite a un ordenamiento objetivo inmanente al que la idea de justicia debería acomodarse. Orden objetivo de legalidades previamente dadas donde descansaría la idea de derecho de una determinada comunidad.

Entonces, en esa perspectiva, la justicia como medida objetiva de la realidad debe estar conforme a la realidad de las cosas. Siendo así, la naturaleza de las cosas, también hace referencia a una peculiar legalidad objetiva de los hechos sociales.

El derecho natural sería aquel orden jurídico que satisface las exigencias morales de la idea de derecho en una sociedad y la hacen jurídicamente realizable y, aunque sus proposiciones trascienden a la idea de derecho y se acomodan a la naturaleza de las cosas, tienen validez siempre y en todo lugar. De ahí se sigue que sus preceptos no tendrían condicionamientos de tiempo ni lugar ni situación histórica. Sus proposiciones serían el modelo que permite ir colmando las lagunas del derecho positivo.

---

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> Díaz, Elias. "El Sentido político del iusnaturalismo" Obra citada.

### e) La perspectiva del derecho natural como fenómeno cultural.

En una perspectiva que parece tener relación con la antropología social, Mitteis se refiere al derecho natural como un derecho cultural, en sentido que tiene más relación con el concepto de cultura que con el concepto naturaleza. Así, el derecho natural estaría referido más a metas y valores compartidos por una comunidad, un pensamiento finalista y teleológico, y no sólo a algo previamente dado por la naturaleza; aunque, sin excluirla del todo.

En efecto, como señala Malinowski, los seres humanos forman parte de grupos tradicionales desde su nacimiento o por incorporación posterior. Estos se organizan, siendo el elemento humano, de la forma de organización que se crea, elemento humano regulado por relaciones de cooperación, por principios como la autoridad, la división de funciones y la distribución de privilegios y deberes. Las reglas sobre las cuales están constituidas estas organizaciones sociales creadas, son las destrezas, los hábitos y los preceptos legales o mandamientos éticos, los cuales son aceptados por los miembros de la organización social o bien les son impuestos.

En otra perspectiva, **Lévi Strauss** plantea que existen estructuras que generan realidad empírica y que no pueden ser descritas o descubiertas por medio de un análisis del mundo fenoménico. Este autor a menudo es criticado como idealista pero lo cierto es que pone su énfasis en describir las estructuras sociales e ideológicas en función de estructuras de la mente<sup>25</sup>. El derecho es una estructura más.

Ahora, siendo el hombre un creador de cultura y, siendo las comunidades humanas las portadoras de la cultura, tenemos que el derecho natural es aquel sistema jurídico de rango superior que es conforme a la naturaleza del hombre, no como individuo singular o como ser natural, sino como miembro de una comunidad humana, miembro de una sociedad determinada.

En una visión puramente antropológica diríamos que la “idea de derecho” de una comunidad es una especial categoría de los hechos que Lévi-Strauss llamaba “lo diacrónico o inconsciente, o infrasistema inconsciente, el cual es esencialmente dinámico y desequilibrado; que comprende a la vez legados del pasado y

---

<sup>25</sup> Khan, J.S. “El concepto de cultura, textos fundamentales”. Introducción. Barcelona, 1975.

tendencias del futuro aun no realizadas”. Mientras “lo sincrónico es lo consciente, lo que tiene coherencia”, pero como dice Marx los aspectos inconscientes también están presentes en lo colectivo, también en el derecho positivo<sup>26</sup>.

En esta perspectiva, considerando al derecho natural como aquel que encarna el derecho recto que está inmerso en la conciencia jurídica de una comunidad, se concluye que el derecho positivo lo que haría es ser el realizador de esa idea de derecho recto, y no una derivación del primero. Concordando con Legaz, sí el derecho es un punto de vista acerca de la justicia, entonces el derecho natural tendría que ser el mejor de esos puntos de vista.

Y así, siendo los fenómenos culturales, y el derecho lo es, la consecuencia de la presencia de determinadas necesidades básicas y de la posibilidad de satisfacerlas, podríamos entender la existencia de un derecho natural como un rasgo esencial de la cultura, tal como la vivimos y la podemos observar empíricamente en la organización de los seres humanos en grupos permanentes. Tales hechos estarían relacionados por cierto acuerdo, por leyes y costumbres tradicionales, por algo que se corresponde con lo que Rousseau llama el contrato social<sup>27</sup>.

Podemos, en otra perspectiva, funcionalista, a partir de denominada teoría de la conducta organizada<sup>28</sup>, encontrar una explicación científica del fenómeno cultural que es la existencia de un así llamado derecho natural y que es más propiamente adecuado denominarlo derecho en la naturaleza de las cosas. Pero, podríamos decir que la concepción de derecho cultural, ósea un derecho natural que responde a la idea de derecho que tiene una determinada sociedad, es la negación misma de que exista un único derecho natural. En efecto, si dos culturas que habitan regiones naturales diferentes, o muy semejantes, son distintas, esto significa que han definido de diferente manera los problemas que les plantea el mundo exterior y consecuentemente les han dado soluciones diferentes. La base de comparación entre ambas sociedades está en los instrumentos empleados para encontrar la solución. Ahora, ese instrumento según Rodríguez Molineros es la lógica.

---

<sup>26</sup> Lévi-Strauss, Claude. “Antropología Estructural”, Introducción, XXXIII; EUDEBA, Buenos Aires, 1972.

<sup>27</sup> Malinowski, Bronislaw. “Una teoría científica de la cultura y otros ensayos”. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1976.

<sup>28</sup> Malinowski, B. Obra citada.

Considerar que hay un derecho en el plano puramente formal que es idéntico a todas las culturas, es el camino equivocado, lo que hay que encontrar es lo que hay de diferencia entre las diferentes ideas de derecho que tienen diferentes culturas y que es lo común entre todas. Una idea común a todas las culturas es que el hombre tiene una cierta naturaleza que lo hace acreedor de cierta categoría de derechos que le son propios y que todos están obligados a respetar.

#### **4. El problema del derecho y la guerra<sup>29</sup>.**

##### **a) La vinculación entre derecho y guerra.**

En esta perspectiva los autores se plantean la pregunta acerca de si puede la Guerra ser objeto de regulación jurídica. Dicho en otra forma, se preguntan si cabe un sometimiento de la Guerra al Derecho o si por el contrario la guerra se encuentra al margen de todo derecho.

Este tema ha sido del interés de los más importantes juristas y filósofos del derecho de nuestro tiempo a saber, Giorgio del Vecchio, Alvaro D'Ors, Norberto Bobbio, Brian Macintyre, David Aron, Antonio Truyol y Serra, Innerarity, Dworkin, Pernoud (historiadora medievalista), Oriol Casanovas La Rosa, Lucas Verdú y un autor cercano a nosotros, Carlos Errázuriz Mackenna, quien indirectamente toca el tema, al tratar la relación entre el derecho natural y el derecho internacional. Juan Antonio Martínez en un artículo del cual es autor denominado "Guerra y Derecho Internacional" trata de dar respuesta a esta pregunta y se plantea, además, otra pregunta: ¿Es la guerra un modo de ejercitar el propio derecho?

A pesar de que la realidad demuestra que el sometimiento de la guerra al derecho depende de múltiples factores que tienen que ver con la situación de poder y riqueza de un estado, la respuesta parece ser afirmativa por los siguientes motivos:

- i. Sólo si la guerra es sometida al derecho puede dejar de ser como la respuesta a un estado de necesidad o la ultima ratio en determinadas situaciones.*

---

<sup>29</sup> Montoro Ballesteros, Alberto. "Reflexiones sobre el problema de la guerra y la paz internacional". Revista de estudios políticos Nueva Época, número 51 mayo – junio de 1986. Madrid. (Este artículo ha sido trabajado como guía para esta parte, pero hemos dejando de lado algunos aspectos del mismo que se hayan superados por la realidad histórica. En lo referido a las armas nucleares, dicho artículo es anterior a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia y expresa una visión favorable a su utilización en legítima defensa, visión que actualmente podría decirse está superada. Con todo, las citas bibliográficas que contiene, han resultado muy útiles a nuestro trabajo).  
[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_051\\_054.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_051_054.pdf) (marzo 2010).

- ii. *Que, si bien la guerra ha sido considerada como algo esencial al hombre y, a pesar de ser las guerras históricamente relevantes, no por ello son inevitables.*

En efecto, porque aceptar la guerra como algo inevitable significaría que acogemos las doctrinas deterministas en que la libertad del hombre se anula. Al contrario, el hombre nunca deja ser libre cuando opta por la guerra o prefiere evitarla. Otra cosa es, sí resulta racional la decisión de renunciar a la guerra cuando hay otros que se preparan para ella.

- iii. *La propia calificación de la guerra es jurídica y, siendo así, necesariamente, debe ser objeto de regulación por el derecho porque de contrario el juicio sobre la legitimidad de la guerra vendría dado por el resultado de la misma, por el hecho consumado, quedando excluidas las posibilidades de que exista un uso legítimo de la fuerza, en definitiva, que se excluya la posibilidad de una guerra justa.*

Siguiendo a Bobbio, supuesta la relación entre derecho y fuerza, siendo el derecho una forma de distribución de la fuerza, entonces la guerra sería una forma de regulada de uso de la fuerza.

Hay autores que piensan que a partir de 1928 con el pacto de Briand Kellogg, la guerra ha sido excluida como medio de solución de las controversias internacionales<sup>30</sup>.

Pero, la guerra, como fenómeno social inherente al hombre, va mas allá de la confrontación entre estados nacionales, también hay guerras no internacionales para las cuales el derecho internacional ha debido buscar una regulación en la Conferencia sobre reafirmación y desarrollo del derecho internacional humanitario que concluyó como veremos en los Protocolos adicionales a los Convenios de

---

<sup>30</sup> Hay un error de apreciación en quienes piensan que el pacto de Briand Kellogg ha prohibido la guerra así sin otra consideración. Más preciso es considerar que los concurrentes a la Conferencia de Paris acordaron renunciar a la guerra como medio de solución de las controversias entre ellos, y que tal cuestión forma parte de una política más amplia, conciliatoria con Alemania de parte de Aristide Briand, el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia. Dicho contexto internacional, por lado alemán, viene dado por el esfuerzo de Stressemann por estabilizar la frontera con Francia para terminar la ocupación militar de la orilla occidental del Rhin y, de pasada, postergar el pago de reparaciones de guerra para más adelante. Previo al pacto Briand Kellogg están los Acuerdos de Locarno de 1925 donde Alemania reconoció la frontera francesa para aliviar las tensiones pero la frontera polaca no fue reconocida. Luego se inicia la cooperación con Rusia para que los militares alemanes recibieran entrenamiento en su territorio ruso violando flagrantemente el tratado de Versalles. Así el pacto de Briand Kellogg nunca fue firmado de buena fe por los alemanes. Como posteriormente diría Stressemann “hemos dado en el traste con el tratado de Versalles”. Citado por R.A.C. Parker, en Historia Universal siglo XXI, volumen 34 capítulo 5 sección II paginas 89 – 98. Editorial siglo XXI, México, 1991.

Ginebra de 1949, dados en Ginebra el 8 de junio de 1977. Previo a ello y como consecuencia de los hechos acaecidos en la guerra civil española, al terminar la segunda guerra mundial, en la Conferencia de Ginebra de 1949, se incorporaba el artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra el que hacía aplicables sus disposiciones a los conflictos armados no internacionales.

*iv. A contrario de lo anterior, en que guerra es expresión del uso legítimo de la fuerza, tenemos la situación en que la guerra se excluye totalmente, y en tal caso deja al hombre inerme, sin posibilidades de defenderse, siendo la legítima defensa, en sí misma, un derecho natural.*

La exclusión total de la guerra por el derecho, resulta ser una ilusión porque llevaría al imperio de la violencia donde los estados, como en el estado naturaleza ilustrado por Thomas Hobbes, entrarían en una competencia y lucha de todos contra todos. El efecto indeseado de excluir la guerra como medio de defensa del derecho, supuesto que la guerra es una forma de distribución de la fuerza organizada por el derecho, llevaría a la barbarie, al crimen consumado y a la obtención de objetivos por la violencia, el imperio del más fuerte sobre los más débiles e incluso a su aniquilación.

Otro aspecto de la relación del derecho con fuerza en la guerra lo prueba el papel de los vencedores. Si la guerra no estuviera entregada a las limitaciones de iure tendríamos que, los vencedores, podrían imponer a los vencidos las condiciones que quisieran, como en la antigua Roma donde los vencidos eran vendidos como esclavos y les imponían vivir en una servidumbre sin límites. De tal modo el juicio de los vencedores siempre será inapelable.

De otro punto de vista, cuando la guerra está sometida al derecho, las condiciones de terminación del conflicto y aquellas que los vencedores pueden imponer a los vencidos son de iure, por ejemplo, el pago de reparaciones, sean en dinero o en especie, etc. Así, la no regulación de la guerra por el derecho, conduce a la imposición unilateral de los resultados al vencido, lejos de toda imparcialidad objetiva que es, en definitiva, lo que el derecho permite conseguir en el juicio. Hecha la prevención que siendo la guerra no sólo un fenómeno social, sino también político, su resolución y el juzgamiento de los culpables, es siempre un juicio político.

En definitiva, una guerra no regulada por el derecho significaría aceptar el punto de vista de aquellos que todavía piensan que “va acompañada de restricciones insignificantes que es casi inútil mencionar, que se imponen por sí mismas y son conocidas bajo el nombre de leyes y usos internacionales.”<sup>31</sup>

Entonces, la respuesta para la pregunta de si cabe una regulación jurídica de la guerra es afirmativa, aunque requiere ser matizada. Primero, porque si bien la guerra en lo que a la conducción de las hostilidades se refiere está siendo objeto de constante preocupación y regulación por los estados, también es cierta la precariedad del derecho de los conflictos armados. Segundo, hay que decir que los límites y condiciones en las que se desarrollan las hostilidades, no solo se hayan establecidos por el derecho convencional y por la costumbre humanitaria. También estos límites son esencialmente morales, porque están basados en principios que forman parte del contenido del derecho y, que están por encima del derecho que regula la conducción de las hostilidades militares, que es precisamente el tema que trata la Cláusula Martens, asunto que ha hecho ver jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia al tratar problemas de gran relevancia como la Opinión Consultiva sobre el asunto de las armas nucleares, las que no se hayan prohibidas por norma convencional alguna, pero cuyo empleo y amenaza están evidentemente prohibidos a la luz de dichos principios. Y, tercero, tampoco puede vincularse el tema de la guerra a un normativismo puro y simple, porque tal forma de considerar las cosas sería alejada de la realidad fáctica, y dejaría fuera de regulación todo aquello que la norma no hubiera considerado. Ahí está la Cláusula Martens.

Siendo la guerra un problema y una necesidad inexcusable para el derecho, no puede excluirse el conciliarla con una teoría de la guerra justa.

Hay, evidentemente, ciertos aspectos de la guerra sobre los cuales cabe un juicio estrictamente jurídico como por ejemplo el inicio de la guerra, la ruptura de las hostilidades, los medios a emplear, los objetivos militares, la regulación del armamento permitido y prohibido - una evaluación que sólo cabe hacerla en función de los efectos y en caso de duda se ha de entender prohibidos -, los métodos y técnicas de hacer la guerra, la situación de los neutrales, de las personas no combatientes, de los que están fuera de combate, etc.

---

<sup>31</sup> Von Clausewitz, Karl. “De la Guerra”, editorial Labor, Barcelona, 1992 página 45.

## **b) Guerra justa y guerra defensiva.**

El problema expresado lleva a los autores a preguntarse si es posible llegar a regular la guerra mediante la moral y el derecho.

La respuesta la ha dado la doctrina de la guerra justa, para la cual, de antaño, se ha predicado debía reunir los siguientes requisitos: Una autoridad legítima para declararla; una justa causa; recta intención y, observancia en la conducción de la guerra de determinadas normas. Doctrina que representa un término medio entre el pacifismo absoluto y, el belicismo absoluto, que consideraba lícita cualquier guerra.

Para algunos historiadores la realidad actual de la comunidad internacional y las características técnicas que ha alcanzado el armamento moderno ha colocado al mundo en una situación de que cualquiera guerra, por insignificante y limitada que fuera, podría poner al planeta en una situación de guerra total.

Pero la realidad es que si bien el mundo no tiene alejado el problema de la guerra total, se da la situación más grave de que las guerras actualmente no son entre entes estatales, sino que, en muchos casos, no distinguen fronteras políticas de los estados, las convierten en inútiles, como ha sido la guerra en Rhuanda y en Angola. Esta clase de guerras, que actualmente se desarrollan en África, guerras casi tribales, son menos posibles de ser reguladas por el derecho.

El otro problema que se plantea para el Derecho, la historia y, la filosofía, es la imposibilidad para el hombre de erradicar la guerra. Se impone así, el reconocimiento de la posibilidad de una guerra justa, tanto defensiva como ofensiva. Luego, a la licitud de la guerra defensiva se impone la ilicitud de la guerra de agresión<sup>32</sup>.

Para la doctrina clásica del Derecho era injusto hacer la guerra careciendo de derecho para ello; la doctrina actual considera injusto al que quebranta la paz con un acto de agresión, por ejemplo, el caso de Argentina en la guerra por la posesión de las islas Malvinas. Puede que su causa fuera justa, pero su acto de agresión fue el que justificó la condena internacional y legitimó la operación de castigo emprendida por el Reino Unido.

---

<sup>32</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio. "El derecho actual de la guerra y sus perspectivas". Valladolid 1961, paginas 6 a 8.

**c) La cuestión de la guerra defensiva y la naturaleza de las armas nucleares y de destrucción masiva.**

Hasta la actualidad persisten dos puntos de vistas en lo que la legitimidad de la guerra defensiva se refiere cuando el acto de agresión se ejecuta con armas nucleares u otras armas de destrucción masiva.

En relación con la legitimidad de la guerra defensiva ha dicho el Papa Pío XII, en el mensaje de navidad de 1948, que “Un pueblo o víctima de una agresión injusta, si quiere pensar y obrar cristianamente, no puede permanecer en una indiferencia pasiva porque hay bienes de tal importancia para la convivencia humana que su defensa contra la injusta agresión es, sin duda, legítima”<sup>33</sup>. Pero frente la agresión atómica cabe preguntarse si es que será posible tal defensa legítima.

El mismo Papa en el mensaje de navidad de 1953 decía “No se puede plantear la cuestión de la licitud de la guerra atómica, química y bacteriológica sino en el caso de que se la juzgue indispensable para defenderse de las condiciones indicadas (esto es, en el caso de una injusticia evidente y extremadamente grave de otra manera inevitable). Sin embargo, incluso entonces es preciso esforzarse por todos los medios en evitarla gracias a los acuerdos internacionales, nacionales o, en poner a su utilización límites bastante netos y estrechos para que sus efectos estén limitados a las exigencias estrictas de la defensa. Mas cuando la utilización de este medio escape enteramente al control del hombre, su utilización debe ser rechazada como inmoral. Aquí ya no se trataría de la defensa contra la injusticia y de la salvaguardia necesaria de posesiones legítimas, sino de la aniquilación pura y simple de toda vida humana en el interior de su radio de acción. Esto no está permitido bajo ningún título”<sup>34</sup>.

Con ocasión de la Opinión Consultiva sobre el empleo y amenaza con armas nucleares la Corte Internacional de Justicia no logró dar una respuesta concluyente para el asunto de su licitud o ilicitud, pero si se planteó este mismo problema y concluyó que en el estado actual del desarrollo del armamento nuclear no era posible asegurar que la respuesta atómica no comprometiera la

---

<sup>33</sup> Montoro Ballesteros, Alberto. “Reflexiones sobre el problema de la guerra y de la paz...”; Papa Pío XII, en los radiomensajes de navidad de 1948 y 1953. Obra citada, página 63.

<sup>34</sup> *Ibidem*, páginas 63 y 64.

supervivencia de otros no involucrados en el conflicto. Bobbio considera que esta clase de guerra defensiva no tiene razón de ser<sup>35</sup>.

La guerra en legítima defensa no tiene sentido cuando la agresión con armas nucleares porque sólo quien esté en condiciones de dar el primer golpe, es decir, el que ataca primero, sólo ese se encuentra, como dice Bobbio, en la condición favorable para hacer irrealizable el principio de la igualdad entre delito y castigo, y en consecuencia la guerra defensiva en el sentido tradicional de la palabra no existe. Tampoco existiría, como señalara Juan XXIII la llamada guerra justa.

En la agresión con armas atómicas, en el supuesto que el agredido pueda responder, las consecuencias de dicha defensa afectarían a toda la humanidad y no solo a los involucrados. No podría haber racionalidad en la estrategia del primer golpe porque equivaldría a legitimar la guerra preventiva.

Por otra parte, no podría existir la opción de defenderse de la agresión porque habría que agredir primero para evitar lo segundo. En consecuencia, la estrategia atómica no puede ser admitida en ninguna circunstancia pues su consecuencia

---

<sup>35</sup> Escribe Norberto Bobbio: “Queda el problema de la guerra defensiva, que se justifica sobre la base de un principio válido en todo ordenamiento y aceptado por toda doctrina moral: *vim vi repeliere licet*. Pero ¿acaso la estrategia de la guerra atómica permite aún mantener la distinción entre guerra ofensiva y guerra defensiva? Hay dos modos tradicionales de entender la segunda; en sentido estricto, como respuesta violenta a una violencia ejercida; en sentido amplio, como respuesta violenta a una violencia sólo temida o amenazante, es decir, como guerra preventiva.

En la estrategia atómica, la guerra defensiva en sentido estricto ha perdido toda razón de ser: es posible sólo sobre la base del principio de igualdad entre delito y castigo, siempre que haya una razonable probabilidad para el agredido de que el daño que puede infligir sea igual al sufrido. La estrategia atómica desmiente este principio: por más que las potencias atómicas suelen declarar que los medios atómicos tienen sólo fines defensivos y se utilizarán no para atacar sino para defenderse, los expertos han formulado repetidas veces la doctrina según la cual lo que importa en una guerra llevada a cabo con armas termonucleares es el primer golpe. Por tanto, quien ataca primero se encuentra en la condición favorable para hacer irrealizable el principio de la igualdad entre delito y castigo, y en consecuencia la guerra defensiva en el sentido tradicional de la palabra. En una guerra termonuclear la aplicación rigurosa del principio de igualdad entre delito y castigo llevaría, en última instancia, al suicidio universal.

Por lo que hace a la guerra de defensa preventiva, realizada con armas atómicas, se la justifica sobre la base del principio de que la defensa debe ser proporcional a la ofensa real o temida sólo en un sistema bipolar o pluripolar de potencias atómicas; pero en tal sistema la guerra preventiva sólo consigue su objetivo si logra destruir en el primer ataque el dispositivo termonuclear del adversario, impedir el contraataque, desde el momento en que la represalia atómica, si es aún posible, puede superar el umbral de destrucción tolerable de la potencia atacante. También en este caso la guerra defensiva atómica parece más un proyecto que un hecho realizable. Todo lo cual nos lleva a concluir que, tal como están las cosas, el dispositivo termonuclear es más un medio para impedir la acción del otro que para realizar la propia guerra. A menos que se quiera desencadenar una guerra de brutal agresión que tienda a provocar la situación opuesta a aquella en que se funda la guerra defensiva: no la situación de la igualdad entre delito y castigo, sino la del delito impune. Pero es obvio que en este caso nos encontramos ya fuera de la guerra defensiva y toda posibilidad de justificación queda anulada.”. “El problema de la guerra y las vías de la paz “. Editorial Gedisa, año 1982. págs. 55 y 56. Obra citada por Montoro Ballesteros, nota 45 página 65.

sería la aniquilación mutua de los contendientes y de una gran parte de la humanidad<sup>36</sup>.

Con el arma atómica no hay nada que distinguir, ni entre civiles ni combatientes, ni entre objetivos civiles ni militares. No hay fronteras que hagan la distinción, ni existe la proporcionalidad.

## **5. Planteamiento del tema.**

Sobre la base de las consideraciones anteriores y especialmente lo señalado a propósito de la relación entre Derecho, Cultura, y Valores, y prevista la relación entre derecho y guerra podemos estar en situación de entrar a especificar el tema.

### **a) El contexto.**

Este problema dice relación con el tema de la supralegalidad, con lo que se conoce como órdenes o valores indeterminados o en blanco, estándares jurídicos, conceptos válvula o máximas de experiencia, aunque su importancia tiene que ver con el modo en que el Juez se enfrenta a la prueba rendida en autos. Como son “en blanco” dan lugar a que sea el Juez quien por la vía de interpretación pueda tener en consideración los valores y principios que informan un determinado ordenamiento jurídico, llámeseles derecho natural, naturaleza de la cosa, etc. Dichos valores cobran mayor importancia a propósito de los temas del capítulo II de este trabajo. El problema de la supralegalidad nos remite a las formas que puede asumir la supralegalidad en la legislación<sup>37</sup> y refiriéndose a ellas el profesor A. Pedrals da cuenta de 3 casos, a saber:

#### *i. “Reconocimiento en la legislación de la primacía del derecho supralegal”:*

Se refiere al caso en que el legislador positivo expresamente reconoce que hay un derecho superior que lo limita. Es una situación que el autor que estamos citando considera no infrecuente y pone un ejemplo histórico: las leyes de estilo

---

<sup>36</sup> En este aspecto resulta ilustrativa la Opinión Consultiva sobre las armas nucleares de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, donde en el párrafo 69 La Corte señala que “Los Estados que consideran que el empleo de armas nucleares es ilegal señalaron que el objetivo de (las resoluciones de la Asamblea General que prohíben las armas nucleares) no era establecer nuevas normas sino simplemente confirmar el derecho consuetudinario relativo a la prohibición de medios y métodos de guerra, cuyo empleo, rebasaba lo permisible en situaciones de hostilidades”.

<sup>37</sup> Pedrals, Antonio. “Atisbos de supralegalidad en el ordenamiento jurídico”. Revista de Ciencias Sociales, segundo semestre de 1982. notas números 51, 52 y 53. (Hay otras más).

que rigieron en Chile casi hasta mediados del siglo XIX. Pedrals da cuenta que esta legislación no se encuentra derogada pero se discute si tiene vigencia formal aunque no ha tenido aplicación práctica.

ii. *“Referencia hecha en la legislación a la existencia de un derecho supralegal.”*

Se refiere a casos en que el legislador en la parte considerativa de alguna disposición hace referencia a la existencia de un derecho supralegal, como sucede con la Cláusula Martens a nivel internacional que muchas veces la encontramos no en el articulado sino en el Preámbulo de un tratado. O tenemos los ejemplos de las Actas Constitucionales 2 y 3 que precedieron a nuestra actual Constitución Política expresando principalmente la subjetividad de los derechos que emanan de la naturaleza humana<sup>38</sup>.

iii. *“Justificación supralegal de ciertas infracciones constitucionales.”*

Se refiere a la existencia de infracciones que se hacen con un criterio axiológico. “Porque poseen una justificación valorativa mayor que muchos actos legales” y, da como un ejemplo histórico la interpretación que se hizo del artículo 5 de la Constitución Política de 1833 haciendo decir al mismo algo completamente diferente a lo que era su texto.

#### **b) El problema específico.**

Este trabajo se refiere al caso de un instituto del Derecho de los Conflictos Armados conocido como la Cláusula Martens cuyo texto original apareció por primera vez en el preámbulo de la **Convención II de La Haya de 1899** y, que reza así:

*Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.*

---

<sup>38</sup> Pedrals, A. Obra citada, ver las notas 24 a 29 de dicho trabajo, pagina 575 y 576.

Desde entonces ha sido objeto de grandes controversias respecto de quienes la aprueban y quienes la desaprueban habiendo quienes le restan todo valor y quienes al contrario le asignan el mayor alcance y significado, no solo normativo, sino moral. Por ello el título de la memoria es “Aperturas positivas a una consideración objetiva del derecho natural”, puesto que siempre se ha señalado que la Cláusula Martens conecta con elementos propios del ius naturalismo al apelar a los denominados Principios de la Humanidad y las Exigencias o Dictados de la Conciencia Pública.

La Cláusula Martens siempre ha despertado dudas y controversias respecto del significado que tienen los llamados Principios o Leyes de la Humanidad y los Dictados de la Conciencia Pública, más cuando la encontramos en el Preámbulo de los tratados o incorporada en el articulado mismos.

“En esta referencia del sistema normativo a un criterio superior organizativo, fundamentante y valorativo (como serían los principios de humanidad o los dictados de la conciencia pública, como señala Elías), radicaría el principio de legitimidad; cuestión esencial será así el estudio objetivo de dicha legitimidad y, sobre esta base, el de la legitimidad de los concretos sistemas de legalidad”<sup>39</sup>.

“El problema de la referencia a un criterio valorativo superior, es decir, el problema de la legitimidad, se concibe como acientífico, incapaz de apreciación objetiva, en cuanto que deriva única y exclusivamente de posiciones subjetivas ideológicas de carácter político o ético-sentimental; en esta concepción la legitimidad radica en la pura legalidad; se niega una legitimidad superior a la legalidad, lo cual, en rigor, significa no plantear el problema de la legitimidad”<sup>40</sup>.

Nosotros pensamos que es posible encontrar el significado objetivo a aquel criterio contenido en la Cláusula Martens en cuanto apela a las Leyes o Principios de la Humanidad o a los dictados de la conciencia pública, en el mismo ordenamiento positivo, considerando a éste como la expresión concreta y real de un derecho natural que responde a ciertos valores que están en la idea de derecho que hay en una sociedad y que la hacen jurídicamente realizable.

Se ha sostenido que el Derecho de los Conflictos Armados más que un ordenamiento jurídico es un Código Moral y que sus preceptos no tendrían

---

<sup>39</sup> Díaz, Elías. Obra citada.

<sup>40</sup> Díaz, Elías. obra citada.

condicionamientos de tiempo ni lugar ni situación histórica. Sus proposiciones, como las del Derecho Natural, serían el modelo que permite ir colmando las lagunas del derecho positivo y de ahí esa apelación a la Conciencia Pública.

Como lo expresa la autora Araceli Mangas Martín, refiriéndose a la Cláusula Martens “no creo ( que el interés jurídico de ella ) estribe tanto en que sirva de parámetro entre lo lícito y lo ilícito en las lagunas del Derecho de los Conflictos Armados sino en que devela que sí hay una obligación de respetar ciertos principios y observar una concreta conducta “en toda circunstancia” (haya o no violación o denuncia de la otra Parte), la razón de su obligatoriedad está en la esencia misma del valor protegido. Creo que la importancia...reside, como ha puesto de relieve H. Meyrowitz, en que los redactores de 1899, 1907, 1947, 1977 (agreguemos también 1980) han reconocido la existencia y precisado la función de las fuentes materiales en el proceso general de la génesis del Derecho de la Guerra”<sup>41</sup>. Dentro de la discusión sobre derecho concreto y derecho ideal Legaz apunta a que “el derecho vigente es un Derecho positivo, un Derecho que no es sólo natural. No se trata de dos sistemas de Derecho: uno natural, extra positivo, y otro positivo, sino, por una parte, del ideal que aspira a positivarse o realizarse, y, por otra, de la realización efectiva del ideal jurídico que todavía no existe como Derecho y del Derecho que ya ha traducido a su modo un ideal.”

La consecuencia jurídica más relevante que tiene la Cláusula Martens es que los Principios Generales y las normas consuetudinarias del Derecho de los Conflictos Armados conservan su plena validez aun fuera del vínculo convencional y que la ausencia de normas, en ningún caso, autorizan a actuar de cualquier modo porque los Principios de Humanidad y los Dictados de la Conciencia Pública serán el parámetro a considerar para las situaciones imprevistas.

---

<sup>41</sup> Mangas Martín, Araceli. “Conflictos Armados Internos y Derecho Internacional Humanitario”. Ediciones Universidad de Salamanca 1992, páginas 146 y 147.

## Capítulo II

### LA CLÁUSULA MARTENS <sup>42</sup>

#### 6. Antecedentes generales.

En el desarrollo del derecho internacional humanitario podemos distinguir dos grandes periodos históricos. El primer período lo denominamos de la pre codificación por no existir entonces un derecho internacional de la guerra único, sostenido en un único cuerpo normativo que pretendiera abarcar todos los aspectos de manera integral como sucede posteriormente.

Este período se caracteriza por la existencia de usos y costumbres aplicadas en los conflictos armados e iniciativas encaminadas esencialmente a limitar la conducción de las hostilidades aunque también hay iniciativas respecto de los soldados heridos y enfermos en campaña. Observamos declaraciones y convenios que se celebran entre las grandes potencias del siglo XIX referidas al Derecho de la Guerra, citando las palabras contenidas en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868, donde las partes contratantes además de declarar la conveniencia de prohibir la utilización de determinadas armas en tiempos de guerra, señalando que su empleo sería contrario a las “leyes de la humanidad” y, haciendo ver que “los límites técnicos de las necesidades de la guerra” deben ceder a “las exigencias de la humanidad”.

Lo distintivo de los tratados y acuerdos de este período es que estos compromisos sólo son obligatorios para las Partes Contratantes o Adherentes al mismo, en caso de guerra entre dos o más de ellos mismos, pero no es vinculante a los otros actores internacionales que no hayan consentido en obligarse por ella. Igual consideración se aplica a otras convenciones de ese tiempo, pero con la evolución, estas normas y principios acordados pasaron a

---

<sup>42</sup> Este capítulo en parte está basado en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, de 19 de julio de 1996. Su texto original lo hemos obtenido de la página web oficial de la Corte Internacional de Justicia. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory.php> (Diciembre de 2009).

constituir lo que se conoce como leyes y costumbres de la guerra o el *ius in bellum*.

Similar es el alcance de los Convenios de La Haya de 29 de Julio de 1899 (Primera Conferencia de La paz) que entrarían en vigor en 1900, pero con la salvedad que en el Preámbulo se deja entrever que se preparan para una codificación más completa de los usos y costumbres de la guerra terrestre que después se hará realidad en la Segunda Conferencia de La Haya de 1907 y, que hará aplicables también a la guerra en el mar los principios humanitarios, dando inicio así a un nuevo período que llamamos “de la codificación” y que constituye el primer intento de alcance internacional por codificar el derecho los usos y costumbres de la guerra. Hasta esa fecha sólo se había dado preocupación por la guerra terrestre, luego dicha preocupación alcanzará la guerra marítima también.

Con anterioridad a las Convenciones de 1899 se había conocido el llamado Código de Lieber, instrumento de alcance geográfico limitado a los Estados Unidos de América y que es obra del jurista y filósofo del Derecho Francis Lieber, y que se le puede considerar como uno de los más importantes antecedentes del Derecho Internacional Humanitario. A pesar de tener un alcance limitado, es reconocida la influencia que tuvo en la Conferencia de 1874.

Para la guerra marítima no existía ningún instrumento de alcance internacional que estableciera protección a los heridos y a los enfermos de las fuerzas armadas en el mar. Se había hecho un intento en 1868 con la incorporación de algunos artículos adicionales a dicho tratado, pero cuando propiamente se logró tal ampliación es con las Convenciones de La Haya 1899 (Convenio III) que es el primer intento por adaptar los principios de Ginebra a este escenario, luego vendrá el Convenio X de La Haya, de 1907) y el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12 de agosto de 1949 (Convenio II ).

Actualmente también existe el **Manual de San Remo**<sup>43</sup> de los años 1988 y 1994, el cual no es una fuente formal del Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados, pero tiene el mérito de recoger la normativa vigente y es

---

<sup>43</sup> Doswald-Beck, Louise “Revista Internacional de la Cruz Roja” No 132, noviembre-diciembre de 1995, pp. 635-647. Geneva 1995. Para información acerca del llamado Manual de San Remo se puede seguir el siguiente vínculo:  
<http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDLGL> (Marzo 2010).

fruto de un trabajo que representa un gran esfuerzo para actualizar los temas referidos al Derecho Internacional en materia de la guerra en el mar, actualización que se consideró necesaria por cuanto el Segundo Convenio de Ginebra de 1949 sólo se había ocupado de la protección de los heridos, enfermos y náufragos en el mar pero no se había extendido a aspectos particulares de la guerra en el medio acuático. En su oportunidad había sido el **Manual de Oxford**<sup>44</sup> sobre las leyes de la guerra naval que rigen las relaciones entre beligerantes de 1913, el que si había tenido tal alcance.

Para el caso de los conflictos armados en tierra, había sido tratado con mayor propiedad en el **Protocolo adicional I** a los Convenios de Ginebra de 1949.

## 7. El Derecho Internacional Humanitario Moderno.

### a) Sus orígenes.

Del derecho internacional humanitario contemporáneo se ha dicho que deriva, principalmente, de dos iniciativas<sup>45</sup>. La primera iniciativa fue la de Henry Dunant y sus colegas en el Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos, el futuro Comité Internacional de la Cruz Roja. En 1862 Dunant publicó su libro “Recuerdos de Solferino” en el que, además de dar testimonio de la batalla, efectuó dos propuestas: la creación de “Sociedades Nacionales de Socorros” con la finalidad de prestar auxilio a los heridos en tiempos de guerra (Origen de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja) y, dotar a esas Sociedades Nacionales del algún Principio Convencional y Sagrado que, una vez aprobado y ratificado, sirviese de base para la acción de las sociedades de socorro.

Producto de lo anterior el Consejo Federal suizo reunió una Conferencia Diplomática en Ginebra, en la cual participaron delegados plenipotenciarios de 16 países, que redactaron el “**Convenio de Ginebra para mejorar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña**”, firmado el 22 de

---

<sup>44</sup> Para información acerca del llamado Manual de Oxford se puede seguir el siguiente vínculo: <http://translate.google.cl/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.icrc.org/IHL.nsf/INTRO/140%3FOpenDocument&ei=VDYtS8SULWutgfynoCOCQ&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=1&ved=0CAsQ7gEwAA&prev=/search%3Fq%3Dmanual%2Bde%2Boxford%26hl%3Des> (Marzo 2010).

<sup>45</sup> Bugnion, François. “El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya”. Revista Internacional de la Cruz Roja Nº 844 pp. 901 – 922. Geneva 31-12-2001

agosto del año 1864 y ratificado en el transcurso de los años siguientes por la casi totalidad de los Estados<sup>46</sup>.

La segunda iniciativa es la del gobernante del entonces Imperio Ruso, zar Alejandro II, quien, como cita Bugnion, preocupado por el hecho de que los británicos, con los que el imperio ruso estaba entonces en un estado de guerra larvada en la región de Crimea por la posesión de Asia central y el acceso al Océano Índico, habían desarrollado un tipo de balas huecas llenas de material inflamable y, más tarde, de balas explosivas, el emperador pensó en prohibir el empleo de tales balas porque sus ejércitos quedaban en situación de gran desventaja. De ahí surgió la iniciativa para la Conferencia en la que se aprobó la Declaración de San Petersburgo del 29 de noviembre – 11 de diciembre de 1868. En ésta se establecen los principios fundamentales del derecho relativo a la conducción de las hostilidades limitando el empleo de proyectiles explosivos de menos de 400 gramos. Luego de la guerra franco-prusiana de 1870, por iniciativa de Henri Dunant y del Gabinete Imperial de Rusia se retomaron las iniciativas para extender la protección de los soldados heridos y enfermos en campaña. En efecto, las propuestas de Dunant terminaron siendo acogidas e integradas en una iniciativa más amplia para regular de las leyes y las costumbres de la guerra terrestre.

El Gabinete ruso convocó a un Congreso que se reunió en Bruselas en el verano de 1874 donde se aprobó una Declaración Internacional sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre la cual nunca llegó a ser ratificada<sup>47</sup>. De tal manera que, la **Primera Conferencia Internacional de la Paz** reunida en La Haya el año 1899, actualizó la anterior Declaración de Bruselas<sup>48</sup> y en la

---

<sup>46</sup> Tomado de “Manual del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, 13a edición, 1994. Citado en el siguiente vínculo: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM5R> (marzo 2010).

<sup>47</sup> Entre los antecedentes de, este interés del gobierno ruso por establecer limitaciones en la guerra terrestre y, sobretudo en el armamento, está el hecho que se encontraban en considerable desventaja frente a los británicos. En 1874 fueron elegidos en Gran Bretaña los Conservadores siendo encabezado el gobierno por Benjamín Disraeli, quien, “deslumbró a los ingleses con su activa política exterior”. La crisis real en los asuntos extranjeros, durante el ministerio de Disraeli fue la tensión anglo rusa por la cuestión del cercano oriente, que puso a ambas potencias al borde de la guerra la cual pudieron evitar. La causa era el consabido interés de Rusia de tener una salida libre al mar mediterráneo o al océano índico lo que suponía subyugar a Turquía o a lo que entonces era Persia. Para 1870 las ambiciones de conquista de los rusos parecían estar resurgiendo y el zar Alejandro había dispuesto que se reorganizara el ejército y había rechazado las imposiciones que se les habían impuesto luego de la guerra de Crimea. Los Balcanes hervían de inquietudes y de nacionalismo y todo hacia pensar en una nueva guerra, y hacia 1877 las tropas del zar Alejandro II habían avanzado sobre Constantinopla donde una flota inglesa y otra francesa anclaron para febrero de 1878 anticipándose. La crisis se alivió cuando se acordó llevar el problema a una Conferencia, el Congreso de Berlín de 1878. Godfried Brunn, “El Siglo XIX”, pags. 130 a 134

<sup>48</sup> Buignion, Francois. Obra citada.

mencionada Conferencia de La Haya de 29 de julio de 1899 se establecieron varios convenios: **Convenio I** Sobre Solución Pacífica de Controversias Internacionales; **Convenio II** Sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre; **Convenio III** Sobre Adaptación a la Guerra Marítima de los Principios de la Convención de Ginebra de 1864; **Convenio IV** Sobre Prohibición de proyectiles y balas explosivas y la **Declaración I** sobre la misma materia; **Declaración II** sobre uso de proyectiles u objetos con gases asfixiantes; y el **Acta Final** de la Conferencia.

Todo esto ocurría, mientras el mundo se preparaba para una nueva guerra de la que no se tenía noticia cuando podría suceder. Se estaba estableciendo un complejo sistema de Tratados de Seguro y Contraseguro por parte del Imperio Alemán el que ha sido denominado “Sistema Bismarck” o la Realpolitik. Este Convenio de 1899 fue revisado por **La Segunda Conferencia Internacional de la Paz**, reunida en La Haya, el 18 de octubre del año 1907, que también aprobó otros convenios relativos a la conducción de las hostilidades.

Como lo indicamos en el planteamiento del tema de este trabajo, pretendemos aproximarnos a la significación que tiene la Cláusula Martens como una expresión positiva y concreta de la Idea de Derecho justo, de Derecho Recto que habría en la Comunidad Internacional, en materia de Conducción de las Hostilidades Militares, es decir, tomada como expresión del así llamado Derecho de La Haya. Sin dejar de expresar que esta Cláusula tiene una aplicación mucho más amplia, porque también rige para el Derecho de Ginebra.

En el Preámbulo del **Convención IV de La Haya**, 18 de octubre de 1907 las altas partes contratantes establecieron como consideraciones que, al buscar los medios de conservar la paz y prevenir los conflictos armados entre las naciones, habría de tenerse en cuenta, “el caso en que el recurso a las armas sea ocasionado por acontecimientos que su solicitud no haya podido evitar”.

Señalaban que, aún en esa extrema hipótesis, debían ser atendidos “los intereses de la humanidad” y “las exigencias siempre crecientes de la civilización”. Por ello, estimaban conveniente revisar las leyes y costumbres generales de la guerra, ya con el objeto de determinarlas con más precisión, o bien, trazarles ciertos límites destinados a restringir, en cuanto sea posible, sus rigores. Y, en consecuencia, manifestaban que era menester completar y

precisar, en ciertos puntos, la obra de la Primera Conferencia de la Paz, que de acuerdo con la **Conferencia de Bruselas de 1874**, e inspirándose en las ideas recomendadas por “una sabia y generosa previsión”, adoptó disposiciones que tienen por objeto definir y reglamentar las costumbres de la guerra terrestre. Según las miras de las Altas Partes Contratantes el texto de esas disposiciones, ha sido inspirado por el deseo de disminuir los males de la guerra, en cuanto lo permitan las necesidades militares y, están destinadas a servir de regla general de conducta a los beligerantes, en sus relaciones entre sí y, con las poblaciones”.

Dejan constancia, eso sí, que no ha sido posible acordar estipulaciones que se extiendan a todas las circunstancias que se presentan en la práctica, pero dejan constancia que “en las intenciones de las Altas Partes Contratantes, no podía estar, el hecho que los casos no previstos quedasen, por falta de estipulación escrita, a la apreciación arbitraria de los Jefes de ejércitos”.

Con eso no hacen sino reproducir lo que se ha conocido universalmente como la **Cláusula Martens** ya que declaraban que “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

**La tercera Conferencia Internacional de la Paz**, que debería haberse reunido en 1914, no pudo hacerlo a causa de la guerra. Pero los Estados hallaron otras oportunidades para reafirmar y elaborar normas sobre la conducción de las hostilidades durante el periodo de entre guerras.

#### **b) La distinción entre Derecho de La Haya y Derecho de Ginebra.**

Como los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907 siguieron siendo los pilares principales del derecho de la conducción de las hostilidades, se suele exponerlos como una rama del derecho autónoma o separada, con el sugerente nombre “Derecho de La Haya”<sup>49</sup>. En todo caso, el objetivo fundamental tanto del

---

<sup>49</sup> "La expresión derecho de Ginebra se utiliza con bastante frecuencia en la doctrina para designar las normas de derecho humanitario que establecen el derecho de las víctimas a la protección; y la expresión derecho de La Haya, para designar las normas de derecho humanitario que rigen la conducción de las

derecho de La Haya como del derecho de Ginebra es la protección de las víctimas, aunque los métodos para prestar esa protección son diferentes. Los Convenios de Ginebra procuran proteger a la persona cuando se ha convertido en víctima, es decir, los heridos, los náufragos, los prisionero de guerra o las persona civiles en poder del adversario; el derecho de La Haya se propone proteger a los combatientes y a los no combatientes, restringiendo los métodos y los medios de combate.

En cierto sentido, se puede considerar que el derecho de La Haya se aplica antes que el derecho de Ginebra y que hace hincapié, ante todo, en la prevención. La doctrina actual, considera que el Derecho de La Haya y el Derecho de Ginebra se unieron a través de la aprobación de los **Protocolos adicionales I y II** a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, de 8 de junio de 1977 que con ocasión de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, vinieron a actualizar y desarrollar las Normas relativas a la Protección de las Víctimas de la Guerra y también las que rigen la conducción de las hostilidades e incluso haciendo extensiva su aplicación a las Guerras que no tienen carácter internacional y entre fuerzas irregulares.<sup>50</sup>

La pregunta que se plantean continuamente los expertos es cómo se articulan esos dos ordenamientos jurídicos. Hay autores que van más allá, señalando que estas dos ramas del Derecho Internacional Humanitario se unieron como consecuencia del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra como hemos dicho.

### **c) Desarrollos posteriores a la Segunda Guerra Mundial.**

La **Conferencia Diplomática de 1949** celebrada en Ginebra con posterioridad al término de la Segunda Guerra Mundial que, “acumuló más miserias y ruinas que ninguna otra. Después de la pesadilla, el primer renacimiento fue el del derecho. Por un lado, se organizó la paz, bajo la égida de las Naciones Unidas, y se

---

hostilidades. Esta distinción es hoy un poco artificial, dado que los Protocolos contienen normas de los dos tipos". Y.Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (eds.), Comentario de los Protocolos del 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Tomo I, pág. 28, 2000; citado por François Bugnion en Revista Internacional de la Cruz Roja N° 844 pp. 901 – 922/ 31-12-2001.-

<sup>50</sup> Resulta importante en este punto hacer referencia a una importante sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia de 30 de septiembre de 1994 en que conociendo de los autos rol corte N° 38.683 – 1994 caratulados Contra Osvaldo Romo Mena, en los considerandos QUINTO, SEXTO Y SEPTIMO y sus literales, hace una extensa exposición acerca de la aplicabilidad del derecho de Ginebra y La Haya, distinguiendo claramente cuando procede uno u otro.

elaboró la legislación de los derechos humanos. Por otro lado, siguiendo un rumbo próximo pero que, a pesar de muchos puntos comunes, sigue siendo distinto, se efectuó la refundición de los Convenios de Ginebra,<sup>51</sup> concluyó con cuatro convenios de los cuales tres fueron revisiones de los contenidos en la Conferencia de 1907, es decir, los Convenios sobre heridos y enfermos y su adaptación a las guerra naval, el estatuto de los prisioneros de guerra y, un nuevo Convenio para la protección de las personas y bienes civiles en tiempo de conflicto armado. Quedó pendiente el tema de las guerras que no tuvieran carácter internacional como es el caso de las guerras civiles, las guerrillas, etc.

**La Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario** fue desarrollada a instancias, entre otros, del Comité Internacional de la Cruz Roja con miras a “proteger a la población civil contra los peligros de la guerra, especialmente los bombardeos aéreos —una materia perteneciente al derecho de La Haya, que había permanecido abandonada desde 1907— y perfeccionar el artículo 3, relativo a los conflictos interiores, que no era todavía más que un primer paso. Por lo demás, bastaría una puesta al día<sup>52</sup>. Pero el gran problema era la extrema tensión derivada de la Guerra Fría entre las dos grandes potencias que había conducido al mundo a un sinnúmero de conflictos armados regionales y sub-regionales, guerras que no tenían carácter internacional, principalmente en el África Oriental y sub-sahariana y en Centro América, por cuenta de guerrillas y ejércitos de liberación con activa participación de las dos superpotencias, donde no había ningún respeto por los principios del Derecho Humanitario.

Es más, era de temer que los Estados se mostraran más reticentes a una revisión de los tratados humanitarios y que, por el contrario, aprovecharan la Conferencia para volver atrás, desandando lo avanzado en los Convenios de Ginebra de 1949. Así las cosas, se decidió proceder por la vía de concluir dos Protocolos adicionales a los Convenios existentes, adicionales, por cuanto lo que hacen es completar dichos Convenios, aunque dice Pictet que en varios puntos modifican y revisan a fondo esos Convenios.

---

<sup>51</sup> Pictet, Jean. “La formación del Derecho Internacional Humanitario”. Revista Internacional de la Cruz Roja N° 846, Geneva, 30-06-2002.

<sup>52</sup> *ibidem*.

Las Naciones Unidas volvieron a interesarse por el Derecho de los Conflictos Armados, sin embargo, “se creyó – por la Organización de Naciones Unidas - que la mejor oportunidad de éxito era tratar la materia en terreno neutral, tanto en el sentido propio como en el figurado y, en la medida de lo posible, fuera de la política. Por eso, se prosiguió por el camino tradicional, que hace del Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>53</sup> el alma de la empresa y de Suiza el agente diplomático. El CICR compartió este punto de vista, no para defender una prerrogativa, sino por el éxito de la causa”<sup>54</sup>. La Conferencia Diplomática se celebró de 1974 a 1977, a razón de cuatro reuniones anuales y los temas de las discusiones son aquellos que en 1949 habían sido omitidos como son la reglamentación de los bombardeos aéreos, los conflictos armados internos de los Estados, no entre Estados sino entre personas y grupos al interior de los Estados.

La convocatoria lograda por la Conferencia fue extraordinariamente amplia, congregó a unos 700 delegados de 120 países. Por ejemplo, Pictet señala que, mientras que en 1949 concurrieron sólo tres países africanos en esta Conferencia hubo treinta. Fueron materia de discusión la beligerancia, los llamados combatientes por la libertad o ejércitos de liberación nacional, y la relación con el Estado mismo, etc. También fue objeto de gran discusión y controversia el tema del alcance de los artículos 1 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra de 1949 de cuya importancia se ha predicado que ellos han unificado el Derecho de La Haya con el Derecho de Ginebra.

También con posterioridad a la segunda guerra se ha convocado a conferencias de las cuales han resultado los siguientes tratados internacionales de derecho humanitario.

a) La Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, aprobada en La Haya, el 14 de mayo de 1954,

b) La Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, del 10 de abril de 1972,

---

<sup>53</sup> Abreviatura CICR significa Comité Internacional de la Cruz Roja.

<sup>54</sup> Pictet, Jean. Obra citada.

c) La Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, del 10 de octubre de 1980,

d) La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción, firmada en Ottawa, el 18 de septiembre de 1997.

## **8. Referencia histórica a la Cláusula Martens.**

La cláusula de Martens es un texto de derecho internacional que forma parte del derecho de los conflictos armados desde que apareciera, por primera vez, en el noveno párrafo del Preámbulo del Convenio II de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre dado en la Primera Conferencia Internacional de La Haya de dicho año, conferencia que también se le suele denominar Primera Conferencia Internacional de la paz y, a la cual, Chile no fue invitado por lo que no es parte en ella. Posteriormente lo encontramos en el párrafo octavo del Preámbulo del Convenio IV relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Segunda Conferencia de La Haya) en el siguiente contexto:

“Considerando que al buscar los medios de conservar la paz y prevenir los conflictos armados entre las naciones importa asimismo tener en cuenta el caso en que el recurso a las armas sea ocasionado por acontecimientos que su solicitud no haya podido evitar;

Animados del deseo de atender, aun en esa extrema hipótesis, a los intereses de la humanidad y a las exigencias siempre crecientes de la civilización;

Estimando que conviene, con este fin, revisar las leyes y costumbres generales de la guerra, ya con el objeto de determinarlas con más precisión, ya con el de trazarles ciertos límites destinados a restringir en cuanto sea posible sus rigores;

Han juzgado necesario completar y precisar en ciertos puntos la obra de la Primera Conferencia de la Paz, que, de acuerdo con la Conferencia de Bruselas de 1874<sup>55</sup> e inspirándose en las ideas recomendadas por una sabia y generosa

---

<sup>55</sup> La razón por la que la referencia es hecha a la Convención de 1874 es muy importante por cuanto más tarde el profesor Martens reconocería la invaluable influencia que ejerció en ella el Código de Lieber dictado en los Estados Unidos de América.

previsión, adoptó disposiciones que tienen por objeto definir y reglamentar las costumbres de la guerra terrestre.

Según las miras de las Altas Partes Contratantes esas disposiciones, cuyo texto ha sido inspirado por el deseo de disminuir los males de la guerra, en cuanto lo permitan las necesidades militares, están destinadas a servir de regla general de conducta a los beligerantes en sus relaciones entre sí y con las poblaciones.

No ha sido posible, sin embargo, acordar por ahora estipulaciones que se extiendan a todas las circunstancias que se presentan en la práctica;

Por otra parte, en las intenciones de las Altas Partes Contratantes no podía entrar que los casos no previstos quedasen, por falta de estipulación escrita, a la apreciación arbitraria de los Jefes de ejércitos”.

“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

Su origen es más bien accidental y, podría estimarse que no guarda relación con el alcance que ha tenido desde entonces. Fue el delegado de la Cancillería Rusa en la Primera Conferencia profesor **Fiódor Fiódorovich Von Martens**, quien leyó esta declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. Gran parte de los militares pensaba que esos civiles debían ser tratados como francotiradores y castigados con la ejecución inmediata, mientras que los Estados más pequeños sostenían que debía considerárselas como combatientes legítimos.

Así surge esta cláusula que desde entonces la encontramos en los tratados del Derecho Internacional Humanitario más relevantes.

El diccionario de derecho internacional de Pietro Verri da cuenta de su recepción en aquellos tratados que han nacido a la vida jurídica con posterioridad a la

Segunda Guerra Mundial, a saber, **Convenios de Ginebra I** art. 63; **Convenio de Ginebra II** art. 62; **Convenio de Ginebra III** art. 143; **Convenio de Ginebra IV** art. 158; **Protocolo adicional de I** art. 1; **Protocolo adicional de II** preámbulo; **Convenio de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones al empleo de ciertas armas convencionales de efectos excesivamente nocivos o indiscriminados de 1980**, Preámbulo<sup>56</sup>.

## 9. Referencia biográfica.

**Fiódor Fiódorovich Martens** fue un diplomático y jurista adscrito a la Cancillería de Rusia representándola en las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907, ocasión en que se hace conocido por haber sido quien propuso la redacción de la Cláusula que desde entonces lleva su nombre en derecho internacional. Era de origen alemán, pero nacido en territorios del Imperio Ruso, habiendo cursado sus estudios en un orfanato luterano en San Petersburgo, donde termina sus estudios de bachillerato en 1863, ingresando luego a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Petersburgo.

A partir de 1868, ingresó al Ministerio de Asuntos Externos ruso. Se desempeñaba además como profesor de Derecho Internacional en la Universidad de San Petersburgo, y de Derecho público en la Escuela Imperial de Leyes y en el Liceo Imperial Zar Alejandro II. En 1874, fue seleccionado como asesor legal del Canciller Aleksandr Gorchakov.

Entre sus obras más reconocidas están “La Propiedad Privada en la Guerra” publicado en 1869, “El Oficio del Cónsul y la Jurisdicción Consular en el Oriente” publicado en 1873 y más tarde traducido al alemán. También publicó la que sería su obra más importante, un compendio “Recueil des traités et conventions conclus par la Russie avec les puissances étrangères” (Compendio de los Tratados y Convenciones concluidos por Rusia con países extranjeros) que en doce volúmenes, recoge, en ruso y en francés, no sólo el texto de los tratados en que Rusia era parte, sino además una importante referencia a la historia de su negociación, materia que aportó en la introducción de ellos recurriendo al estudio detallado de los documentos históricos oficiales relativos a dichos tratados.

---

<sup>56</sup>Verri, Pietro. “Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados”. Comité internacional de la Cruz Roja, Ginebra, edición española Buenos Aires, noviembre 2008.

Finalmente resulta muy conocido el libro “Derecho Internacional de las Naciones Civilizadas” con una primera edición en ruso, una edición alemana en 1884 y 1885 y una en francés en 1887 y 1888. Fue distinguido con grados honoríficos en las Universidades de Oxford, Cambridge, Edimburgo y Yale; siendo nominado entre otros al Premio Nóbel de la Paz de 1902, falleciendo en Rusia en junio de 19

## **10. Referencias positivas.**

Las siguientes referencias positivas dicen relación con cuáles son los Tratados Internacionales en los cuales se encuentra incorporada la Cláusula Martens y su ubicación en los mismos, ya formando parte del Preámbulo, o incorporada en el articulado. Así tenemos los siguientes:

- a) *El I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.*<sup>-57</sup>

En el Convenio de Ginebra I de 1949 la encontramos en el Artículo 63 a propósito de la denuncia del tratado y nos señala la norma que “La denuncia sólo será válida para con la Potencia denunciante. No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

- b) *El II Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.* -<sup>58</sup>

En el Convenio de Ginebra II de 1949 la encontramos positivada en el artículo 62 a propósito de la denuncia. Y el tenor se repite como en Convenio I “La denuncia sólo será válida para con la Potencia denunciante. No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resulta de los usos establecidos entre

---

<sup>57</sup> Celebrado en Ginebra y, aprobado por el Congreso Nacional el 22 de agosto de 1950. Promulgado con fecha 5 de diciembre de 1950. Publicado por D.O. de 17, 18,19 y 20 de abril de 1951. Ratificado mediante depósito de documentos en Berna, con fecha 12 de octubre de 1950,

<sup>58</sup> Celebrado en Ginebra y aprobado por el Congreso Nacional el 22 de agosto de 1950. Promulgado con fecha 5 de diciembre de 1950. Publicado por D.O. de 17 de abril de 1951. Ratificado mediante depósito de documentos en Berna, con fecha 12 de octubre de 1950.

naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

**c) *El III Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra.*<sup>59</sup>**

En el Convenio de Ginebra III de 1949 su lugar es el artículo 142 y el tenor de la disposición es el siguiente: “La denuncia sólo será válida para con la Potencia denunciante. No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

**d) *El IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.*-<sup>60</sup>**

En este Convenio IV de 1949 no encontramos una norma que contenga la cláusula.

**e) *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Protocolo I, 8 de junio de 1977.*<sup>61</sup>**

En este tratado encontramos la Cláusula Martens en el Artículo 1 párrafo 2. Artículo 1 con el epígrafe que reza “Principios generales y ámbito de aplicación”. Su texto es del siguiente tenor: “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 establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.

El presente Protocolo, que completa los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios.

---

<sup>59</sup> Celebrado en Ginebra y aprobado por el Congreso Nacional el 22 de agosto de 1950. Promulgado con fecha 5 de diciembre de 1950 por decreto 752 y publicado en D.O. de 18 de abril de 1951. Ratificado mediante depósito de documentos en Berna, con fecha 12 de octubre de 1950.

<sup>60</sup> Promulgado con fecha 5 de diciembre de 1950 por decreto 752 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en D.O. de 20 de abril de 1951. Ratificación de 22 de agosto de 1950 y depositado en Berna el 12 de octubre de 1950.

<sup>61</sup> Promulgado por Decreto 752 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado por D.O. de 28 de octubre de 1991. Ratificado con fecha 24 de abril de 1991.

f) *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* Protocolo II.- <sup>62</sup>

En este tratado la Cláusula Martens ocupa un lugar de especial importancia. En el I Preámbulo. El tenor de la disposición no difiere mayormente de los demás tratados en los que podemos encontrarla, pero si difiere en el ámbito de aplicación pues este protocolo II dio lugar a la aplicación del derecho internacional humanitario a los conflictos armados no internacionales. El contexto en que la disposición se encuentra positivada en este tratado es el siguiente:

“Las Altas Partes Contratantes, Recordando que los principios humanitarios refrendados por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional,

Recordando, asimismo, que los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental,

Subrayando la necesidad de garantizar una mejor protección a las víctimas de tales conflictos armados,

Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

g) *Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados* (CCW). Ginebra, 10 de Octubre de 1980. -<sup>63</sup> <sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Promulgado por Decreto 752 de RR.EE. Publicado por D.O. de 28 de octubre de 1991. Ratificado con fecha 24 de abril de 1991.

<sup>63</sup> Este tratado tiene además cuatro protocolos a saber: **Protocolo (I)** sobre fragmentos no localizables. Ginebra, 10 de octubre de 1980. **Protocolo (II)** sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos. Ginebra, 10 de octubre de 1980, Enmendado el 3 de mayo de 1996. **Protocolo (III)** sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias. Ginebra, 10 de octubre de 1980. **Protocolo (IV)** sobre armas láser que causan ceguera. Ginebra, 13 de octubre de 1995. Recientemente se agregó un nuevo protocolo a este tratado, el **Protocolo (V)** sobre restos explosivos de guerra (“**Protocol on Explosive Remnants of War**”) de 23 de noviembre de 2003, el cual Chile aún no ha ratificado.

<sup>64</sup> Promulgado por decreto N° 137 de 8 de junio de 2004 y publicación D.O. de 13 de septiembre de 2004.

Como explicaremos en las notas, la conferencia sobre prohibiciones o restricciones al empleo de ciertas armas convencionales que resultan ser excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, estableció la Cláusula Martens en el **Preámbulo**, pero tiene el merito de ser de un alcance mucho mayor que en todos los casos anteriores porque hace extensiva su aplicación a “los casos no previstos en la presente Convención, en sus Protocolos anexos o en otros acuerdos internacionales”. Así queda en evidencia en la redacción. Es necesario tener presente que el número de Estados que ha ratificado esta Convención y sus Protocolos adicionales que son cinco, es notoriamente menor.<sup>65</sup>

### **11. Las interpretaciones que suscita.**

El problema que se plantea para el derecho es que no hay una interpretación oficial de la cláusula de Martens. Con el tiempo ha sido objeto de grandes y acaloradas discrepancias. Se han vertido interpretaciones tanto en sentido restringido como en sentido amplio.

En lo que a este trabajo interesa podemos destacar es que la filosofía dominante en el derecho internacional es positivista, una combinación de Derecho convencional y de costumbres basadas en dos elementos que son su fuente: la opinión juris y la práctica internacional.

En lo que al Derecho internacional humanitario se refiere, en estricto, podríamos decir que la no ratificación de tratados o el no consentimiento en el desarrollo de una costumbres, permitiría que un Estado militar y económicamente poderoso pueda abstraerse de las obligaciones que le impone este derecho e incluso manejar su contenido, incluso los cinco miembros más poderosos del Consejo de Seguridad son quienes realmente tienen el poder de impedir el desarrollo de conductas contrarias a los principios de la humanidad.

Es en esta perspectiva, que surge la idea que la cláusula Martens – en la redacción original que tuvo – serviría de vínculo entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural. Dicho de otro modo, sería el vínculo con la idea de derecho que

---

<sup>65</sup> Esta constituye la versión más reciente de la Cláusula Martens. Chile es Estado parte de éste tratado. No la encontramos integrada en el articulado sino que ocupa un lugar destacado en el Preámbulo; luego de recordarnos los principios cardinales del derecho internacional humanitario aparece esta nueva versión que parece ser más amplia que todas las anteriores al hacer alusión a “*otros acuerdos internacionales*”.

tendría la comunidad internacional expresada en dos conceptos: Las Leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública.

A continuación veremos cuales son las opiniones que respecto a su interpretación se han predicado, siguiendo el planteamiento del profesor Rupert Ticehurst <sup>66</sup>.

En sentido más restringido, considera que el derecho internacional consuetudinario sigue siendo aplicable tras la aprobación de una norma convencional. Esta opinión parte de la premisa que la Cláusula Martens es derecho consuetudinario sin reparar en el hecho que esta se encuentra incorporada al derecho positivo en varios de los Tratados más relevantes del derecho internacional humanitario. Al respecto se cita la opinión del Reino Unido que ha señalado que “es...evidente que, a falta de una norma prohibitiva aplicable a un determinado Estado, se habrá de permitir la conducta del Estado en cuestión...”<sup>67</sup>. Esta es una interpretación restrictiva, nos da a entender que es necesario echar mano de una norma de derecho consuetudinario internacional positiva para dar con una prohibición. Aunque como veremos el solo entendimiento de los principios de humanidad nos permite señalar que la Cláusula Martens efectivamente prohíbe tales armas <sup>68</sup> pues ella “ha demostrado ser un medio eficaz de hacer frente a la rápida evolución de la tecnología militar”.

En un sentido mas amplio, sostiene que, siendo pocos los tratados internacionales del derecho de los conflictos armados que son completos, en la Cláusula se estipula que lo que no está explícitamente prohibido por un tratado no está permitido ipso facto. Esta es la opinión más extendida entre quienes respaldan la Cláusula Martens y, entonces, este instituto tendría el valor de servir

---

<sup>66</sup> Ticehurst, Rupert. “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, Revista Internacional de la Cruz Roja No 140, pp. 131-141. año 1997. , Edición virtual en la página del Comité internacional de la Cruz Roja.

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLCY> (Diciembre 2009).

<sup>67</sup> Ticehurst, Rupert. “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, Revista Internacional de la Cruz Roja,31-03-1997, No 140, pp. 131-141.

<sup>68</sup> Es interesante como ejemplo de la controversia que provoca su interpretación la discusión respecto de las armas nucleares. El Juez Koroma apoya la tesis de que las armas nucleares por su propia naturaleza, por los efectos indiscriminados que tienen, por ser armas de destrucción masiva, están prohibidas puesto que no solo contradicen todos los principios del derecho humanitario especialmente el de limitación de la violencia empleada sino que ponen en peligro la vida de toda la especie humana y con ella toda la civilización. Y señala un ejemplo interesante. “Si se ha reconocido ya en el siglo XIX la extraordinaria crueldad de las balas explosivas o dum dum, lo que las ponía fuera de los objetivos de guerra, y también eran extraordinariamente cueles los proyectiles que difundían gases asfixiantes o nocivos, al observador objetivo le causaría cierto asombro enterarse que en 1996 sus principios son tan débiles que, con mas de un siglo de derecho humanitario detrás suyo, todavía es incapaz de formular una respuesta a las crueldades de las armas nucleares...como mínimo parecería sumamente extraño que la expansión de una sola bala en el cuerpo de un soldado sea una crueldad excesiva que el derecho internacional no ha podido tolerar desde 1899, pero que no lo es la incineración de 100.000 civiles en un segundo”.

para ir colmando las lagunas legales del derecho internacional humanitario reconociendo implícitamente que su desarrollo no va a la par con el desarrollo de la tecnología en la guerra. Es decir, su función sería la de colmar lagunas en el Derecho de los Conflictos Armados.

En un sentido lato, la más amplia de todas, sostiene que la conducta en los conflictos armados no sólo se juzga sobre la base de tratados y de la costumbre internacionales, sino también en base a los principios del derecho internacional a los que se refiere la Cláusula.

Es en los casos, donde no todos los Estados se encuentran obligados convencionalmente por un tratado donde el Derecho Consuetudinario y en particular la Cláusula Martens con su original apelación a los Principios del derecho internacional y a la Conciencia de la Humanidad, cobra gran valor.

En efecto, el hecho que un Estado no se encuentre obligado por una regla convencional que prohíba una conducta, por ejemplo, ejecutar ataques indiscriminados contra personas o bienes o contra instalaciones que puedan liberar fuerzas peligrosas como sería una planta núcleo eléctrica; ello no lo autoriza para hacer tal cosa. No es que lo no prohibido esté tácitamente permitido.

## **12. La Cláusula Martens tendría su propio estatuto normativo.**

Con ocasión de la Opinión Consultiva sobre las armas nucleares a la Corte Internacional de Justicia, los Jueces Koroma y Shahabudden, en sus opiniones separadas, se hacen cargo de los argumentos de los Estados que fundamentan una supuesta prohibición del empleo y amenaza con armas nucleares basados en la Cláusula Martens.

Sostienen, estos dos Magistrados, que la Cláusula Martens tendría su propio estatuto normativo. Sus argumentos, que indicaremos someramente, son los siguientes <sup>69</sup>:

---

<sup>69</sup> Corte Internacional de Justicia, texto de la Opinión Consultiva “The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons”. Su texto original lo hemos obtenido de la página web oficial de la Corte. Hemos trabajado con la opinión separada del Juez Shahabudden. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory.php>

El Magistrado Mohamed Shahabuddeen, menciona la Opinión de la Corte Internacional de Justicia, (párrafos 78 y 84), en la que determina que la Cláusula de Martens es una norma consuetudinaria que tiene, por lo tanto, su propio estatuto normativo. Nos señala que, la cláusula de Martens no es un mero recordatorio de otras normas preexistentes en el derecho internacional y que no forman parte de un tratado específico, sino que tiene un estatuto normativo por derecho propio y, por lo tanto, funciona independientemente de las demás normas. Dicho de otro modo, la Cláusula tiene su propia entidad autónoma.

Para apoyar su opinión el Juez Shahabuddeen señala argumentos de historia fidedigna de la **Conferencia de la Paz de La Haya de 1899**, en la que el delegado de Bélgica formuló objeciones en cuanto a la inclusión de algunos proyectos de disposiciones en el Convenio definitivo. Sin embargo, aprobada la declaración de Martens, dicho delegado pudo votar a favor de las controvertidas disposiciones. En efecto, el delegado Belga a la conferencia Señor Beernaert, se había opuesto al texto de los artículos 9 y 2,<sup>70</sup> pero que una vez propuesto el texto de la declaración por el profesor Martens anuncio inmediatamente que votaría a favor de la aprobación de esos artículos por razón de dicha declaración.

Esta referencia la confirma el Juez Koroma pues nos recuerda que fue aprobada por unanimidad de votos. Eso explica que el Juez Shahabuddeen llegue a concluir que, tanto el delegado belga como los otros delegados a la conferencia hayan logrado formarse el convencimiento de que la Cláusula de Martens ofrecía las garantías que las controvertidas disposiciones no podían ofrecer.

Shahabuddeen<sup>71</sup> señala que de su texto se puede concluir que “Estaba previsto que cubriera las lagunas legales del derecho internacional convencional.” Sin embargo, la razón por la cual el delegado belga votó a favor, sería porque no suscitó objeciones de los otros delegados. Así, la Cláusula Martens tendría la fuerza normativa suficiente para ofrecer la protección adicional requerida reglamentando debidamente el comportamiento bélico. Nos señala, este Magistrado, que el uso de la palabra “queda” en el texto de la Cláusula nos da a entender que estaban en vigor determinados principios del derecho de gentes destinados a proteger a los pueblos y a los beligerantes en el caso de que los

---

<sup>70</sup> Como señalamos, la discrepancia en la Conferencia surgió por la condición de los movimientos de resistencia en los territorios ocupados, situación que después en la Conferencia de La Haya de 1907 fue resuelta en el articulado relativo a quienes eran considerados beligerantes.

<sup>71</sup> Corte Internacional de Justicia, Obra citada. Opinión disidente Shahabuddeen, Mohamed., página 178.

textos convencionales no lo hicieran. Entonces, correspondería a los jueces, llamados a conocer de una situación concreta, la apreciación de sí concurre lo que los principios de humanidad y dictados de la conciencia pública exigen en materia de conducta bélica en una situación determinada.

A estos argumentos de historia fidedigna del establecimiento de ésta disposición que estudiamos, podríamos añadir el contexto en el cual está incorporada. En el Preámbulo del Tratado a la Conferencia de 1899, las Altas Partes Contratantes dejaban constancia de que “no había sido posible acordar estipulaciones que se extiendan a todas las circunstancias que se presentan en la práctica”, por lo mismo, “En las intenciones de las Altas Partes Contratantes, no podía estar, el hecho que los casos no previstos quedasen, por falta de estipulación escrita, a la apreciación arbitraria de los Jefes de ejércitos”<sup>72</sup>. Esta confirma aquello de que estaba destinada a colmar lagunas legales.

El Magistrado Shahabudden, citando el fallo dictado por el Tribunal Militar de Los Estados Unidos de América en Nuremberg, en el Caso Krupp, anota lo siguiente: “El preámbulo (de la Convención de La Haya Nº IV de 1907) es mucho mas que una mera declaración piadosa. Es una cláusula general que convierte los usos establecidos por las naciones civilizadas, las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública en el criterio jurídico que habrá de aplicarse en los supuestos en que las disposiciones concretas de la Convención y las Reglas anexas a ella no prevean determinados casos que se den en la guerra o tengan relación con ella”<sup>73</sup>.

Idéntico argumento expresa el Magistrado Weeramantry, en su opinión disidente, quien, citando a Lord Wright,<sup>74</sup> anota que la cláusula ha sido considerada la piedra angular de los Reglamentos de La Haya - se refiere a los convenios del año 1907- en los que se tipificaron numerosos crímenes de guerra “dejando al resto bajo el efecto rector de esta cláusula soberana que en pocas palabras expresa, en efecto, todo el principio animador y motivante del derecho de la guerra, y en realidad de todo el derecho, porque el objeto de todo derecho es

---

<sup>72</sup> Convenio de La Haya II sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 29 de Julio de 1899, Preámbulo. Chile no es parte de estos tratados por cuanto no fue invitado a la Primera Conferencia Internacional de la paz que dio vida a estos convenios de La Haya de 1899.

<sup>73</sup> Corte Internacional de Justicia. Obra citada. Opinión disidente Shahabudden, Mohamed., página 177

<sup>74</sup> *Ibidem*. Opinión disidente Weeramantry, Christopher Gregory., sección III párrafo 4 página 254.-

asegurar en el máximo grado posible que en las relaciones mutuas de los seres humanos de que se trate, imperen el derecho, la justicia y la humanidad”.

Es decir, creemos que esta cláusula agregada por el profesor Martens, desde un inicio, quiso dejar en claro que el hecho que una determinada conducta no haya podido ser incorporada en los Tratados no significaría su aceptación por la Comunidad Internacional o que su decisión pudiera quedar al arbitrio de los Jefes de los Ejércitos, sino que, hay ciertos Principios y una Conciencia de la Humanidad, que deben ser tenido como límites siempre.

Por otra parte, si fuera una norma de derecho consuetudinario, como ha señalado la Corte, y considerando su reciente incorporación en los Convenios de Ginebra de 1949, los cuales han alcanzado un reconocimiento universal, tendríamos que señalar que ha adquirido esa categoría propia de las normas del derecho imperativo en materia humanitaria. Es decir, alcanzaría una amplitud de aplicación que va más allá del mismo Derecho de la guerra, más allá de la conducción de hostilidades, para tener aplicación incluso respecto de aquellos que no son parte en dichos tratados.

### **13. Funciones de la Cláusula Martens.**

- a) Garantizar la validez y aplicación irrestricta de las normas consuetudinarias en el derecho de la guerra.

Otra perspectiva a considerara dice relación con la función que cumple. La Cláusula Martens cumple ciertas funciones en el ordenamiento jurídico relativo a los conflictos armados internacionales y no internacionales. Una función es garantizar la validez y aplicabilidad continuada de las normas preexistentes no incluidas en los Convenios sobre conflictos armados.<sup>75</sup> Con esto se refiere a los usos y costumbres de la guerra terrestre y naval que los Estados estaban codificando.

- b) La Cláusula Martens convierte en ineficaz la denuncia de un tratado o cualquier reserva con la que se pretenda exceptuarse de las obligaciones que impone el derecho de la guerra.

---

<sup>75</sup> Mangas Martín, Araceli. “Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario.” Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca España 1992, páginas 143 a 149. Citando a G. Abi Saab nota número 25 de dicha obra.

Cuando la Cláusula Martens aparece incorporada en el articulado de varios de los tratados más importantes del derecho de la guerra, la encontramos precisamente a propósito de la denuncia de un Tratado, privando de efecto tal denuncia, de manera que tales normas mantendrán su vigor aun fuera del vínculo convencional<sup>76</sup>. Es una forma muy concreta de atenuación del consensualismo al estar comprometidos valores superiores como son la protección de la humanidad.

- c) Servir como regla de hermenéutica en el derecho de la guerra, tanto para los Estados y personas imperadas, como también para los jueces llamados a conocer de un determinado caso.

Cumpliría además una función interpretativa – como señala la autora Mangas Martín – del conjunto de reglas codificadas por los tratados del Derecho Humanitario, tanto en su vertiente conocida como Derecho de La Haya o, Derecho de Ginebra, en el sentido que impediría la interpretaciones a contrario sensu de tales normas escritas e impide que la ausencia de regulación sea tenida como autorización tácita para emprender determinadas conductas.

#### **14. La Cláusula Martens: ¿Pertenece al denominado ius cogens?**

##### **a) Ideas generales acerca del ius cogens**

Se ha sostenido que las normas del Derecho internacional humanitario. De ahí podríamos colegir que Cláusula Martens, pertenece o formaría parte, del ius cogens o derecho internacional general, en los términos que define el artículo 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969. Y, entonces, compartiría esa misma naturaleza jurídica.

Apoyándonos en las clasificaciones que del derecho imperativo internacional o ius cogens da cuenta en su obra A. Gómez Robledo<sup>77</sup>, podemos situar a la Cláusula Martens como una norma de tal naturaleza: una norma de derecho imperativo internacional o del ius cogens en cuanto “ella devela que sí hay una

---

<sup>76</sup> Convenios de Ginebra I art. 63; II art. 62; III art. 143; IV art. 158; Protocolos adicionales de 1977 I art. 1; II preámbulo; Convenio de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones al empleo de ciertas armas convencionales de efectos excesivamente nocivos o indiscriminados de 1980, Preámbulo

<sup>77</sup> Gómez Robledo, Antonio. “El Ius Cogens Internacional, Estudio histórico crítico”. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, 2003.

obligación de respetar ciertos principios y observar una concreta conducta *en toda circunstancia* (haya o no violación o denuncia de la otra parte, etc.)”.<sup>78</sup>

Sí la Cláusula Martens, es una norma de derecho internacional imperativo o *ius cogens*, la cual entre sus tantas propiedades esta la de ser inderogable por la voluntad de los estados o de las personas, hecha la prevención de que la expresión inderogable, en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, en su traducción al francés y el inglés, debe entenderse en idioma español como sinónima de que no admite acuerdo en contrario<sup>79</sup>.

Esta idea, es reflejo de la distinción, a veces muy difícil de establecer, entre lo que es *iure cogentis* y *iure dispositivo*. Situación que ha sido objeto de pronunciamientos por parte de la Corte Internacional de Justicia en tres fallos: la primera es el “Caso del Canal de Corfú”<sup>80</sup> donde hace alusión a las consideraciones de humanidad como absolutas y obligaciones *erga omnes*, también en la causa Barcelona Traction y en la causa sobre las “Actividades militares y para – militares en Nicaragua y en contra de Nicaragua” de 1986.

En la causa Barcelona Traction, la Corte Internacional de Justicia hizo suya la doctrina del *ius cogens* al distinguir entre obligaciones para con la Comunidad Internacional y su conjunto y otras que no lo son. Y señaló a su respecto que “Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y genocidio, como

---

<sup>78</sup> Mangas Martín, Araceli. “Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario.” Obra citada. páginas 143 a 149.

<sup>79</sup> Gómez Robledo, A. Obra citada. (Referencia hecha a Miaja de la Muela, “*Ius cogens* y *ius dispositivum* en derecho internacional público”, Obra de Homenaje a Luis Legaz y Lacambra, Santiago de Compostela, 1960), página 75. (Se ha planteado una explicación, muy extensa, respecto de la traducción española del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados respecto al vocablo derogar que se emplea en el texto en inglés y francés. El principal exponente de ello es el autor Miaja de la Muela)

<sup>80</sup> El 22 de Octubre de 1946 los cruceros británicos Mauritius y Leander y los destructores Saumarez y Volage, dejaron el puerto de Corfú y navegaron al Norte a través de un canal que previamente había sido objeto de desminado en el Norte del Canal de Corfú. Fuera de la bahía de Saranda el Saumarez golpeó una mina y sufrió serios daños; mientras era remolcado, el Volage golpeó otra mina y sufrió daños aún mayores. El 13 de noviembre, el Norte del Canal de Corfú fue limpiado por buscaminas británicos y se encontraron y desconectaron 22 minas. La Corte Internacional de Justicia por entonces debió conocer de la causa incoada por Gran Bretaña que alegó que Albania no podía menos que saber que los Yugoslavos habían minado el canal que estaba bajo su jurisdicción territorial. La importancia de dicha causa radica en que la Corte se pronuncio sobre la responsabilidad de Albania para con la comunidad internacional señalando que “las obligaciones de las autoridades albanesas consistieron en notificar en beneficio de la navegación en general, de la existencia de un campo minado en las aguas territoriales albanesas y en advertir a los barcos británicos que se acercaban, del peligro inminente al que los exponía el campo minado. Tales obligaciones no sólo se basan en la Convención de la Haya de 1907 VIII, que se aplica en tiempos de guerra, también en ciertos principios generales bien reconocidos, como: consideraciones elementales de humanidad, aún más vigentes durante la paz que en la guerra; el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas; y la obligación que pesa sobre todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio se use para actos contrarios a los derechos de otros Estados”.

también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”.<sup>81</sup>

Un especialista, citado por Gómez Robledo, Kasto Jalil, se ha referido a estas normas, diciendo que “entre el *ius cogens* y el Derecho humanitario hay una estrecha conexión”. En efecto, el Derecho humanitario y los principios de humanidad, tienen muchos aspectos de carácter perentorio, lo que implica que no puede admitirse su violación, porque la mayoría de estos principios o normas son esenciales para la supervivencia de la comunidad o la protección de sus intereses comunes”.<sup>82</sup>

Así, Gómez Robledo, citando a Mac Neir (“The Laws of Teatrics” Oxford, 1961) nos señala que “Existen numerosas normas de derecho internacional consuetudinario que, por estar en una categoría superior, no pueden derogarse o modificarse por los Estados contratantes. Trátase de normas que han sido aceptadas o bien expresamente por un tratado, o tácitamente por una costumbre, en cuanto son necesarias para proteger los intereses públicos de la sociedad de Estados o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ella.”

También cita al autor alemán George Dahm (“Völderrecht”, Stuttgart, 1958, vol. I pag. 17 y vol. II pag. 65) quien expresa, distinguiendo entre Derecho compulsorio y permisivo, que las normas compulsorias (imperativas) del Derecho internacional consuetudinario constituyen un Derecho superior a las demás normas y que, en consecuencia, son nulos los tratados que a ellas se oponen, así como a los dictados de la moral universal. Con estas expresiones, estos autores sólo se anticipan a lo que será posteriormente el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados. Otro autor, Michael Villary ha definido el *ius cogens* así: “el *ius cogens* es una expresión de un interés común a la Sociedad internacional en su totalidad, o de una prescripción ética universalmente reconocida”.

Volviendo a la Cláusula Martens, ésta disposición ha pasado por diferentes etapas en su historia como hemos podido ver.

---

<sup>81</sup> Gomez Robledo, obra citada, página 61.

<sup>82</sup> Ibídem. Página 173.

Primero, la encontrábamos en el Preámbulo de los primeros tratados del Derecho de los conflictos armados, hoy reconocido como Derecho internacional humanitario. Posteriormente, en los tratados de Ginebra de 1949 la encontramos incorporada en el articulado y cumpliendo la función de hacer ineficaz la denuncia de dichos tratados. Dos fuentes, una en la parte fundamentante del tratado y, otra, en su articulado mismo, convertida en norma de derecho positivo. Y son las dos fuentes que se reconoce para las normas del Derecho internacional general o *jus cogens*.

Si consideráramos la función que esta Cláusula cumple, en el I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña en que la encontramos en el Artículo 63 a propósito de la denuncia del tratado y nos señala que “La denuncia sólo será válida para con la Potencia denunciante. No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Y, luego, en el II Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, positivada en el artículo 62. También en el III Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, en el artículo 142, siempre a propósito de la denuncia.

Podemos, en estos casos, concluir que se trata de una norma de Derecho imperativo, que está protegiendo valores superiores como son “los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Con todo, con ocasión de la Opinión Consultiva sobre las armas nucleares, los Estados más poderosos hicieron ver su absoluta discrepancia respecto de la Cláusula Martens.

#### **b) Efecto de una vulneración de esta Cláusula.**

Hay dos posturas reconocidas: Para quienes discrepan de la Cláusula Martens, está no es más que una disposición que carece de fuerza obligatoria. Para quienes la apoyan, especialmente en su incorporación a propósito de la denuncia de un tratado, la consideran una norma de Derecho internacional general o *jus*

cogens y, el efecto de cualquier acuerdo en contrario sería la nulidad, porque un acuerdo de tal característica equivaldría a un tratado contra bono mores.

Y, quienes consideran que es parte del ius cogens, nos dirán, que este es “un conjunto de normas imperativas que limitan la libertad contractual de las partes, y que existen no solamente en el derecho interno sino igualmente en el derecho internacional; es más, no es posible que no exista, ya que de lo contrario el derecho internacional no sería un orden jurídico”<sup>83</sup>.

Al respecto, se cita la opinión de Miaja de la Muela quien ha señalado que “un ordenamiento jurídico integrado por normas exclusivamente de tipo dispositivo, consistiría más bien en un repertorio de consejos que en un sistema de reglas”; “En cuanto pueda hablarse de la constitución de la comunidad jurídica internacional tendremos que convenir que en ningún ordenamiento jurídico es concebible una norma materialmente constitucional de estructura meramente dispositiva”<sup>84</sup>

Entonces, para concluir, sabiendo que hay quienes niegan incluso la existencia del ius cogens, diremos cuál sería la sanción, desde el punto de vista de quienes estiman que existe el ius cogens y que consideran a la Cláusula Martens como formando parte de él.

En cuanto a la función de hacer ineficaz la denuncia de los tratados de ya señalamos, la sanción es la nulidad del acto en contrario. “La inexistencia radical del mismo, como si nunca hubiera existido”. Como señala Gómez Robledo: “La nulidad es, entre las sanciones del acto ilícito, la más radical de todas, toda vez que reduce aquel acto a la nada, a la nada jurídica, nihil, nullus, null”.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Gómez Robledo, A. “El Ius Cogens Internacional, Estudio histórico.....” Página 61

<sup>84</sup> *Ibidem*. Página 62.

<sup>85</sup> *Ibidem*. Página 119.

## Capítulo III

### HACIA UNA CONSIDERACIÓN OBJETIVA DE LA CLÁUSULA MARTENS.

#### 15. La expresión “Principios del Derecho de Gentes”.

En el capítulo anterior hemos visto un poco de su historia, de su ubicación en los tratados, de las posibles funciones que cumple y de su eventual naturaleza jurídica como norma de Derecho internacional general. El camino para dar un significado que pueda ser objetivo a la Cláusula Martens estaría en dar contenido a las expresiones que en ella se predicán. Los Principios del Derecho internacional o del Derecho de gentes, como se denominaba originalmente, a los que se hace referencia en la Cláusula Martens, dimanán de una o más de tres fuentes distintas<sup>86</sup>:

- i. Las costumbres establecidas entre las naciones civilizadas (denominadas “usos establecidos” en el art. 1.2 del Protocolo adicional I).*
- ii. Las leyes de la humanidad (denominadas “principios de humanidad” en el art. 1.2) y,*
- iii. Las exigencias de la conciencia pública (denominadas “dictados de la conciencia pública” en el art. 1.2).*

Así, parece que la cláusula de Martens permitiría ir más allá del derecho convencional y de la costumbre invocando los principios de humanidad y unos dictados de la conciencia pública que habrá que determinar de donde provienen.

#### 16. Los Principios de Humanidad o Leyes de la Humanidad.

##### a) Antecedentes.

Esta debe entenderse como sinónima de “Leyes de la Humanidad” como aparece expresada en la redacción original de la cláusula de Martens, Preámbulo del

---

<sup>86</sup> Corte Internacional de Justicia. Obra citada. En su opinión disidente el Magistrado Mohamed Shahabudden da cuenta de estos tres tipos de fuentes, todas ellas fuentes positivas. Página 177.

Convenio II de La Haya de 1899. En su versión más reciente, en Protocolo adicional I de 1977, se emplea la expresión “Principios de Humanidad”.

Estas reconocidas leyes de humanidad son de largo linaje en la historia del pensamiento jurídico del hombre, se ha estimado que datan de unos tres mil años los antecedentes de ellas. Como lo expresa el M. Weeramantry en uno de los párrafos de su opinión separada, bajo el epígrafe “Antecedentes multiculturales de las leyes humanitarias”<sup>87</sup>, estas forman parte de una tradición milenaria citando expresamente dos epopeyas “El Ramayana” y el “Mahabaratha” hindúes, nos remite a una historia épica entre Rama, príncipe de Ayodhya en la India y Ravana, gobernante de Sri Lanka donde Lakshmana, hermano de Rama, obtiene un arma capaz de destruir toda la raza del enemigo incluso a quienes no portan armas. Rama señala a su hermano que no podría ser utilizada tal arma porque tal destrucción en masa estaba prohibida por las antiguas leyes aun cuando Ravana estaba combatiendo en una guerra injusta con un objetivo inicuo. También se hace alusión al antiguo código de Manú que prescribía ciertas limitaciones en la guerra que tienen como trasfondo el mismo elemento, las leyes de humanidad<sup>88</sup>.

Los Principios de Humanidad, se interpretan en el sentido de que se prohíben los medios y métodos de hacer la guerra que no sean necesarios para obtener una ventaja militar definitiva, o ventaja militar legítima. En efecto, la Cláusula Martens autorizaría a tratar los principios de humanidad, o cualquiera de las otras denominaciones que se las ha dado en el tiempo, y a los dictados de la conciencia pública como principios de derecho internacional, permitiendo que el contenido de la exigencia implicada se determine atendiendo a la variación de las condiciones.

¿Cuales serían esos principios de humanidad de que estamos refiriéndonos?

Si la respuesta fuera que hay que encontrarlos dentro del mismo ordenamiento internacional, considerando sus fuentes consuetudinaria y convencional, algunos

---

<sup>87</sup> Corte internacional de Justicia. Obra citada. Opinión separada M. Weeramantry, sección III párrafo 2. “Antecedentes multiculturales de las leyes humanitarias de la guerra”; páginas 246 a 250-.

<sup>88</sup> Idem.

de estos principios, referidos a la guerra terrestre, cuyo contenido explicaremos someramente, son los siguientes<sup>89</sup>:

#### **b) Principio de Limitación.**

Este principio lo encontramos ya en el Código Lieber pero es una institución que tiene a lo menos tres mil años de historia ya que está presente en las tradiciones culturales china e hindú.

Es en la Convención de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, II) 29 de julio de 1899 que entró en vigor: 4 de septiembre de 1900, donde aparece enunciado por primera vez y su artículo 22 lo formula así : “El derecho de los beligerantes a adoptar medios para causar daños al enemigo no es ilimitado”<sup>90</sup>.

En el título III bajo el epígrafe “Métodos y Medios de hacer la guerra” “Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra” sección primera, artículo 35 párrafo 1 del Protocolo adicional I de Ginebra de 1977 aparece este principio expresado en los siguientes términos: “En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”.

Principio de limitación que alcanza tanto los métodos como los medios de hacer la guerra, y la razón de ser son consideraciones de humanidad.

Este principio de limitación es emanación del principio más amplio que es el de distinción y a su vez expresión de la doctrina de la necesidad militar<sup>91</sup>.

##### *i. Limitación en cuanto a los métodos.*

Por la expresión “Método” debemos entender la forma de llevar a cabo las hostilidades y en general la guerra misma. Lo que pretende el derecho internacional humanitario y específicamente el derecho de La Haya, en estos

---

<sup>89</sup> Henckaerts, Jean Marie y Doswlad Beck, Louise. “El derecho Internacional Consuetudinario”, volumen 2 editado por el Comité internacional de la Cruz Roja y Cambridge University press. 2007. Este texto lo hemos usado para las referencias positivas a los principios.

<sup>90</sup> También lo encontramos en la Convención de La Haya de 1907 sección segunda “De las hostilidades”. Capítulo primero “De los medios para dañar al enemigo, de los sitios y bombardeos”, artículo 22.

<sup>91</sup> Sàssoli, Marco y Bouvier, Antoine. “Droit dans la guerre ?” volumen 2 páginas 96 a 99. Editado por Comité Internacional de la Cruz Roja, México. Este manual es contiene diversas propuestas pedagógicas acerca de cómo abordar un curso de derecho internacional humanitario, destacamos la propuesta del profesor Michel Deyra de la Universidad de Auvernia, quien propone una clasificación en tres clases de limitaciones en la conducción de las hostilidades militares, a saber, limitaciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione conditionis*.

aspectos, es acotar la violencia bajo la fórmula de prohibiciones configurando parámetros objetivos de racionalidad en el ejercicio de la violencia misma a objeto de impedir que se produzcan desbordes. Ejemplos de estos métodos prohibidos por derecho tenemos los siguientes: Perfidia<sup>92</sup>; Actos de Pillaje<sup>93</sup>; Actos que siembren terror en la población civil del adversario; Ataques indiscriminados; Toma de rehenes, etc.

*ii. Limitación en cuanto a los medios.*

Esta misma fórmula la encontramos en lo que se refiere a los medios de hacer la guerra. Por “*medio*” debemos entender la manera general o específica del uso de las armas y sistemas de armamentos en el contexto de un conflicto bélico y corresponde al ejercicio material de la violencia por medio del ataque ofensivo o defensivo cuya verificación objetiva comprende el daño o destrucción, los heridos o los muertos<sup>94</sup>.

Particularmente importante es su presencia en el Preámbulo de la Convención de 1980 actualizada en 2003 sobre prohibición y restricción al empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas y de efectos indiscriminados pues se refiere a una clase específica de armas. La fórmula en que se encuentra redactado es la siguiente: “Basándose en el principio de derecho internacional según el cual el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es limitado, y en el principio que prohíbe el empleo, en los conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales y métodos de hacer la guerra de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios”.

---

<sup>92</sup> En el Protocolo adicional I artículo 37 se define perfidia como “los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas del derecho internacional humanitario”.

<sup>93</sup> La prohibición del pillaje es una antigua prohibición que históricamente tiene antecedentes positivos ya en el Código de Lieber de 1863 artículo 44, la Declaración de Bruselas de 1874 artículo 18, y en el Manual de Oxford de 1880 artículo 32. Importantes referentes internacionales consideran a los actos de pillaje como crimen de guerra, a saber: el Tratado de La Haya de 1907 artículos 28 y 47 y el estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg. Es prohibido en el Convenio IV de Ginebra de 1949 artículo párrafo 2. y lo encontramos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional 1998, art. 8, párr. 2, apdo. b), inciso xvi y, que ha sido ratificado por Chile, promulgado por Decreto. Supremo 104 de 6 de julio de 2009, D.O. de 1 de agosto de 2009. También en Chile se ha promulgado la ley 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y los crímenes y delitos de guerra, incorporando en el título II párrafos 2 y 3 algunos delitos reconocidos como crímenes de guerra pero no considerando, entre los que tipifica expresamente, los actos de pillaje pero sí el de perfidia (artículo 28).

<sup>94</sup> Academia de Guerra del Ejército de Chile, Memorial, N° 470, 2003 páginas 192 - 213.

El principio de limitación, se traduce, como hemos expresado, en tres aspectos diferentes: limitación en cuanto a los métodos de hacer la guerra, limitación en cuanto a los medios de hacer la guerra y, limitación en la asignación de objetivos militares.

*iii. Limitación en cuanto a los objetivos militares.*

La fuente la encontramos en el título VI, Sección primera Capítulo III artículo 52 párrafo 2 del Protocolo adicional I donde a propósito de la cláusula general de protección de los bienes civiles expresa que “Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes 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 total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”

Así tenemos entonces que hay objetivos militares propios<sup>95</sup>, impropios<sup>96</sup> y objetivos desnaturalizados<sup>97</sup>.

A partir de estos conceptos, el artículo 51 párrafo 4 de este tratado califica como indiscriminados los ataques dirigidos contra un objetivo que no sea militar.

**c) Principio de distinción.**

Los autores consideran que este es el principio rector de todo en materia de conducción de las hostilidades y que de él emanan los otros que hemos señalado acá. Es decir, este debería ir primeramente.

Este principio tiene dos aspectos principales: Se debe distinguir entre civiles y combatientes y, ha de hacerse distinción entre bienes de carácter civil y bienes u objetivos militares.

---

<sup>95</sup> Los objetivos propios son aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan directa o indirectamente eficazmente al esfuerzo bélico como una línea de apoyo logístico, una base aérea, un puente ubicado en una zona estratégica, etc.

<sup>96</sup> Los objetivos impropios son aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización no son objetivos militares como una escuela o una ciudad, es decir, se trata de objetivos civiles.

<sup>97</sup> Los objetivos desnaturalizados recaen sobre aquellos bienes que siendo naturalmente objetivos no militares, se han desnaturalizado al estar empleados con una finalidad de apoyo al esfuerzo bélico, como una escuela que oculta una instalación militar, o que es ocupada como cuartel general, etc.

*i. Distinción entre civiles y combatientes*

En su aspecto que ordena distinguir entre civiles y combatientes, se enunció por primera vez en la Declaración de San Petersburgo de 1868, que establecía que “el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo.”

La Convención de La Haya de 1907 no especifica como tal que se tenga que hacer una distinción entre civiles y combatientes, pero su artículo 25 prohíbe “atacar o bombardear, cualquiera que sea el medio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos”. Hay autores que estiman que puede considerarse aplicación de este principio.<sup>98</sup>

El principio de distinción está ahora positivado en los artículos 48, 51, párrafo 2, y 52, párrafo 2, del Protocolo adicional I de 1977, a los que según consigna la bibliografía consultada, no se ha hecho ninguna reserva. Según el Protocolo adicional I, se entiende por “ataques” los “actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”.

*ii. Distinción entre bienes civiles y bienes militares.*

En cuanto a los bienes, el derecho establece que se debe distinguir entre bienes civiles y bienes objetivos militares. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Téngase por reproducido lo expresado a propósito del principio de limitación. Por tanto, los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares y, los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

En este aspecto cobra importancia la clasificación de los objetivos que hacíamos a propósito de la limitación en la asignación de los objetivos pues se destaca la existencia de bienes u objetivos desnaturalizados. Esta situación ha sido de normal ocurrencia en las dos guerras de Irak ocurridas en el presente siglo.

Este principio se encuentra codificado en el artículo 48 y párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo adicional I de 1977.

---

<sup>98</sup> Henckaerts, Jean Marie y Doswlad Beck, Louise. Obra citada.

*iii. La prohibición de realizar ataques indiscriminados.*

El principio de discriminación nació de la preocupación fundamental de que las armas de la guerra no fueran usadas indistintamente contra objetivos militares y civiles. Los no combatientes necesitaban estar protegidos por las leyes de la guerra. Así el Magistrado Weeramantry <sup>99</sup> en su opinión separada para la cuestión sobre las armas nucleares que hemos venido citando, nos recuerda que el artículo 48 del Protocolo adicional I reitera como principio fundamental del derecho humanitario el que a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes.

Entonces este principio de discriminación no es más que el principio de distinción y una de sus expresiones es la prohibición de efectuar ataques indiscriminados que se estipula en el párrafo 4 del artículo 51 del **Protocolo adicional I** de 1977 y cuya enunciación es la siguiente:

“Capítulo II - Personas civiles y población civil”; Artículo 51 - Protección de la población civil”

“4. Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados:

- a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
- c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil”.

Luego, el párrafo 5 de esta disposición convencional nos señala que “Se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque:

---

<sup>99</sup>Corte Internacional de Justicia. Obra citada. Opinión disidente M. Weeramantry sección III párrafo 10 letra b páginas 267 y 268.-

a) Los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil.

b) Los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.

Si observamos la regla de éste párrafo 4 del artículo 51 del Protocolo adicional I de Ginebra 1977, tiene la misma redacción que una norma similar del Protocolo II de la Convención sobre ciertas armas convencionales de 1980 según fue enmendada en 1996.

Se ha señalado que en la “**Conferencia Diplomática sobre Desarrollo y Reafirmación del derecho internacional humanitario**” que concluyó con la aprobación de los Protocolos adicionales de 1977 y la cual hacíamos referencia en la exposición histórica, Francia votó en contra de la redacción del artículo 51 porque consideraba que el párrafo 4 podía “por su complejidad, convertirse en un serio obstáculo para la conducción de las operaciones militares de defensa contra un invasor y comprometer así el ejercicio del derecho natural de legítima defensa reconocido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas”. Sin embargo, cuando ratificó el Protocolo adicional I no hizo ninguna reserva con respecto a la prohibición de perpetrar ataques indiscriminados. Por otra parte, México declaró que el artículo 51 era tan fundamental que “no puede ser objeto de ningún tipo de reservas, porque éstas serían incompatibles con el objetivo y el fin del Protocolo I, negándolo en su esencia ” <sup>100</sup>.

*¿Pero cuando un ataque podría considerarse que infracciona el principio de discriminación?*

*a) Cuando no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;*

---

<sup>100</sup> Henckaerts, Jean Marie y Doswlad Beck, Louise. Obra citada.

*b) Cuando en su ejecución se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o*

*c) Cuando en su ejecución se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por la ley internacional;*

*d) Cuando en cualquiera de tales casos, pueda alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil.*

#### **d) Principio de proporcionalidad.**

Este principio ha sido enunciado en forma general así: “Queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.

Podemos encontrarlo positivado en el artículo 51, párrafo 5, apartado b) del Protocolo adicional I de 1977, y se repite en el artículo 57.

También lo encontramos en el Protocolo II de la Convención sobre ciertas armas convencionales de 1980, art. 3, párr. 3 y, en el Protocolo II enmendado de la misma del año 1996, art. 3, párr. 8.

A título de ejemplo podríamos señalar la prohibición de atacar instalaciones que liberen o que se pueda prever que liberen fuerzas peligrosas y de efectos indiscriminados, contenida en el **Protocolo adicional I**, párrafo 1 del artículo 56 se establece que, “no serán objeto de ataques<sup>101</sup> aunque sean objetivos militares, las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil”.

Otro ejemplo tenemos en la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980)<sup>102</sup> que en el

---

<sup>101</sup> Protocolo adicional I (año 1977) Artículo 49 - Definición de ataques y ámbito de aplicación párrafo 1. Se entiende por ataques los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos.

<sup>102</sup> Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980). La versión es la editada

Protocolo III “Sobre prohibiciones o restricciones al empleo de armas incendiarias”<sup>103</sup>, contiene normas basadas en los principios de distinción y proporcionalidad obligando a las partes en conflicto a tomar todas las “precauciones viables”<sup>104</sup> para limitar los efectos de los ataques a objetivos militares y, en cualquier caso reducir al mínimo la muerte incidental, las lesiones a personas civiles y los daños a los bienes civiles como también al medio ambiente natural, con tales armas.

La prohibición establecida es del siguiente tenor:

“Artículo 2 Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil

“1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil”.

“2. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias lanzadas desde el aire cualquier objetivo militar ubicado dentro de una concentración de personas civiles”.

“3. Queda asimismo prohibido atacar con armas incendiarias que no sean lanzadas desde el aire cualquier objetivo militar ubicado dentro de una concentración de personas civiles, salvo cuando ese objetivo militar esté claramente separado de la concentración de personas civiles y se hayan adoptado todas las precauciones viables ....”

“4. Queda prohibido atacar con armas incendiarias los bosques u otros tipos de cubierta vegetal, salvo cuando esos elementos naturales se utilicen para cubrir, ocultar o camuflar a combatientes u otros objetivos militares, o sean en sí mismos objetivos militares”.

---

por Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, Suiza, Junio de 2006, publicada en [www.cicr.org](http://www.cicr.org) y que es la misma que está contenida en (Biblioteca del Congreso Nacional base virtual) <http://www.bcn.cl>

<sup>103</sup> Ibídem. Protocolo III Sobre prohibiciones o restricciones al empleo de armas incendiarias, art. 1 párr. 1 establece que Se entiende por “arma incendiaria” toda arma o munición concebida primordialmente para incendiar objetos o causar quemaduras a las personas mediante la acción de las llamas, del calor o de una combinación de ambos, producidos por reacción química de una sustancia que alcanza el blanco. En la letra a) señala que “Las armas incendiarias pueden consistir, por ejemplo, en lanzallamas,”fougasses”, proyectiles explosivos, cohetes, granadas, minas, bombas y otros contenedores de sustancias incendiarias”.

<sup>104</sup> Ibídem. Protocolo III art. 1 párr. 5. Por “precauciones viables” se entiende aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso las consideraciones humanitarias y militares.

En conclusión, la cláusula de Martens, en algún sentido es un reflejo de la doctrina de la necesidad militar, cuestión que encontramos en el Código Lieber<sup>105</sup> que es un importante antecedente del derecho de los conflictos armados. En el artículo 14, Lieber, concebía la necesidad militar de la siguiente manera: “La necesidad militar, tal como la entienden las naciones modernas y civilizadas, consiste en la necesidad de tomar las medidas indispensables para garantizar el final de la guerra, y que son legítimas de conformidad con el moderno derecho y los usos de la guerra”.

Entonces, todo aquello que no se justifique por una necesidad militar imperiosa estaría prohibido por las leyes de la humanidad, puesto que este orden normativo representa un equilibrio entre lo que son las necesidades militares y las necesidades de humanidad.

Estos principios a los que someramente hemos hecho referencia son expresión positiva de aquellos principios de humanidad a los que apela la Cláusula Martens.

#### **e) Principio de la protección o Cláusula de Protección.**

Como en este trabajo hemos querido referirnos a la Cláusula Martens sólo en cuanto ella atañe a la conducción de las hostilidades militares señalaremos que Jean Luc Blondel ha identificado este principio al que algunos autores como Francois Buignon llaman Cláusula de Protección el cual tiene por finalidad proteger a los heridos y enfermos en campaña o personas fuera de combate o que no participan directamente de las hostilidades, “a quienes se ha de respetar la vida, la integridad física y moral. Estas personas serán – dice este autor – en toda circunstancia, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.”<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Méndez Silva; Ricardo y López Ortiz, Lilitana. “Derecho de los conflictos armados”, Compilación de instrumentos internacionales, etc. Universidad Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2003. Ocupado para la versión del código Lieber en español.

<sup>106</sup> Infante, Maria Teresa. “Estudios de derecho internacional humanitario”, compilación de textos, Instituto de estudios internacionales de la Universidad de Chile, Santiago, 1994. páginas 10 a 14.

## 17. Los dictados de la conciencia pública<sup>107</sup>

Para determinar el alcance de éste instituto hay dos posturas: una muy amplia y otra más restringida. Según la primera interpretación de la que da cuenta las opiniones separadas de algunos Magistrados en el asunto de la Corte Internacional de Justicia sobre las armas nucleares, habrá que tener en consideración todo cuanto permita conocer dicha conciencia pública, la cual emanaría de proyectos de leyes, declaraciones, resoluciones, diversas comunicaciones hechas por personas e instituciones altamente cualificadas, aunque no sean entes que respondan a los Estados.

La otra postura es más restringida y alude a que esta debe provenir de fuentes con conocimiento de causa, que es como les denomina el Juez Shahabuddeen en su opinión disidente, y da como ejemplos las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>108</sup>, pero con el demérito que sí no han sido aprobadas por unanimidad o una mayoría muy amplia, difícilmente podrían considerarse una norma consuetudinaria de lege lata. Sin embargo, estas resoluciones dan cuenta de la existencia de una conciencia pública internacional, ya que en el fondo podríamos decir que representan la opinión de la Comunidad Internacional obviamente con las limitaciones políticas que se dan en una realidad en que hay Estados con diferentes niveles de desarrollo político, económico y militar, y con la influencia internacional correlativa a tal situación<sup>109</sup>.

Otros consideran que la Conciencia Pública es un concepto demasiado vago como para servir de base a una norma jurídica independiente por lo que ha tenido poco apoyo. Entonces, se señala que a falta de una norma positiva prohibitiva de derecho internacional, convencional o consuetudinario estaría permitida una determinada conducta.

---

<sup>107</sup> Corte internacional de Justicia. Obra citada Opinión disidente M. Weeramantry.. sección III párrafo 5 y 6 letra b páginas 255 a 259-

<sup>108</sup> En el párrafo número 70 de la Opinión Consultiva sobre las armas nucleares la Corte Internacional de Justicia ha señalado que “La Corte observa que las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma (consuetudinaria) o la aparición de una opinio juris. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una opinio juris en cuanto a su carácter normativo. Puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la opinio juris necesaria para el establecimiento de una nueva norma”.

<sup>109</sup> Ticehurst, Rupert. Obra citada.

¿Habrá algún medio objetivo de encontrar un contenido a esa conciencia pública? Creemos que los dictados de la conciencia pública es un concepto que encarna la idea de derecho que tiene la comunidad internacional en un momento histórico determinado. Es obviamente una cuestión de hecho que corresponderá al Sentenciador ponderarla en justa dimensión conforme las probanzas que se produzcan.

El medio más objetivo de determinar dicha conciencia pública es precisamente el contenido mismo del ordenamiento jurídico pues como dice Legaz el derecho es ontológicamente un punto de vista sobre la justicia. Y siendo una forma social vivida, materializada en la realidad concreta, resulta ser más fácil acceder a su conocimiento.

Y, entonces ¿qué preguntas tendría que plantearse el Juez en su fuero íntimo para determinar lo que la conciencia pública considera como antijurídico en estas materias? Weeramantry ha señalado que una forma idónea de determinar cual es esa conciencia pública sería plantear algunas preguntas dirigidas al ciudadano promedio, y tomando el caso de la legalidad del empleo y amenaza con armas nucleares nos plantea algunas como las siguientes<sup>110</sup>:

¿Es lícito para los fines de la guerra inducir cánceres, tumores, queloides o leucemias en grandes cantidades de personas de la población enemiga? Esta pregunta dice relación con la prohibición de causar daños sufrimientos innecesarios superfluos.

¿Es lícito para los fines de la guerra provocar deformaciones congénitas y retardo mental a los niños aun no nacidos de la población enemiga?

¿Es lícito para los fines de la guerra envenenar las existencias de alimentos de la población enemiga?

¿Es lícito para los fines de la guerra provocar cualquiera de los daños mencionados en la población de los países vecinos que no participan de las hostilidades?

---

<sup>110</sup> Corte Internacional de Justicia, obra citada, M. Weeramantry. Opinión separada.

## **SINTESIS.-**

### **Capítulo I EL TEMA DEL DERECHO NATURAL**

#### **1. Sobre el concepto derecho natural.**

Los antecedentes de la doctrina del derecho natural son de antigua data en la historia y se reconoce descomponiendo el concepto en los vocablos *naturale* y *ius*.

Con Ulpiano, *naturale* era aquello que la naturaleza enseña a todos los animales (*quos natura omnia animalia docuit*). El vocablo *ius*, el jurisconsulto romano lo identificaba con justicia o *iustitia*, al señalar que Celso definía el Derecho como el arte de lo bueno y equo. Justicia era definida como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo. (*Constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuendi*).

#### **2. Referencia histórica.**

Nos hemos referido a los aspectos más relevantes de cada período en la evolución histórica de la doctrina del derecho natural destacando aquellos aportes más relevantes

##### **a) La edad antigua.**

Es el periodo pre-cristiano, dominado por una visión objetivista, en que la naturaleza es apreciada como el orden racional cósmico, el logos rige todo el cosmos y en él se haya fundada toda justicia.

En la época antigua destacamos las siguientes grandes aportes a la idea de existencia de un derecho natural:

- i. La idea de que existen leyes de la naturaleza con carácter de necesidad y permanencia, que representan un orden auténtico e inalterable.*
- ii. La idea de que existe una justicia por naturaleza y otra justicia legal o convencional, lo que nos muestra la contraposición entre un orden jurídico ideal siempre y universalmente valido constituido por leyes no*

*escritas o lex naturalis, y un orden jurídico concreto, históricamente variable constituido por leyes positivas o escritas, lex humana.*

- iii. *La distinción primaria entre dos órdenes normativos: el ius gentium y el ius civile.* El ius civile lo entienden los romanos como aquel que cada pueblo se da a si mismo y ius gentium como aquel que es observado de forma igual por todos los pueblos, el que en verdad ha establecido la razón natural entre todos los hombres (*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*), con vigencia universal y no limitada a un pueblo determinado.

## **b) La época medieval.**

Es difícil establecer una fecha de inicio de la llamada época medieval. Antiguamente se pensaba que el medioevo era un tiempo de pobreza intelectual y científica.

Por el contrario encontramos importantes aportes al pensamiento ius naturalista como por ejemplo los siguientes:

- i. *La doctrina de limitación del poder, noción que significa que el poder del monarca se encuentra limitado por el derecho y la justicia.*

Consecuencia de lo anterior es el derecho de resistencia a la tiranía, es decir, que *la autoridad del rey es la autoridad del derecho (jus) y, en consecuencia, el rey no tiene, ciertamente, igual en su reino, pero está sometido a Dios y a la ley.* Así, *la diferencia entre el príncipe y el tirano es que el príncipe obedece a la ley y gobierna su pueblo conforme al derecho, en tanto que el tirano no está jamás satisfecho sino cuando abroga la ley y reduce su pueblo a la esclavitud. El príncipe es el servidor del bien común y de la equidad.*

- ii. *El declinar del ius naturalismo religioso.*

En la edad media se produce el eclipse de la doctrina ius naturalista de base religiosa y la aparición de las tesis racionalistas, lo que conduce a las doctrinas intelectualistas y voluntaristas de la ley.

La doctrina intelectualista considera a la ley como la expresión de la recta razón. No existe una razón divina, siempre existirá la que proviene de los dictados de la

sana razón, la cual pasa a ocupar el lugar de *fuerza determinadora de lo que es bueno y lo que es justo*.

De manera que el intelectualismo dejaba abierto el camino al positivismo jurídico estableciendo que no hay nada en la naturaleza de las cosas que pueda establecer el valor de lo bueno y lo justo, sino que todo depende de la autoridad que es la que determina la norma jurídica.

### **c) La época moderna**

Como consecuencia del individualismo que surge del humanismo y del protestantismo, se produce una separación cada vez más tajante entre las tendencias intelectualista y voluntarista del Derecho.

#### *i. La doctrina intelectualista:*

Producto de la evolución del intelectualismo radicalizado, se llega a considerar que la ley sólo es ley en la medida que deriva de la recta razón. Y, sólo así puede darnos una idea de lo justo y lo injusto; siendo justo, lo éticamente racional e injusto, lo contrario a la recta razón.

Recta razón viene a reemplazar a la razón divina y, como tal, sus principios ius naturales resultan ser racionalmente claros y evidentes e inmutables y, el medio para acceder a su conocimiento será el método deductivo.

#### *ii. Las doctrinas subjetivistas del contenido del derecho natural.*

Es en la época moderna donde se subjetiviza el contenido del derecho natural, lo que dará forma a un catálogo de derechos naturales innatos (*iura connata*) considerados inmutables o cuasi inmutables (*quasi inmutabilia*), inviolables en todo tiempo, los que toda legislación positiva debe respetar por venir dados estos por la propia naturaleza. Frente esos derechos surge el otro catálogo de los deberes fundamentales del hombre para consigo mismo y con los demás miembros de la humanidad.

#### *iii. El derecho natural se convierte en ciencia autónoma con su propio objeto.*

Esta pretensión de sistematización en la época moderna adquiere un desarrollo amplio y estrictamente ordenado del contenido normativo del derecho natural.

Surgen las doctrinas que señalan la contraposición teórica entre un estado de naturaleza virgen y otro estado de naturaleza caída; un estado naturaleza pre-social o pre-positivo y un estado regido por una organización social y estatal y por leyes positivas. De esta misma época son las doctrinas del pacto social.

### **3. La inferencia a partir de la naturaleza de la cosa.**

#### **a) Antecedentes.**

La inferencia basada en la naturaleza de la cosa es una tradición que tiene raigambre en la doctrina jurídica alemana y que sigue presente hasta mediados del siglo pasado. Lo que no obsta a que haya sido objeto de severas críticas a partir de un valor fundamental como es la seguridad jurídica.

Para quienes sostienen esta doctrina, se trata de un método de gran funcionalidad o utilidad práctica lo que se explica señalando que, en ausencia de leyes y de normas consuetudinarias, *es posible inferir a partir de la naturaleza de la cosa una institución jurídica alemana reconocida por la ley, por el derecho consuetudinario o por los convenios de los particulares, y esta inferencia (a partir de la naturaleza de la cosa) tiene validez general al igual que la sana razón, tiene además aplicación cuando faltan disposiciones positivas, en la decisión de conflictos, al igual que los otros principios jurídico racionales ( Runde).*

El acercamiento de esta doctrina al derecho natural se hace evidente cuando se la identifica con el derecho racional absoluto entendido como el conjunto de aquellos principios de validez universal deducidos por la razón.

#### **b) La naturaleza de la cosa como fuente supletoria de última instancia en el derecho.**

Una forma de entender esta doctrina es con relación a las fuentes de la jurisprudencia alemana. Se ha señalado que cuando las fuentes históricas no son suficientes, hay que recurrir a la naturaleza de la cosa que, en última instancia, no es otra cosa que la aplicación del derecho natural, es decir, una razón natural (naturales ratio) aplicada a la naturaleza de las relaciones dadas (Reycher).

Entonces, la naturaleza de la cosa ocupa, entre las fuentes mediatas, una posición fundamental, cuando ni siquiera la analogía se muestra idónea para resolver la cuestión.

**c) La relación entre naturaleza de la cosa y derecho cultural.**

Esta forma de entender la doctrina de la naturaleza de la cosas tiene relación con la escuela histórica del derecho donde adquiere un gran desarrollo.

Señalan que en la historia de una comunidad encontramos serie de motivaciones que configuran y modelan su cultura jurídica. Conociendo dichos principios sería posible acceder al conocimiento de la idea de derecho que subyace en el inconsciente de dicha comunidad.

*Así, el derecho de una comunidad estaría delimitado por legalidades objetivas previamente dadas, como ciertos datos objetivos previos y que operan en la configuración del contenido normativo del derecho. Legalidades objetivas que pueden fijar los límites de todo derecho posible (Coing).*

El derecho se puede abordar desde una dimensión puramente teórica como un fenómeno social que es expresión de valores y realidades cognoscibles por el hombre y que determinan su conducta y que, por constituir parte del mundo en que vive, determinan el contenido del derecho que una determinada sociedad se da.

**d) Naturaleza de la cosa, justicia y valores.**

Coing parte de la noción de los valores entre los cuales destaca a la justicia. Intentará probar la existencia de valores morales subsistentes por si mismos y la posibilidad de su conocimiento evidente por parte del hombre. Así, la justicia sería un valor objetivo en si mismo que ocupa el lugar supremo entre los demás valores jurídicos. Hacer inteligible la idea de justicia, o, cuál sea la medida de la justicia, es un problema de gran complejidad y el tema eterno de la filosofía.

Entendida en este sentido amplio, la naturaleza de las cosas nos remite a un ordenamiento objetivo inmanente al que la idea de justicia debería acomodarse. Orden objetivo de legalidades previamente dadas donde descansaría la idea de derecho de una determinada comunidad.

#### **e) La perspectiva del derecho natural como fenómeno cultural.**

Desde esta perspectiva, se plantea la existencia del derecho natural en relación con el concepto de cultura y no con el concepto naturaleza. En función de las metas y valores comunes que se puedan identificar en una sociedad, o en relación con el pensamiento finalista de sus integrantes.

Es propio de los seres humanos crear formas de organización social al interior de las cuales se dan relaciones de cooperación, y donde se regulan la autoridad, la división del trabajo y distribución de privilegios y deberes.

Por ello, considerar que hay un ordenamiento en el plano puramente formal, idéntico a todas las culturas, puede llevar a la negación de la existencia de un derecho natural, porque cada sociedad humana resuelve de manera diferente los desafíos que le plantea el mundo externo en que viven. Mas bien la solución es determinar lo que hay de común entre las diferentes culturas.

#### **4. El problema del derecho y la guerra.**

##### **a) La vinculación entre derecho y guerra.**

En esta perspectiva los autores se plantean la pregunta acerca de si puede la guerra ser objeto de regulación jurídica y si la guerra es un modo de ejercitar el propio derecho.

A pesar de que la realidad demuestra que el sometimiento de la guerra al derecho depende de múltiples factores, la respuesta parece ser afirmativa por los siguientes motivos:

- i. Sólo si la guerra es sometida al derecho puede dejar de ser respuesta a un estado de necesidad o la ultima ratio en determinadas situaciones.*
- ii. Que, si bien la guerra ha sido considerada como algo esencial al hombre, no por ello es inevitable porque aceptar la guerra como algo inevitable significaría que acogemos las doctrinas deterministas en que la libertad del hombre se anula. Al contrario, el hombre nunca deja ser libre cuando opta por la guerra o prefiere evitarla.*
- iii. La propia calificación de la guerra es jurídica y, siendo así, necesariamente debe ser objeto de regulación por el derecho.*

- iv. *Supuesta la relación entre derecho y fuerza, siendo el derecho una forma de distribución de la fuerza, entonces la guerra sería una forma regulada de uso de la fuerza.*
- v. *Al contrario de lo anterior, en que la guerra es expresión del uso legítimo de la fuerza, tenemos que la prohibición absoluta de la guerra deja al hombre inerme, indefenso, siendo la legítima defensa un derecho natural.*
- vi. *La exclusión total de la guerra como medio de defensa del derecho, produciría el efecto indeseado llevando al imperio del más fuerte sobre los más débiles e incluso a su aniquilación.*

Entonces, la respuesta para la pregunta de si cabe una regulación jurídica de la guerra es afirmativa, lo que no excluye los matices.

#### **b) Guerra justa y guerra defensiva.**

Este problema pone de relieve la relación entre la moral y el derecho. Así, en el pasado se señalaba que, para que una guerra fuera justa era menester una autoridad legítima que la declare; que exista justa causa, recta intención y, que se observen en la conducción de las hostilidades de determinadas normas.

Es la doctrina de la guerra justa. Una mediación entre pacifismo absoluto y el belicismo que consideraba lícita cualquier guerra.

Pero esta doctrina carece de sentido en la época actual. Primero, porque las características técnicas que ha alcanzado el armamento moderno ha colocado al mundo en una situación de que cualquiera guerra, por insignificante y limitada que sea, podría llevar a la humanidad a su aniquilación. Y, segundo, porque en la realidad actual la mayoría de las guerras no son entre entes estatales, ni son declaradas, sino que ocurren entre agrupaciones irregulares y al interior de las fronteras de los estados e incluso, en muchos casos, las traspasan.

#### **c) La cuestión de la guerra defensiva y la naturaleza de las armas nucleares y de destrucción masiva.**

Surge acá el problema de si frente a una agresión con armas atómicas será posible una defensa legítima y si dicha defensa legítima podría cumplir con el requisito de ser proporcionada.

La respuesta será que la guerra en legítima defensa no tiene sentido cuando la agresión es con armas nucleares.

Los expertos han señalado que quien esté en condiciones de dar el primer golpe, es decir, el que ataca primero, sólo ese se encuentra, como dice Bobbio, en la condición favorable para hacer irrealizable el principio de la igualdad entre delito y castigo, y en consecuencia la guerra defensiva en el sentido tradicional de la palabra no existe. Tampoco existiría, como señalara Juan XXIII, la llamada guerra justa.

En la agresión con armas atómicas, en el supuesto de que el agredido pueda responder, las consecuencias de dicha defensa afectarían a toda la humanidad y no solo a los involucrados. No podría haber racionalidad en la estrategia del primer golpe porque equivaldría a legitimar la guerra preventiva. Por otra parte, no podría existir la opción de defenderse porque habría que agredir primero para evitar lo segundo. En consecuencia, la estrategia atómica no puede ser admitida en ninguna circunstancia pues su consecuencia sería la aniquilación mutua de los contendientes y de una gran parte de la humanidad.

Con el arma atómica no hay nada que distinguir, ni entre civiles ni combatientes, ni entre objetivos civiles ni militares. No hay fronteras que hagan la distinción, ni existe la proporcionalidad.

## **5. Planteamiento del tema.**

Entre muchos otros aspectos, este problema dice relación con el tema de la supralegalidad; con lo que se conoce como órdenes o valores indeterminados o en blanco, estándares jurídicos, conceptos válvula o máximas de experiencia, aunque su importancia tiene que ver con el modo en que el Juez se enfrenta a la prueba pertinente.

Como son “en blanco” dan lugar a que sea el Juez quien por la vía de interpretación, pueda tener en consideración los valores y principios que informan un determinado ordenamiento jurídico, llámeseles derecho natural, naturaleza de la cosa, etc.

El problema de la supralegalidad nos remite a las formas que el tema puede asumir en la legislación.

- i. *Reconocimiento en la legislación de la primacía del derecho supralegal;*
- ii. *Referencia hecha en la legislación a la existencia de un derecho supralegal; y*
- iii. *Justificación supralegal de ciertas infracciones constitucionales.*

Este trabajo se proyecta al caso de un instituto del Derecho de los conflictos armados o Derecho internacional humanitario conocido como la Cláusula Martens cuyo texto original apareció por primera vez en el preámbulo de la **Convención II de La Haya de 1899** y, que reza así:

*Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.*

## **Capítulo II**

### **LA CLÁUSULA MARTENS**

#### **6. Antecedentes generales.**

En el desarrollo del Derecho internacional humanitario tenemos dos grandes periodos históricos. El primer período, de la pre codificación, se caracteriza por la existencia de usos y costumbres aplicadas en los conflictos armados e iniciativas encaminadas esencialmente a limitar la conducción de las hostilidades aunque también hay iniciativas respecto de los soldados heridos y enfermos en campaña.

Lo distintivo de los tratados y acuerdos de este período es que estos compromisos sólo son obligatorios para las Partes Contratantes o Adherentes al mismo, en caso de guerra entre dos o más de ellos mismos, pero no es vinculante a los otros actores internacionales que no hayan consentido en obligarse por ella.

El segundo periodo histórico es el del derecho codificado, Se inicia con la Convención de La Haya de 1899 y la de 1907, que importan el más completo desarrollo del derecho de los conflictos armados.

## **7. El Derecho Internacional Humanitario Moderno.**

### **a) Sus orígenes**

Se ha dicho que deriva, principalmente, de dos iniciativas:

La primera iniciativa fue la de Henry Dunant y sus colegas en el Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos, el futuro Comité Internacional de la Cruz Roja la cual tuvo como fruto el primer convenio internacional conocido como «**Convenio de Ginebra para mejorar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña**», firmado el 22 de agosto del año 1864 y ratificado en el transcurso de los años siguientes por la casi totalidad de los Estados.

La segunda iniciativa es la del gobernante del zar Alejandro II quien, preocupado por el hecho de que se había desarrollado un tipo de balas huecas llenas de material inflamable y, de balas explosivas que se aplastaban en el cuerpo aumentando innecesariamente el sufrimiento de los soldados, pensó en prohibir el empleo de tales balas porque, además, sus ejércitos quedaban en situación de gran desventaja. De ahí surgió la iniciativa para la Conferencia en la que se aprobó la Declaración de San Petersburgo del 29 de noviembre – 11 de diciembre de 1868 donde se establecen los principios fundamentales del derecho relativo a la conducción de las hostilidades militares en la guerra terrestre, limitando el empleo de proyectiles explosivos de menos de 400 gramos.

Luego de la guerra franco-prusiana y por iniciativa de Dunant y del Gabinete Imperial de Rusia se retomaron las iniciativas para extender la protección de los soldados heridos y enfermos en campaña. Se convocó a un Congreso que se reunió en Bruselas en el verano de 1874 donde se aprobó una Declaración Internacional sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre la cual nunca llegó a ser ratificada.

## **b) La distinción entre Derecho de La Haya y Derecho de Ginebra**

Como los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, por largos años fueron los pilares principales del derecho en materia de la conducción de las hostilidades, se suele exponerlos como una rama del derecho autónoma o separada, con el sugerente nombre “derecho de La Haya”.

Pero, el objetivo fundamental tanto del derecho de La Haya como del “derecho de Ginebra” es la protección de las víctimas en los casos de conflictos armados.

Por otra parte, los Convenios de Ginebra procuran proteger a la persona cuando se ha convertido en víctima, es decir, los heridos, los náufragos, los prisionero de guerra o las personas civiles que caen en poder del adversario.

Actualmente se considera que esta distinción entre derecho de La Haya y derecho de Ginebra ha perdido vigencia al tenor del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y, particularmente, luego de la aprobación de los Protocolos adicionales I y II de 8 de junio de 1977, que son el resultado de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario.

## **c) Desarrollos posteriores a la Segunda Guerra Mundial.**

Con posterioridad a la segunda guerra se ha convocado a conferencias de las cuales han resultado importantes tratados internacionales de derecho internacional humanitario relativos a la conducción de las hostilidades militares, a saber:

a) *La Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, aprobada en La Haya, el 14 de mayo de 1954,*

b) *La Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, del 10 de abril de 1972,*

c) *La Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario que tuvo como resultado los Protocolos adicionales I y II de 1977.*

d) *La Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, del 10 de octubre de 1980,*

e) *La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción, firmada en Ottawa, el 18 de septiembre de 1997.*

## **8. Referencia histórica a la Cláusula Martens.**

La Cláusula Martens, a la que ya hemos hecho alusión, es un texto que forma parte del Derecho de los conflictos armados cuyo origen es más bien accidental, que no guarda relación con el alcance que ha tenido desde entonces.

Lleva el nombre su autor, el delegado de la Cancillería Rusa en la Primera Conferencia de La Haya, profesor Von Martens, quien leyó esta declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante.

Así surge esta cláusula que desde entonces la encontramos reiterada en los Convenios de Ginebra I art. 63; Convenio de Ginebra II art. 62; Convenio de Ginebra III art. 143; Convenio de Ginebra IV art. 158, todos del año 1949. En el Protocolo adicional de I art. 1 y, Protocolo adicional de II preámbulo y, en el Convenio de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones al empleo de ciertas armas convencionales de efectos excesivamente nocivos o indiscriminados de 1980, Preámbulo.

## **9. Referencia biográfica.**

**Fiódor Fiódorovich Martens** fue un diplomático y jurista de origen alemán, pero nacido en territorios del Imperio Ruso y que se desempeñó como representante de Rusia en las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907.

## **10. Referencias positivas.**

Las siguientes referencias dicen relación con los Tratados Internacionales donde se encuentra incorporada la Cláusula Martens, ya sea formando parte del Preámbulo, o incorporada en el articulado. Podemos mencionar los siguientes:

- a) *El I Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.-*
- b) *El II Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.-*
- c) *El III Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra.*
- d) *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I ), 8 de junio de 1977.*
- e) *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II ).-*
- f) *Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (CCW). Ginebra, 10 de Octubre de 1980.*

## **11. Las interpretaciones que suscita.**

Por su propia naturaleza, el tema es debatible y se han vertido interpretaciones tanto en sentido restringido como en sentido amplio.

En sentido más restringido, se considera que el derecho internacional consuetudinario sigue siendo aplicable tras la aprobación de una norma convencional. Esta opinión parte de la premisa que la Cláusula Martens es derecho consuetudinario.

En un sentido mas amplio, se sostiene que, siendo pocos los tratados internacionales del derecho de los conflictos armados que son completos, en la Cláusula se estipula que lo que no está explícitamente prohibido por un tratado no está permitido ipso facto. Esta es la opinión más extendida entre quienes respaldan la Cláusula Martens. Es decir, su función sería la de colmar lagunas en el derecho de los conflictos armados.

En un sentido lato, la más amplia de todas, sostiene que la conducta en los conflictos armados no sólo se juzga sobre la base de tratados y de la costumbre internacionales, sino también en base a los principios del derecho internacional a los que se refiere la Cláusula.

## **12. La Cláusula Martens tendría su propio estatuto normativo.**

La Cláusula de Martens es una norma consuetudinaria que tiene un estatuto normativo. No es un mero recordatorio de otras normas preexistentes en el derecho internacional sino que tiene un estatuto normativo por derecho propio y, por lo tanto, funciona independientemente de las demás normas. Dicho de otro modo, la Cláusula tiene su propia entidad autónoma.

## **13. Funciones de la Cláusula Martens**

*a) Garantizar la validez y aplicación irrestricta de las normas consuetudinarias en el derecho de la guerra.*

*b) La Cláusula Martens convierte en ineficaz la denuncia de un tratado o cualquier reserva con la que se pretenda exceptuarse de las obligaciones que impone el derecho de la guerra.*

*c) Servir como regla de hermenéutica en el derecho de la guerra, tanto para los Estados y personas imperadas, como también para los jueces llamados a conocer de un determinado caso.*

## **14. La Cláusula Martens ¿ Pertenece al denominado ius cogens?**

En primer lugar, respecto del ius cogens hay dos grandes corrientes doctrinales. Una corriente niega la existencia del ius cogens, y la otra lo afirma con mayores o menores grados de compromiso.

En segundo lugar, respecto de la duda acerca de si la Cláusula Martens es una norma de ius cogens habría que distinguir atendiendo a la función que cumple y atendiendo a la ubicación que presenta en el Derecho internacional humanitario.

Si consideráramos la función que esta Cláusula cumple, en el I Convenio de Ginebra, artículo 63; en el II Convenio de Ginebra, artículo 62 y, en el III Convenio de Ginebra, artículo 142, a propósito de la denuncia del tratado, creemos que tal caso la Cláusula Martens tiene la naturaleza jurídica de una norma imperativa de Derecho internacional general o ius cogens porque en estos casos está protegiendo valores superiores como son “los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas,

de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública” del voluntarismo extremo que es propio del Derecho internacional.

Ello es así, en nuestro parecer, porque de contrario, bastaría con denunciar un tratado para que un Estado pretendiera quedar excluido de cumplir con las obligaciones que le impone el Derecho de la Guerra.

Este problema entronca con aquella opinión doctrinal que estima que el *ius cogens* es “un conjunto de normas imperativas que limitan la libertad contractual de las partes, y que existen no solamente en el derecho interno sino igualmente en el derecho internacional; es más, no es posible que no exista, ya que de lo contrario el derecho internacional no sería un orden jurídico”. Dicho de otro modo, la Cláusula Martens sería parte del *ius cogens* en esta versión que señalamos cuando funciona como un atenuante del consensualismo imperante en el Derecho internacional, ello en atención al particularismo del Derecho de la guerra.

### **Capítulo III**

## **HACIA UNA CONSIDERACIÓN OBJETIVA DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA CLÁUSULA MARTENS.**

### **15. Significado de la expresión “Principios del Derecho de Gentes”.**

Los Principios del Derecho internacional o del Derecho de gentes, como se denominaba originalmente, a los que se hace referencia en la Cláusula Martens, dimanaban de una o más de tres fuentes distintas:

- i. Las costumbres establecidas entre las naciones civilizadas (denominadas “usos establecidos” en el art. 1.2 del Protocolo adicional I).*
- ii. Las leyes de la humanidad (denominadas “principios de humanidad” en el art. 1.2) y,*
- iii. Las exigencias de la conciencia pública (denominadas “dictados de la conciencia pública” en el art. 1.2).*

### **16. Los Principios de Humanidad o Leyes de la Humanidad.**

¿Cuales serían esos principios de humanidad de que estamos refiriéndonos?

Principio de limitación, principio de distinción, principio de proporcionalidad y, principio de protección.

#### **a) Principio de Limitación**

Este principio se ha enunciado así: “En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”.

Principio que alcanza tanto los métodos como los medios de hacer la guerra, y la razón de ser son consideraciones de humanidad.

##### *i. Limitación en cuanto a los métodos.*

Por la expresión Método debemos entender la forma de llevar a cabo las hostilidades y en general la guerra misma. Lo que pretende el derecho internacional humanitario y específicamente el derecho de La Haya es acotar la violencia bajo la fórmula de prohibiciones a objeto de impedir que se produzcan desbordes.

##### *ii. Limitación en cuanto a los medios.*

Por “medio” debemos entender la manera general o específica del uso de las armas y sistemas de armamentos en el contexto de un conflicto bélico y corresponde al ejercicio material de la violencia por medio del ataque ofensivo o defensivo cuya verificación objetiva comprende el daño o destrucción, los heridos o los muertos.

La fórmula en que se encuentra redactado es la siguiente “el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”.

##### *iii. Limitación en cuanto a los objetivos militares.*

La fuente la encontramos en el título VI, Sección primera Capítulo III artículo 52 párrafo 2 del Protocolo adicional I expresado de la siguiente manera. “Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes 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 total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”

**b) Principio de distinción.**

Este sería el principio rector y tiene dos aspectos principales: Distinción entre civiles y combatientes y, distinción entre bienes de carácter civil y bienes u objetivos militares.

*i. Distinción entre civiles y combatientes*

En este aspecto establece que, “el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo.” De ahí que no se debe atacar personas o bienes que no tengan una finalidad militar.

*ii. Distinción entre bienes civiles y bienes militares.*

En cuanto a los bienes, el derecho establece que las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Por tanto, los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares y, los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

*iii. La prohibición de realizar ataques indiscriminados.*

El principio de discriminación establece la prohibición de que las armas de la guerra sean usadas indistintamente contra objetivos militares y civiles. Siendo este principio, el mismo principio de distinción en una de sus expresiones que es la prohibición de efectuar ataques indiscriminados.

**c) Principio de proporcionalidad.**

Este principio ha sido enunciado en forma general así: “Queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.

#### **d) Principio de la protección o Cláusula de Protección.**

Este principio al que algunos autores lo llaman Cláusula de Protección el cual tiene por finalidad proteger a los heridos y enfermos en campaña o personas fuera de combate o que no participan directamente de las hostilidades, “a quienes se ha de respetar la vida, la integridad física y moral. Estas personas serán – dice este autor – en toda circunstancia, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.”

#### **17. Los dictados de la conciencia pública.**

Para determinar el alcance de éste instituto hay dos posturas: una muy amplia y otra más restringida.

Según la primera interpretación habrá que tener en consideración todo cuanto permita conocer dicha conciencia pública, la cual emanaría de proyectos de leyes, declaraciones, resoluciones, diversas comunicaciones hechas por personas e instituciones altamente calificadas, aunque no sean entes que respondan a los Estados.

La postura más restringida alude a que esta determinación “debe provenir de fuentes con conocimiento de causa” por ejemplo a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El medio más objetivo de determinar dicha conciencia pública es precisamente el contenido mismo del ordenamiento jurídico pues, como dice Legaz, el derecho es ontológicamente un punto de vista sobre la justicia. Y siendo una forma social vivida, materializada en la realidad concreta, resulta ser más fácil acceder a su conocimiento.

## BIBLIOGRAFÍA.

1. Academia de Guerra del Ejército de Chile. Memorial del Ejército de Chile, N° 470, 471, 476, Santiago de Chile, 2003.
2. Bobbio, Norberto. El problema de la guerra y las vías de la paz. Editora Gedisa, Barcelona, 1983.
3. Bobbio, N. Derecho y Guerra. Misma edición y año.
4. Bobbio, N. La naturaleza de la cosa en la doctrina italiana. Este artículo es una crítica a la obra de Radbruch publicada como “La Natura delle core come forma giuridica di pensiero”, en Revista internacional de filosofía del derecho, (desconocemos la editora y el año).
5. Boissier, Pierre, De Solferino a Tsushima, Historia del Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto Henri Dunant, Ginebra, 1997.-
6. Carlyle, Alexander James. “La Justicia en el Medioevo”. Transcripción de la conferencia que dictara en la Universidad de Milán en 1936.
7. D'Ors, Álvaro. “De la guerra y de la paz”, Rialp, Madrid 1954.
8. Díaz, Elías. “El sentido político del iusnaturalismo”. [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP\\_124\\_067.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_124_067.pdf) Publicado en Revista de estudios políticos Nueva Época.
9. Fernández – Galiano, Antonio. Derecho Natural. Editorial Ceura, 5ta. Edición, Madrid 1987.
10. Garzón Valdés, Ernesto. Artículo titulado “La naturaleza de la cosa”. Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2007. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/7/art/art3.pdf>
11. Gómez Robledo, Antonio. El Ius Cogens Internacional, Estudio histórico crítico. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, 2003.-
12. Groccio, Hugo. De iure belli; edición digital de la pagina del Comité Internacional de la Cruz en Ginebra, año 2003.
13. Henckaerts, Jean Marie y Doswlad Beck, Louise. El derecho Internacional Consuetudinario, volumen 2 editado por el Comité internacional de la Cruz Roja y Cambridge University press. Octubre 2007.
14. Infante, Maria Teresa. “Estudios de derecho internacional humanitario”, compilación de textos, Instituto de estudios internacionales de la Universidad de Chile, Santiago, 1994.

15. Khan, J.S. El concepto de cultura, textos fundamentales. Introducción. Barcelona, 1975.
16. Lévi-Strauss, Claude. Antropología Estructural, Introducción, XXXIII; EUDEBA, Buenos Aires, 1972.
17. Malinowski, Bronislaw. "Una teoría científica de la cultura y otros ensayos". Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1976.
18. Mangas Martín, Araceli. "Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario." Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca España 1992.
19. Méndez Silva, Ricardo y otra. "Derecho de los Conflictos Armados", compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados, Comité Internacional de la Cruz Roja; Universidad Autónoma de México, instituto de investigaciones jurídicas, México, 2003.
20. Montoro Ballesteros, Alberto. Reflexiones sobre el problema de la guerra y la paz internacional. Revista de estudios políticos Nueva Época, número 51, mayo – junio, Madrid, 1986.
21. Pastor Ridruejo, José Antonio. El derecho actual de la guerra y sus perspectivas. Valladolid, 1961.
22. Pedrals, Antonio, Atisbos de supralegalidad en el derecho positivo, en Revista de Ciencias Sociales, II semestre 1982.-
23. Pustogarov, V. "Fiódor Fiódorovich Martens (1845-1909) — humanista de los tiempos modernos", Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR), no 135, mayo-junio de 1996.
24. Radbruch, Gustav. La Naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento. Versión digital publicada en Universidad de Buenos Aires, año 2007.
25. Rodríguez Molineros, Marcelino. Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo. Editorial Revista de derecho privado, Madrid 1973.
26. Sàssoli, Marco y Bouvier, Antoine. "Droit dans la guerre?" volumen 2. Editado por Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003. México.
27. Swinarski, Christophe "Del terrorismo en el derecho internacional público". Publicado en "Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas", Lecciones y Ensayos N° 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

28. Ticehurst, Rupert. “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, Revista Internacional de la Cruz Roja No 140, pp. 131-141. año 1997.
29. Verri, Pietro: Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados, Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, Argentina 2008.
30. Von Clausewitz, Karl. De la Guerra, editorial Labor, Barcelona, 1992.

## **DOCUMENTOS EN PÁGINAS WEB INSTITUCIONALES**

- Corte Internacional de Justicia, Sitio web oficial. Opinión consultiva “Legality of the threat or use of nuclear weapons, del 8 de julio de 1996”. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>.
- INFORME AÑO 2007 “Participación de los estados americanos en los tratados de relevancia para el derecho internacional humanitario y su aplicación nacional informe 2007”.- Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario (DIH) del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para información de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

## **TRATADOS INTERNACIONALES CONSULTADOS.**

**1899**; Conferencia de La Haya. **Convenio II** – “Sobre Leyes y costumbres de la guerra terrestre” Laws and Customs of War on Land. Celebrada el 29 de Julio de 1899. Versión publicada en la pagina institucional de la biblioteca virtual de la Universidad de Yale bajo el nombre de Proyecto Avalon.

**1907**; Conferencia de La Haya. **Convenio IV** – “Sobre Leyes y costumbres de la guerra terrestre” Laws and Customs of War on Land. Celebrada el 18 Octubre de 1907. Versión oficial biblioteca del Congreso Nacional.

**1949**; El **I Convenio** de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.- Versión oficial biblioteca del Congreso Nacional.

**1949;** El **II Convenio** de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.- Versión oficial biblioteca del Congreso Nacional.

**1949;** El **III Convenio** de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra.- Versión oficial biblioteca del Congreso Nacional.

**1949;** El **IV Convenio** de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.- Versión oficial biblioteca del Congreso Nacional.

**1977;** Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (**Protocolo I** ), 8 de junio de 1977.- Versión oficial biblioteca del Congreso Nacional.

**1977;** Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (**Protocolo II** ).- Versión oficial biblioteca del Congreso Nacional.

**1980;** Conferencia Internacional sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 10 de octubre de 1980, la que consta de cinco protocolos:

- **Protocolo (I)** sobre fragmentos no localizables. Ginebra, 10 de octubre de 1980.
- **Protocolo (II)** sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos. Ginebra, 10 de octubre de 1980, Enmendado el 3 de mayo de 1996.
- **Protocolo (III)** sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias. Ginebra, 10 de octubre de 1980.
- **Protocolo (IV)** sobre armas láser que causan ceguera. Ginebra, 13 de octubre de 1995.
- **Protocolo (V)** sobre restos explosivos de guerra (**Protocol on Explosive Remnants of War**) de 23 de noviembre de 2003.

