



CENTRO DE DOCUMENTACIÓN
Vicaría de la Solidaridad

Documento N° 00956-00
Ingresado _____
 _____ 52

①

COMITE DE COOPERACION PARA LA
PAZ EN CHILE
DEPARTAMENTO PENAL

23.5.75

"EL ESTADO DE GUERRA EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR"

El 12 de Abril de 1975 se efectuaron en el Departamento Penal las Segundas Jornadas de Derecho. En esa oportunidad se analizó el art. 418 de nuestro Código de Justicia Militar, vale decir el estado de guerra. Su expositor fue el abogado Hernán Montealegre.

El estudio que ofrecemos a Uds. es parte de un análisis mayor que sobre ese mismo tema se encuentra realizando dicho abogado.

El representa parte de la inmensa labor que lleva a cabo esta Institución de las Iglesias y Comunidades religiosas y sus trabajadores en busca de una Paz fundada en la Justicia.

Su temario es el siguiente :

- Introducción
- I La enumeración del art. 418 del Código de Justicia Militar
- II Clasificación del Estado de Guerra de acuerdo al art. 418
- III Consecuencias jurídicas de la concepción que del estado de guerra tiene el Código de Justicia Militar.



INTRODUCCION

El presente trabajo es una investigación acerca de la naturaleza, el sentido y los efectos jurídicos que la institución del "estado de guerra" tiene en el sistema del Código de -- Justicia Militar chileno. No se entiende, a primera vista, porqué es necesario investigar en un asunto que parece suficientemente -- precisado en el código militar y cuya mecánica de aplicación aparecía clara. Más aún, no se ve porqué es necesario afanarse en buscar la naturaleza última de esta institución en circunstancias de que el propio código militar establece, por vía de autoridad, cuales son los casos en que se considera que el país, una parte de el o una zona ocupada por tropas chilenas se encuentran en "estado o tiempo de guerra". Y en efecto, en la situación que vive nuestro país, no se ha concentrado la atención de quienes se ocupan de estas materias -autoridad, jueces, abogados, autores, observadores- a inquirir a fondo sobre los presupuestos dentro de los cuales funciona el "estado de guerra" en el sistema penal del código militar, y los abogados defensores, por ejemplo, han centrado su afán, en general, en dilucidar la naturaleza de los delitos de que se acusa a sus clientes, sin hacerse cuestión sobre la condición dentro de la cual el código militar postula ese delito. Esta condición -el estado de guerra- se la da como una especie de telón de fondo acerca del cual nada o poco puede decirse jurídicamente, de modo que la argumentación del abogado se limita, para el caso de hechos ocurridos con anterioridad al 11 de septiembre de 1973, en rechazar expresamente que antes de esa fecha haya existido el estado o tiempo de guerra en nuestro país. Para este rechazo, se agregan a veces algunos argumentos, siempre con timidez, dado a que los argumentos que se hacen, en general, deslindan con materias "prohibidas". La consecuencia de todo esto ha sido que el "estado de guerra" se mantiene aún sin suficiente esclarecimiento jurídico. Este esclarecimiento es esencial, tanto más por cuanto no bien se inicia la investigación sobre este asunto se cae en la cuenta de que el "estado de guerra", lejos de ser una materia precisa y clara en el código militar, descansa sobre un equívoco fundamental, hasta el punto de que bajo un mismo nombre se alude a dos instituciones radicalmente diversas e inconciliables desde un punto de vista jurídico; equívoco que, por no haber sido visto hasta ahora y no haberse llamado la atención sobre el, ha dado origen a sentencias judiciales y puntos de vista de los abogados jurídicamente híbridos, esto es, en los que malamente se procura conjugar cuestiones que en derecho son inconciliables.

El estado de guerra, como se verá, no es una cuestión accidental del Código de Justicia Militar sino que pertenece en el sentido que va a explicarse, a su naturaleza. Esta institución, en efecto, está introducida en nuestro ordenamiento jurídico a través de este cuerpo legal, el único que la establece, lo -

que ya advierte su vínculo sustancial con la materia castrense y lo artificial que resulta el intento de desligar ambas cosas. Por otra parte, el mecanismo constitutivo de "tiempo de paz" y "tiempo de guerra" que establece el código militar no funciona como un mero cambio de telón de fondo sobre una misma escena -este es-, como si se tratara de que los delitos militares pueden cometerse, bien en tiempo de paz, o bien en tiempo de guerra, reduciéndose todo a una mera cuestión de penalidad-, sino que el cambio afecta, en aspectos esenciales, al delito mismo -cambia no sólo el telón, sino la escena misma. Es preciso examinar, por tanto, cuales son los efectos jurídicos propios y amplios de la vigencia del estado de guerra en el sistema del Código de Justicia Militar.

Se anuncian, así, las tres cuestiones que intenta precisar este estudio: la naturaleza, el sentido y los efectos jurídicos del "estado de guerra". EL método, sin embargo, no será deductivo, por razonamientos generales, sino que, paso a paso, se irán acumulando evidencias inductivamente, y no se pasará de un enunciado a otro sin exhibir su firme apoyo en el derecho positivo. Es en el curso de la investigación que se irán aclarando, ellas solas, las tres cuestiones que interesan.

La única vía de acceso a estas materias es la disposición que la introduce a nuestro sistema legal chileno: el art. 418 del Código de Justicia Militar.

I. LA ENUMERACION DEL ART. 418 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

Este art. 418 dice así: "Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o es que tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiera la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial".

Veamos, uno por uno, los diversos casos que aquí se enuncian.

1. "Se entiende que hay estado de guerra... cuando ha sido - "declarada oficialmente la guerra...en conformidad a las "leyes respectivas."

La situación real a que aquí se hace referencia se infiere de considerar los siguientes elementos constitutivos del enunciado:

Primero: Se nos remite a una guerra en sentido propio pleno del término: "... cuando ha sido declarada oficialmente la guerra ..."

Segundo : No es necesario que esta guerra sea material; esto es, no se requiere una contienda actual y efectiva; basta con que la guerra haya sido declarada oficialmente, es decir, es suficiente una situación de guerra en sentido formal ;

Tercero : La guerra de que se habla es la guerra exterior. Ello, dado a que ésta se refiere a la única "declaración oficial de guerra" contemplada en nuestro derecho positivo ("las leyes respectivas"), a saber, en el art. 72 N°15 de la Constitución Política del Estado, esto es, mediante decreto del Presidente de la República previa autorización por ley.

En suma, en este primer caso la referencia es a una guerra exterior, bastando con que ella exista formalmente.

2. "Se entiende que hay un estado de guerra...cuando ha sido declarado oficialmente el estado de sitio, en conformidad a "las leyes respectivas."

El estado de sitio es declarado ya sea por ataque exterior o por comoción interior (art. 72, N°17 de la Constitución), de modo que hay que examinar cada caso por separado.

A) Declaración oficial de estado de sitio por ataque exterior.

Un ataque exterior ni supone ni acarrea, necesariamente, una guerra exterior. Esta última situación se produce sólo si dicho ataque es hecho en representación de un Estado extranjero y a manera de un acto de guerra (el que implica el animus belligerendi). Así, un ataque a nuestro país hecho desde un país extranjero por un grupo armado que no actúe en representación de un Estado extranjero (por ej., una partida de bandoleros, un grupo guerrillero extranjero, etc.), o, aún, un acto de fuerza llevado a cabo por uniformados de un Estado extranjero pero sin la intención de provocar una guerra (como lo sería, por ejemplo, un incidente fronterizo aún de ciertas proporciones), son casos de "ataque exterior" pero no necesariamente de "guerra exterior". Al distinguir entre una y la otra cosa, nuestro ordenamiento jurídico se ajusta a las pautas universales que existen sobre la materia. Nuestro ordenamiento interno refuerza el punto a través del art. 259 del Código de Justicia Militar, al contemplar la situación desde el punto de vista de quien, desde nuestro territorio ataca a una nación extranjera, y aclara que si dicho ataque es hecho "sin orden o autorización competente" no se provoca necesariamente la guerra con esa nación extranjera sino que sólo "se expone" a la nación chilena a tal cosa.

El presente caso de "estado de guerra", como se ve, es autónomo; debe distinguirse del caso anteriormente analizado y del que se explicará en el número 3. Ante un ataque exterior, y relacionando estos tres casos, el "estado de guerra puede surgir de una triple forma;

1@; el ataque no reviste los caracteres materiales de una guerra, y nuestro país no desea, tampoco, estimarlo un casus belli, pero resuelve reaccionar jurídicamente ante la emergencia; decreta oficialmente el estado de sitio por ataque exterior. No hay, pues, guerra exterior, pero ha surgido justo este segundo caso de "estado de guerra".

2@: como en la situación anterior, el ataque no reviste -- los caracteres materiales de una guerra, pero nuestro país resuelve estimarlo un casus belli y declara oficialmente la guerra. Estamos en el primer caso analizado de "estado de guerra", donde ésta existe al menos formalmente, ya que, a pesar de que el ataque exterior no ha instaurado por sí mismo las condiciones propias de una guerra, ella existe ahora en virtud de la declaración oficial de guerra. Ya no es pues, de que se declare el estado de sitio en el territorio nacional afectado sino que se declara la guerra a una Potencia extranjera.

3@: El ataque exterior reviste todos los caracteres constitutivos de una guerra, es decir, se trata de una acción bélica hecha por fuerzas armadas en representación de un Estado extranjero y con animus belligerandi. En este caso, esta sola condición produce, ipso iure, el "estado de guerra", puesto -- que nos encontramos ante la situación que se analizará en el número 3., esto es, "de hecho existe la guerra", "aún cuando no se ha hecho su declaración oficial".

Surge, entonces, el segundo caso de "estado de guerra" de que nos habla el art. 418, cuando se cumplen los siguientes requisitos :

Primero : debe haber un ataque exterior. A diferencia, pues del primer caso analizado, donde la sola situación formal de la declaración oficial de guerra produce el "estado de guerra", en este segundo caso se requiere de un elemento material imprescindible.

Segundo : el ataque exterior no debe revestir los caracteres de una guerra propiamente tal, ya que, si así fuera, el "estado de guerra" surgiría en virtud del caso 3 que se analizará (de hecho existir la guerra) y si alguna declaración oficial se hiciera relativa a esta materia no podría ser sino la de declaración oficial de guerra, la que, si cabe, reforzaría el "estado de guerra" existente. En cambio, una declaración oficial de estado de sitio en estas circunstancias ningún efecto tendría con respecto al estado de guerra, y su sentido se limitaría a las restricciones de los derechos constitucionales, materia que, por sí misma, nada tiene que ver con el "estado de guerra".

Tercero: Un ataque exterior que no reviste los caracteres de una guerra, no es capaz, por sí solo, de hacer surgir el "estado de guerra". Podría, en efecto, la autoridad chilena dar cuenta de él por alguna vía expeditiva y no surgiría el "estado de guerra". Esto surge sólo si dicho ataque provoca la declaración oficial del estado de sitio. Es imprescindible, pues, para este segundo caso, un elemento formal además del elemento material reseñado. Así como la circunstancia de existir un elemento material distinguía este caso del primero analizado, el requisito formal lo distingue del que se analizará en el número 3.

En suma, en este segundo caso la referencia es a una situación de ataque exterior que no alcanza a ser guerra pero que provoca la declaración oficial del estado de sitio.

B) Declaración oficial del estado de sitio por conmoción interior.

Este caso de "estado de guerra" tiene una problemática similar al anterior. Se requiere, como se ve, de un elemento material, la conmoción interior, y de un elemento formal, la declaración oficial del estado de sitio en virtud de ella. Y, en forma análoga a como es el caso anterior 2 A), en éste 2 B) también hay necesidad de precisar el elemento material, cuestión ahora un poco más compleja dado a que, por primera vez, se trata de un "estado de guerra" provocado por una situación material interna. La mayor complejidad surge porque, a diferencia del caso 2 A), en que todo ataque exterior constituye una base material suficiente para dar lugar a un "estado de guerra" en los sentidos que se explicó, en este caso 2 B) no toda conmoción interior constituye el elemento material idóneo para dar lugar al "estado de guerra".

Un "ataque exterior", en efecto, es cuestión mucho más precisa que una "conmoción interior". Aquel se refiere a algún tipo de penetración de rasgos militares, desde el extranjero, en nuestro territorio, de modo que resulta obvio el daño y peligro a la seguridad nacional. La conmoción interior, en cambio, es un asunto de contornos más vagos y no está necesariamente ligada a un evento de caracteres que, en general, pueden llamarse militares. Esta puede producirse, en verdad, por múltiples factores, tales como un problema laboral agudo, un evento político sensible, un hecho policial alarmante, etc., circunstancias todas que son ciertamente objetivas y que han de tener la intensidad y extensión necesarias como para provocar realmente una "conmoción" interior, pero que no configuran los elementos materiales específicos a que se refiere un "estado de guerra". Esta institución, como se anticipó, es consustancial al Código de Justicia Militar, es

éste el cuerpo legal que la introduce en nuestro ordenamiento jurídico, y la situación que la provoca, portanto, está esencialmente vinculada a un actuar de las fuerzas armadas en -- cuanto tales, esto es, en cuanto institución armada de combate. Pero no se combate sino ante un adversario que presenta caracteres militares. En síntesis, la conmoción interior específica que se requiere es una producida por lo que, parafraseando la expresión "ataque exterior", podría, en algún sentido analógico sugerirse con la expresión "ataque interior". O, para usar expresiones del propio Código de Justicia Militar, la especificidad de la conmoción interior idónea para provocar el "estado de guerra" está descrita en términos de "un ejército que debe operar contra fuerzas rebeldes militarmente organizadas". La naturaleza de la emergencia debe, pues, postular esencialmente la necesidad de la intervención de las fuerzas armadas para superarla, para que nos encontremos ante el elemento material indispensable que integra el "estado de guerra" por conmoción interior (a la verdad, se trata del requisito absoluto de todo "estado de guerra", si se tiene en cuenta que, en el caso analizado en el número 1, esto es, "estado de guerra" por declaración oficial de guerra, él está, al menos, potencial e intrínsecamente presente).

Es preciso, en suma, que la alteración interna adquiera cierto nivel y ciertas características para que pueda constituirse en el sustrato propio de un estado de guerra. Los niveles de alteración interna son perfectamente definibles y jurídicamente controlables en nuestro derecho positivo y de acuerdo a las pautas universales en la materia. Aunque se volverá sobre ello más adelante en este estudio, conviene desde ya tener claridad sobre los cuatro niveles de alteración interior jurídicamente discernibles, y que son los siguientes:

1º: Situación de desórdenes públicos. Aquí el bien jurídico dañado es el orden público, no la seguridad interior, como expresamente lo establece nuestra Ley de Seguridad Interior en su Título III. Mientras la situación se mantenga en este nivel, ella no es idónea para constituir el sustrato material necesario de un "estado de guerra". Si en virtud de ella se produce "conmoción interior", cabe decretar el estado de sitio, por el que se restringirán los derechos constitucionales pero que no generará el "estado de guerra".

2º: Situación de rebelión. Aquí el daño es el bien jurídico de seguridad interior y se ingresa, pues, al terreno propio sobre el que se basa este caso 2 B) de "estado de guerra" que se analiza. No obstante, de acuerdo a nuestro derecho positivo, es posible aún hacer la siguiente distinción:

a) Cuando la rebelión es de las descritas dr-- cunscritamente en el título II de la Ley de Seguridad del Estado y en el título II del Libro Segundo del Código Penal, particularmente en el art. 121 de éstos decir, el que castiga el delito de rebelión, no se dan, por este solo hecho, las

condiciones necesarias para un "estado de guerra". En efecto, si bien se trata de una conducta que consiste en "alzarse a mano armada", no se requiere que ello sea hecho por una partida militarmente organizada.

b) Si la rebelión, en cambio, adquiere los contornos de aquella a que se refiere el art. 265 del Código de Justicia Militar, que añade características marcadas y objetivas a la rebelión simple que habla el Código Penal y la diferencia expresamente de ésta, abandonamos ya el Código Penal y la Ley de Seguridad del "estado e ingresamos al mundo propio del Código de Justicia Militar y, con él, la indudable posibilidad de crearse las condiciones necesarias para un "estado de guerra". Tomando una de las expresiones del Código militar en su art. 265, la rebelión susceptible de constituirse en el elemento material imprescindible de un "estado de guerra" es la provocada por "una partida militarmente organizada". Esta, en efecto, crea una emergencia cuyas características postulan esencialmente la intervención de los institutos armados para que pueda ser superada, y se ingresa, en suma, al nivel propio de la institución "estado de guerra". El código militar llama a esta alteración interna "rebelión o sublevación militar". Sólo en caso de una sublevación militar, pues, se adquiere el nivel mínimo desde el que se postula el "estado de guerra".

3º: Situación de insurrección. Se trata de un estado de cosas mucho más agudo y amplio que una mera rebelión simple o una sublevación militar. Los rebeldes se han tornado "insurrectos" a través del control de una parte del territorio nacional, del ejercicio "de facto" de su autoridad sobre un grupo numeroso de personas y de su capacidad para poner en jaque a la autoridad del gobierno central. Aunque hay un cambio sustancial de situación no se reconoce aún a los insurrectos, sin embargo, los derechos de la beligerancia. Para los efectos que interesan ahora, si ya la sublevación militar antes descrita creara las condiciones necesarias para decretarse el "estado de guerra", mucho más las constituye esta situación de insurrección.

4º: Situación de guerra. En este caso, la insurrección ha adquirido tal amplitud que se quiebra la autoridad central y de hecho hay dos conglomerados humanos, cada uno con su autoridad propia dentro de los territorios que respectivamente controlan, disputándose por la fuerza el mando supremo de la nación o intentando constituir un Estado aparte.

EN este caso el "estado de guerra" es regido por el derecho de la beligerancia.

Es necesario tener presente que el término "guerra civil" no es siempre equivalente al de "guerra" en sentido propio. Por "guerra civil" se entiende a veces todo

enfrentamiento entre dos grupos armados dentro de un país, pero esta característica la tienen también los combates de la autoridad contra grupos rebeldes o insurrectos, que serían, pues, en sentido genérico "guerras civiles", pero no son, por definiciones, "guerras" en sentido propio. Una guerra civil se convierte en guerra propiamente tal sólo cuando se reconoce a los insurrectos el estatuto de la beligerancia.

Ernesto Barros Jarpa, por ejemplo, en su Manual de Derecho Internacional Público, pg. 148, distingue bien entre una "insurrección" que es una situación que "no alcanza a tener los caracteres de una guerra civil", y por eso los insurgentes no son reconocidos como beligerantes, y la situación en que se reconoce a los insurgentes como beligerantes porque la "insurrección ha tomado los caracteres de una guerra civil". En este caso, como se vé, Barros Jarpa utiliza la expresión guerra civil en su sentido estricto, es decir, como equivalente a guerra con todos los caracteres de tal y con sus efectos jurídicos propios, y de allí que -- distingue entre una insurrección, que no es guerra en este esquema, y una guerra civil, que sí lo es. En cambio, véase más abjo, en la cita que se hace de Kelsen, como este autor recurre a la expresión guerra civil en su sentido amplio, pero, por ello Kelsen tiene cuidado de advertir que una insurrección, o guerra civil en sentido amplio, no tiene necesariamente "las verdaderas características de una guerra". La consecuencia vital y la necesidad absoluta que hay de distinguir entre lo que es y lo que no es guerra en sentido propio está en el derecho esencialmente diverso que se aplica en una u otra situación, cuestión de la que se trata más adelante.

En definitiva, y para los efectos que ahora interesan, queda claro que el elemento material indispensable que integra un "estado de guerra" cuando este surge en virtud de la "declaración oficial de estado de sitio por conmoción interior" ha de ser, como mínimo, una situación de sublevación militar en el sentido que fue explicado.

Pero no surge el "estado de guerra" en este caso por el mero apareamiento material de una sublevación militar. Esta, por sí sola, no significa más que la aparición de un delito, justamente el descrito en el art. 265 del Código de Justicia Militar que se mencionó. Para que se instaure el estado de guerra, que es algo de muchas más implicancias que un mero delito, el art. 418 que se analiza es perentorio en exigir "la declaración oficial del estado de sitio en conformidad a las leyes respectivas". Es el elemento formal imprescindible que, junto al material que se caracterizó, integra este caso 2 B) de "estado de guerra", es decir, el que se crea en virtud de la "declaración oficial del estado de sitio por conmoción interior".

En este caso, en suma, la referencia es a una situación de rebelión militar en contra de la autoridad que provoca en esta la declaración del estado de sitio y demanda una respuesta también militar.

3. "Se entiende que hay estado de guerra... cuando de hecho existiere la guerra, aunque no se haya hecho su declaración oficial".

A pesar de tratarse de una formulación precisa, ha querido dársele a este caso de "estado de guerra" un significado que no emana ni de la letra de la ley ni de su -- sentido. Es conveniente, pues, sentar con claridad, primero, qué es lo que el art. 418 dice, y, segundo, qué es lo que no dice.

Tres cosas, sobre todo, conviene subrayar de la expresión legal recién citada.

Primero : el caso de que se nos habla es "cuando de hecho existiere la guerra". Debe, pues, existir, realmente, una guerra; no un mero ataque exterior, no una mera conmoción interior, no una mera situación de fuerzas con hostilidades, sino una auténtica guerra. Es lo que textualmente dice el código.

Segunda : Si subrayamos la otra parte de la expresión legal tenemos que la situación se describe como : "cuando de hecho existiere la guerra". "De hecho existir" la guerra, quier decir naturalmente, que se alude a una situación real, es decir, a la guerra en su sentido material : una contienda ya desatada, desarrollándose. No es dudoso que este caso de "estado de guerra" es complementario del analizado en el número 1., donde vimos que la guerra de que allí se nos habla es esta en su sentido formal. Con ello el Código, acertadamente, clausura las posibilidades : hay "estado de guerra", dice, aún antes del -- conflicto real, de la lucha bélica, cuando se hace la declaración oficial de guerra, pero si el conflicto bélico, esto es, la contienda de las fuerzas armadas, se inicia antes que se haya hecho ninguna declaración de guerra, él, por sí mismo, hace surgir el "estado de guerra" y no es necesario esperar a la declaración oficial. El propio giro gramatical de la disposición legal, por lo demás, vincula ambos casos al decir : "no solo"... "sino también".

Tercera : Los dos puntos anteriores se refuerzan al extremo, casi innecesariamente, con el añadido de la última frase legal que amarra definitivamente este caso de "estado de guerra". Dice en efecto, el art. 418, que en este caso el "estado de guerra" ha surgido "aunque no se haya hecho la declaración oficial de guerra". Literalmente, el art. dice "...también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial".

Se refuerza el primer punto, esto es, que se trata de una situación de guerra en sentido propio, porque tanto la movilización de que se habla y que se conecta con esta situación, lo es "para la misma", es decir, "para la guerra", como la "declaración oficial" que el texto legal también vincula esencialmente a esta situación ("su" declaración oficial) es una declaración oficial de guerra -que estime innecesario ante el hecho previo material de existir realmente una contienda bélica objetiva.

Se refuerza el segundo punto, esto es, de tratarse de una situación de guerra material que complementa el caso del número 1. de guerra formal porque queda explícito que el interés directo del precepto legal es definir que efecto para que se establezca un "estado de guerra" tiene la "declaración oficial de guerra". Sobre el particular, el art. 418 dice dos cosas :

a) Si se hace declaración oficial de guerra, surge en todo caso el "estado de guerra", aún cuando no se haya iniciado la contienda real;

b) Pero, añade el precepto, la declaración oficial de guerra no es imprescindible para que surja el "estado de guerra"; éste puede surgir sin ella, siempre que "de hecho existiere la guerra". La condición imprescindible, pues, es que exista realmente guerra, contienda bélica actual.

En suma, la guerra, tanto en su sentido formal como en su sentido material, instaura siempre un "estado de guerra"

Pero esta tercera cuestión que se subraya, es decir, el que el art. 418 vincule expresamente a la situación de "hecho existir la guerra" la circunstancia de "aunque no se haya hecho su declaración oficial", no sólo refuerza los dos puntos anteriores, como se explicó, sino que deja definitivamente explícito un aspecto esencial de este caso de "estado de guerra", a saber, que él sólo se refiere a una situación de guerra exterior. Esta conclusión es ineludible dados los siguientes elementos de juicio :

1º: el tratarse, como se vió, de un caso esencialmente complementario del número 1., que es, de acuerdo a lo analizado con anterioridad, exclusivamente de guerra exterior ;

2º; la expresa alusión y vinculación que establece el Código entre la situación de que habla ("de hecho existir la guerra") con la circunstancia de que, a pesar de existir realmente la guerra, "no se haya hecho su declaración oficial". La situación de que se habla, pues, es expresamente definida por el Código como una de guerra no declarada oficialmente pero, ciertamente, declarable. Pero la situación de guerra declarable es sólo la guerra exterior, por las mismas razones dadas por el número 1. más arriba.

Por otra parte, como se anticipó, conviene aclarar lo que el Código no dice; en particular hay dos cuestiones relevantes.

1@ El Código no habla de "guerra de hechos", como se ha pretendido. Esta es, sencillamente, una expresión extra-legal. No dice "cuando existiere una guerra de hecho", sino que dice "cuando de hecho existiere la guerra". Sobre la pretendida "guerra de hecho", hay dos observaciones que hacer :

a) Una guerra no es jamás una mera cuestión de hecho, sino que es un hecho jurídico con efectos jurídicos muy precisos : hacer vigente el derecho de beligerancia. En su aspecto formal o material, la guerra siempre instaaura el derecho de la beligerancia. Es absurdo, pues, hablar de "guerra de hecho" como opuesta a una "guerra de derecho".

b) La expresión "guerra de hecho", por otra parte, introduce el subterfugio de que cabe hablar de "una especie de guerra", "algo así como una guerra", una "cuasi-guerra", en oposición, esta vez, a una guerra propiamente tal con todos sus atributos. Pero esto tampoco es aceptable, puesto que una colisión de fuerzas es guerra o no es guerra. La única distinción que cabe en la cuestión de la guerra es la de discernir entre sus dos aspectos constitutivos, ambos de los cuales se refieren al mismo fenómeno "guerra" con todos sus atributos jurídicos, a saber, la distinción ya hecha entre el aspecto formal y el material de la guerra a secas. Hablar de "guerra de hecho", en suma, no es más que un subterfugio verbal para referirse a algún fenómeno del que se tiene conciencia, no tiene los atributos propios de una guerra genuina. Pero es una guerra genuina y clara y nada solapado e incontrolable a lo que se refiere el Código Militar cuando usa la expresión textual, y no otra, de "de hecho existir la guerra"; la guerra, pues, y ninguna otra cosa.

2@ : Tampoco dice el Código "cuando de hecho existiere el estado de guerra", sino que, para subrayarlo una vez más, "cuando de hecho existiere la guerra". No es lo mismo, en efecto, el "estado de guerra" que la "guerra", asunto que se examinará separadamente más adelante, pero acerca del cual ya está perfectamente claro que el Código no confunde. El art. 418 define lo que es el "estado de guerra", en algunos de cuyos casos nos remite derechamente a la guerra; en otros, en cambio, no. Al remitirnos a la guerra sin definirla no es dudoso que así procede porque nos remite a una institución jurídica cuyos rasgos constitutivos son universalmente conocidos y definibles. No cabe, pues, por ningún motivo, entender "estado de guerra" donde se nos dice "guerra". Sería, por demás, absurdo que el artículo 418 dijera (y, a la verdad, no lo dice) "se entiende que hay estado de guerra cuando de hecho existiere el estado de guerra" puesto que se trataría de un enunciado tautológico que, por no agregar nada, resultaría no ser ningún caso particular de "estado de guerra".

La expresión legal, , en cambio, como se analizó, es plena de significado. Por otra parte, la idea de un "estado de guerra", en verdad, es un asunto puramente jurídico; todavía una institución de derecho en doble potencia, que ya descansa, como se analizará más adelante, en un hecho jurídico previo y autónomo.

En suma, en este caso número 3 la referencia es a una contienda real y actual que, a pesar de tener los caracteres materiales de una guerra, no ha provocado aún la declaración oficial de esta. Esta potencialidad intrínseca de la situación para provocar una declaración oficial de guerra, elemento expresamente incluido por el Código, lleva a la conclusión necesaria de que este caso de "estado de guerra" se refiere, en definitiva, a una contienda exterior que tiene los caracteres materiales propios de una guerra.

4. "Se entiende que hay estado de guerra...cuando se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se ha "ya hecho su declaración oficial".

Los requisitos de esta situación son los siguientes :

- 1º: Ha de tratarse de una movilización para la guerra; no pues, para cualquiera otra emergencia.
- 2º: La movilización tiene que haberse decretado, esto es, tiene que constar un acto oficial explícitamente orientado a hacerle frente a una guerra inminente;
- 3º: La guerra inminente ha de ser exterior, dada su condición de oficialmente declarable, como lo especifica el Código;
- 4º: La guerra exterior no debe existir aún, pero ha de ser inminente:
 - a) No debe existir aún, ya que si de hecho existiese, se habría ya producido el caso número 3 de "estado de guerra": "de hecho existir la guerra ";
 - b) Ha de ser inminente, porque la movilización de que se habla es para la guerra; no para precaverse de una guerra , para disuadirla o evitarla, sino inequívocamente para enfrentarla;
- 5º: Como la guerra no se ha producido pero ya ha surgido el "estado de guerra", no es esencial que ésta fatalmente se produzca. El desenlace futuro de la movilización, pues, puede ser uno de los siguientes :

- a) Efectuada la movilización, ocurre un evento que lleva posteriormente a la desmovilización : el "estado de guerra" ha durado hasta la decisión oficial de desmovilizar : ha habido un "estado de guerra" sin guerra ni formal ni material ;
- b) Efectuada la movilización, se declara oficialmente la guerra, pero no se llega al enfrentamiento material y, al fin, se supera la situación sin recurrirse a los hechos : el "estado de guerra" ha existido desde la movilización y a él se ha añadido una guerra formal ;
- c) Efectuada la movilización, se llega al enfrentamiento con las tropas enemigas, con o sin declaración oficial de guerra : ha habido un "estado de guerra" con guerra formal y/o material.

6º: En rigor, el "estado de guerra" se inicia con el decreto de movilización, antes que ésta se ponga materialmente en práctica; pero dada la urgencia esencial de la situación, entre el decretarse y cumplirse la orden no habrá prácticamente lapso de tiempo. De allí que parece razonable estimar que el hecho mismo de la movilización es un elemento natural de este "estado de guerra".

En suma, en este caso de "estado de guerra", la referencia es a preparativos bélicos formales ("decretado") y materiales ("movilización") encaminados directa y específicamente a afrontar una guerra exterior que se presenta como inminente.

Conviene observar que éste es el único caso de pre-guerra capaz de constituir un "estado de guerra". El Código de Justicia Militar, como se vé, se hace cargo del problema de si puede haber un "estado de guerra" antes de que exista la guerra formal o material, y lo resuelve en los términos que se han indicado.

5. Aunque el art. 418 no lo incluye, es necesario agregar este enumerando, porque se trata de un caso de estado de guerra contemplado expresamente en otras disposiciones del Código de Justicia Militar : la declaración del estado de asamblea .(arts. 72,73 y 420)

De acuerdo al art. 72 N°17, inciso primero, de la Constitución Política, es atribución especial del Presidente de la República "declarar en estado de asamblea una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra extranjera".

Si el estado de asamblea funciona sólo dentro de una situación de guerra extranjera, como expresamente lo dice la Constitución, es posible que su ausencia del art. 418 esté justificada.

da ya que, en estas circunstancias, el "E estado de guerra" habrá surgido por la situación de guerra extranjera. En todo caso, queda manifiesta la referencia de la institución a la guerra exterior y, aún, su dependencia de ésta.

II. CLASIFICACION DEL ESTADO DE GUERRA DE ACUERDO AL ART. 418

Lo que antecede es una exégesis estricta de lo estipulado por el art. 418 del Código de Justicia Militar. Toda exposición sobre la naturaleza del "estado de guerra" en el sistema jurídico chileno no puede salirse de las pautas rigurosamente descritas. Antes de adentrarnos más a fondo en esta institución, es útil clasificarla desde los diversos puntos de vista en que se sitúa el propio art. 418 para enunciarla en la forma que lo ha hecho.

Damp, así, el segundo paso en nuestra investigación. El primero, esto es, la exégesis directa y casuística que se hizo, constituye el único sostén firme en la materia en el sistema jurídico chileno; la complejidad que reveló recibirá ahora un primer ordenamiento sistemático que orientará mucho mejor nuestra búsqueda de la naturaleza esencial de la institución jurídica del "estado de guerra".

De acuerdo a lo que se vió, el "estado de guerra" surge de las siguientes situaciones de emergencia:

1. Guerra formal exterior
2. a) Ataque exterior con estado de sitio
b) "Ataque" interior (rebelión "militar") con estado de sitio
3. Guerra material exterior
4. Movilización para una guerra exterior inminente
5. Provincia invadida o amenazada, en caso de guerra exterior, con estado de asamblea.

Para que resulten ser éstos los casos de "estados de guerra", pueden señalarse los siguientes como puntos inherentes al art. 418 :

A. Según su validez en el espacio .

Si el estado de guerra produce sus efectos jurídicos sólo dentro del territorio nacional o si los produce en relación a Estados extranjeros, se clasifica en estado de guerra interno o externo.

Los casos señalados en los números : 2 a) y 2 b), pues, son de estado de guerra interno.

Los casos de los números : 1, 3, 4 y 5, son constitutivos de un estado de guerra externo.

B. Según la naturaleza de la emergencia .

a) se trata de una guerra en sentido propio : es el caso de los números 1., 3., 4., y 5. El estado de guerra que se instaura en virtud de una guerra propiamente tal puede ser llamado estado de guerra beligerante.

b) la naturaleza de la emergencia no es capaz de constituirse en una guerra propiamente tal: es el caso de los números 2 a) y 2 b). Por ahora, basta para resaltar su contraposición con el anterior, llamarse al que se instaura en estas condiciones, estado de guerra no beligerante . Más adelante se averiguará la naturaleza positiva de este tipo.

C.) Según la consumación de la emergencia.

a) el estado de guerra surge simultáneamente con la emergencia : es el caso de los números 1. y 3. Se trata, pues, de un estado de guerra in actum.

b) el estado de guerra requiere que la emergencia se haya consumado, o, lo que es lo mismo, él se instaura después de la emergencia : es el caso de los números 2 a), 2 b) y 5. Es el estado de guerra ex-post.

c) el estado de guerra se establece antes de consumar se la emergencia : es el caso del número 4, un estado de guerra ex-ante.

D. Según los elementos constitutivos del estado de guerra.

a) Estado de guerra para el que es suficiente una circunstancia formal : el caso del número 1. Estado de guerra simplemente formal.

b) Estado de guerra para el que es suficiente una circunstancia material : el caso del número 3 . Estado de guerra simplemente material.

c) Estado de guerra para el que es necesario una circunstancia formal y una material . Estado de guerra de complejidad formal y material . Es el caso de los números 2 a), 2 b), 4. y 5.

Con esta clasificación hemos logrado una primera ordenación a modo de esquema orgánico, de los diversos sentidos y aspectos que se entienden bajo una misma expresión : "estado de guerra", tal como esta institución está enunciada en el art. 418 del Código de Justicia Militar, única fuente en la materia. Pero, a la vez, han quedado fijos los múltiples aspectos que definen la complejidad de este asunto, cuyo esclarecimiento, por tanto, requiere una presentación previa del punto de vista desde el que se va a abordar la materia.

Esto es doblemente conveniente : primero, porque se cobra conciencia clara de que la materia hay que abordarla desde diversos aspectos, cada uno de los cuales es sólo parcial, de modo que sólo el conjunto de ellos nos da una visión -- completa de la institución ; segundo, porque nos precave -- del peligro de que, al abordar la materia sin la suficiente lucidez distintiva, nos pasemos de un punto de vista al otro, los entremezclamos indebidamente, y al final la complejidad sea no una multiplicidad sino una confusión.

III. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA CONCEPCION QUE DEL ESTADO DE GUERRA TIENE EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.

A. Frente a la clasificación recién hecha, cabe preguntarse :

¿ Puede pensarse que en algunos de estos casos el estado de guerra haya existido con anterioridad al 11 de Septiembre ? Veamos el único que, en principio, podría caber : el estado de guerra interno, el caso señalado en 2 b). Cada una de las cinco situaciones de emergencia que se han separado puede ser contemplada desde las cuatro clasificaciones que se han hecho. El caso 2 b) calza con las siguientes cuatro :

1º: es un estado de guerra interno : podría, en principio, imaginarse que tal cosa haya existido antes del 11 de Septiembre;

2º: es un estado de guerra no beligerante : también, podría, en principio, darse esta condición;

3º: es un estado de guerra ex post : igualmente, podría decirse en algún sentido que la amenaza o ataque interior ya se había producido ;

4º: es un estado de guerra de complejidad formal y material : el elemento de la formalidad, esto es, la efectiva decretación del estado de sitio, no existió; por tanto, por no concurrir este elemento constitutivo , es imposible que pueda configurarse el caso 2 b) antes del 11 de Septiembre y, en definitiva , por tratarse de elementos copulativos, no puede, ni siquiera, en principio, discutirse si existió o no el estado de guerra antes de dicha fecha : éste, definitivamente, no pudo haber existido por faltar un elemento esencial sin el cual no puede ni siquiera entrar a discutirse los otros aspectos.

En segundo lugar, ¿ cual estado de guerra existe después del 11 de Septiembre - y, para simplificar las cosas, digamos hasta un año después, en que se dió por terminado oficialmente el "estado de guerra" -? Nuevamente, el único que podría caber es el caso provocado por la emergencia de 2 b), ya que todas las otras dicen relación con una cuestión externa. Veamos :

- 1° es un estado de guerra interno : es posible;
 2° es un estado de guerra no beligerante : es posible;
 3° es un estado de guerra ex post : es posible;
 4° es un estado de guerra de complejidad formal y material:
 aquí hay que distinguir :

a) la formalidad : si existe : se ha decretado oficialmente el estado de sitio y la autoridad, aún, le ha dado el significado de ser aquél que provoca el estado de guerra del Código de Justicia Militar ;

b) la materialidad : este elemento, como se dijo, se refiere a la efectiva producción de un "ataque interno". La cuestión es : ¿ existe un ataque interno después del 11 de Septiembre y por un año ? El problema en la respuesta a esta interrogante está en la prueba. Según la autoridad, si existe, pero las pruebas que aporta son, en buena medida, secretas, y por tanto, no sujetas a examen y discusión real. Es muy difícil, pues, probar, lo contrario. Pero lo que interesa destacar es que esta prueba es en principio, posible, y, por tanto, si se probase que no hay ataque interior, caería por tierra el decreto oficial de existir estado de guerra de la autoridad. En otras palabras, no basta con que la autoridad lo diga, no basta con la formalidad, tiene que existir, también la materialidad, y éste último hecho no depende de la autoridad sino que naturalmente, de quien, desafiando a la autoridad y, en consecuencia, es un hecho objetivo sujeto a verificación y, en último término, sujeto a debate. Si la autoridad por ejemplo, decretase un estado de emergencia en virtud de haberse producido un terremoto en una provincia, y el tal terremoto no ha existido, el decreto no sería jurídicamente apto para hacer surgir tal estado de emergencia y los tribunales debieran desconocerlo por inexistencia de uno de los elementos esenciales del estado de emergencia : en este caso, el suceso natural del terremoto. De la misma manera, si la autoridad, por ejemplo, y para poner un caso grotesco que haga manifiesta la improcedencia, decretase en un lugar de recreo, en la playa de veraneantes de Reñaca, por ejemplo, donde todo el mundo estuviese conviviendo desenvuelta y armónicamente, un estado de guerra, ciertamente habría la formalidad, pero, ¿ existiría la materialidad esencialmente necesaria ? En esta circunstancia, el decreto oficial del estado de guerra no es apto jurídicamente para hacer surgir tal estado por faltar un elemento esencial : la materialidad. He aquí la importancia, pues, de advertir que el estado de guerra interno es de complejidad material y formal : los dos elementos son esenciales. En cambio, en el caso 1, que se ha analizado, basta con el decreto oficial de guerra para que, efectivamente, surja el estado de guerra : es un estado de guerra simplemente formal. Puede estarse en el mejor de los ánimos con un país extranjero; no es necesaria ninguna animosidad o peligro material : basta que se decrete oficialmente la guerra y surge el estado de guerra exterior. Pero el estado de guerra interno no es una cuestión simplemente formal. He aquí la importancia vital de esta clasificación. En suma, no basta con que

la autoridad decreta oficialmente el estado de guerra interno, ha de haber un efectivo ataque interior. En el caso después del 11, la dificultad en discutir su inexistencia está en la prueba, cuestión que en el ejemplo de los veraneantes en añaca era muy sencilla.

B. Una segunda cuestión que interesa destacar en la clasificación es la distinción que se observa entre la guerra y el estado de guerra. Puede verse que, toda guerra, formal o material provoca un estado de guerra: casos 1 y 3; pero, al revés, no todo estado de guerra supone necesariamente una guerra: casos 2 a) y 2 b) y, en rigor, también el caso 4. La cuestión provoca la distinción fundamental entre el estado de guerra beligerante y el estado de guerra no beligerante. La distinción es vital para determinar cuál es el derecho aplicable.

La guerra, en efecto, es un hecho jurídico que acarrea consigo la vivencia del derecho de la guerra: derecho de la beligerancia y derecho de la neutralidad. En el estado de guerra beligerante rige el derecho bélico.

Si la emergencia que provoca el estado de guerra, en cambio, no tiene el carácter de una guerra, no se pone en movimiento el derecho de la guerra; éste último pertenece sólo a la guerra ya que sólo ésta es capaz de crear ciertas condiciones privilegiadas para los participantes en ella. Lo que hemos llamado "ataque exterior" y, más en especial "ataque interior" no es un acto de guerra, sino que se trata de actos de rebelión. A un rebelde no se le aplica el derecho privilegiado de la guerra sino que se le somete al derecho penal. El estado de guerra no beligerante es un estado de guerra penal, esto es, en él rige el derecho penal.

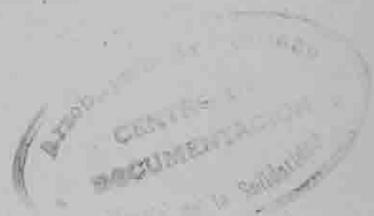
Hay pues, una alternativa vital: o una situación es una guerra, y entonces ella es regida por el derecho bélico, o ella no es una guerra, y entonces se la rige por el derecho penal. Mientras el derecho de la guerra faculta a las partes que se enfrentan a agredirse (armarse, atacarse, herirse, matarse, capturarse), el derecho penal castiga cada uno de estos hechos. No puede, pues, imaginarse dos situaciones más diversas e inconciliables. Esto nos lleva a una distinción fundamental de los delitos que pueden cometerse en cada una de estas situaciones.

C. Los delitos, para los efectos del estado de guerra, pueden ser clasificados en tres especies:

A. Delitos clasificados por la guerra : se trata de delitos que para su comisión se requiere que exista una situación de guerra. El espionaje bélico, por ejemplo, o la traición bélica, son actos que, para poder cometerse, se requiere que el ejército nacional se encuentre comprometido en operaciones de guerra : no es posible pues, ni siquiera imaginar su comisión si es que no hay una guerra. En otras palabras, la guerra pasa a ser una parte integrante del tipo penal : el delito calificado por la guerra. Un delito calificado por la guerra sólo puede ser cometido en el estado de guerra beligerante. La existencia de un estado de guerra penal, pues, excluye la comisión de estos delitos.

B. Delitos agravados por el estado de guerra (nótese que no se dice : delitos agravados por la guerra). se trata de actos que, por su naturaleza, pueden ejecutarse exista o no una situación de guerra y exista o no una situación de guerra penal; son actos, pues, que pueden ejecutarse tanto en tiempo de guerra (beligerante o no beligerante) como en tiempo de paz, pero que, si se cometen en tiempo de guerra la pena se agrava. Es el caso, por ejemplo, del delito de desobediencia, de desertión, de ultraje a la bandera o a superiores, etc. Todos estos son actos que no incluyen en su descripción típica una situación esencial de estado de guerra en ningún sentido, ni beligerante ni penal, y, en consecuencia, su comisión en tiempo de guerra sólo los agrava pero no los califica. Los delitos agravados por el estado de guerra pueden ser cometidos tanto en estado de guerra beligerante como en estado de guerra penal, y, aún, en tiempo de paz.

C. Delitos de agresión . Se llama así aquellos delitos que se cometen por el hecho de enfrentarse físicamente o amenazar enfrentarse una persona en contra de otra. La amenaza de agredir está concretamente expresada por la tenencia o porte de un arma de fuego. Si en una guerra una persona, adversaria de otra, ataca a ésta, sea capturándola, hiriéndola, o aún matándola, no comete ningún delito ya que la situación de guerra le dá la calidad de enemigo y, como enemigo, está jurídicamente facultado a ejecutar estos actos. Ciertamente, mucho menos comete delito por el hecho previo de estar armado. En la guerra no pueden cometerse delitos de agresión , porque la violencia está en este caso absorbida por la causal de justificación que es la guerra. Distinto es el caso de un rebelde: él no está autorizado ni a estar armado ni mucho menos a agredir físicamente : al hacerlo comete un delito . Los delitos de agresión sólo pueden cometerse en el estado de guerra penal. El estado de guerra beligerante, pues, los excluye.



Según lo anterior, los delitos A y C son inconciliables, no pueden ser cometidos en un mismo estado de guerra. Los delitos de B, en cambio, pueden cometerse en -- cualquiera de los estados y B es conciliable, pues, con A ó -- con C.

D. De acuerdo a esto, un estado de guerra beligerante es una -- cuestión esencialmente diversa de un estado de guerra penal. Por ejemplo :

- a) En el estado de guerra penal se excluye la guerra; En el estado de guerra beligerante se supone la guerra.
- b) En el estado de guerra penal no hay enemigos, sino rebeldes, criminales; En el estado de guerra beligerante no hay rebeldes ni criminales sino que enemigos;
- c) En el estado de guerra penal hay una desigualdad jurídica entre las partes que se enfrentan : el Gobierno establecido y los rebeldes ; desigualdad que produce un vínculo unilateral de castigo y que permite que el "estado aplique el ius puniendi, el derecho de castigar, derecho penal; En el estado de guerra beligerante hay una igualdad jurídica entre las partes que se enfrentan: ambas son enemigos la una de la otra, ninguna tiene -- más derecho que la otra; hay un vínculo bilateral y recíproco por el que ambas partes se aplican el mismo derecho, el de agredirse en las mismas condiciones, y el Estado ejerce el ius belligerendi, el derecho bélico;
- d) En el estado de guerra penal la agresión o su amenaza es un delito; En el estado de guerra beligerante la agresión no es un delito sino que un acto de guerra.

E. Por no distinguirse debidamente estas dos instituciones, no se ha reparado en que no basta que se hable de estado de guerra para saber cual es el derecho que cabe aplicar y los delitos que han de sancionarse . SE han tomado elementos de ambos estados de guerra y el resultado ha sido una cosa híbrida y jurídicamente monstruosa que ha redundado a veces en un perjuicio irreparable para el procesado. El estado de guerra, como se vé, no es una institución unívoca en la que caben todas las normas del Código de Justicia Militar sino que es un sistema de instituciones , una pluralidad de instituciones, que es necesario precisar en cada caso para saber cuales normas son las aplicables.

F. El asunto central es reparar en que, en situaciones de desorden o violencia interior, hay dos situaciones cualitativamente diversas : cuando la situación es una rebelión o una insurrección, lo que en general se denomina una situación de "guerra civil", esto es, anterior a una situación de guerra propia, y cuando ella se torna una guerra propiamente tal. Antes de ser guerra, rige el estado de guerra penal; convertida en guerra, pasa a ser un estado de guerra beligerante, con todas las consecuencias señaladas.

He aquí este asunto tal como lo ve Kelsen :

RECONOCIMIENTO DE INSURGENTES COMO PODER BELIGERANTE

Adem's del reconocimiento de Estados y gobiernos, es importante también en derecho internacional el reconocimiento de insurgentes como poder beligerante. Este presupuesto es una guerra civil. Bajo ciertas condiciones determinadas por el derecho internacional, esta guerra civil puede asumir el carácter de una guerra internacional.

Estas son las condiciones : 1) Los insurgentes deben tener un gobierno y una organización militar propios.

2) La insurrección debe ser conducida en la forma técnica de guerra, es decir, debe ser algo más que una pequeña revuelta y asumir las verdaderas características de una guerra, especialmente considerando los medios de destrucción usados por las partes.

3) El gobierno de los insurgentes debe dominar efectivamente una ciertaparte del territorio del Estado en el cual tiene lugar la guerra civil, es decir, el orden establecido por los insurgentes debe ser efectivo para una cierta parte del territorio de este Estado.

El reconocimiento jurídico de insurgentes como poder beligerante implica que los hechos mencionados anteriormente, que están determinados en general por el derecho internacional, existen en un caso dado. Este reconocimiento puede ser hecho por el gobierno legítimo contra el cual se dirige la insurrección, así como por los gobiernos de otros Estados.

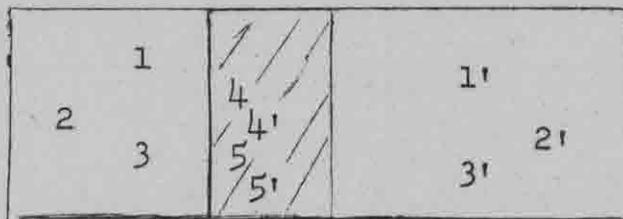
Los dos efectos más importantes de este acto de reconocimiento son los siguientes : (1) Aplicación de las normas de derecho internacional relativas a la conducción de la guerra y neutralidad a las relaciones entre el Estado que reconoce y la comunidad reconocida como poder beligerante. Eso implica que la transformación de la guerra civil en guerra internacional con todas sus consecuencias jurídicas, entre las que se encuentran : que un Estado, después de haber reconocido a los insurgentes como poder beligerante, está bajo las obligaciones de un Estado neutral en relación al gobierno de los insurgentes así como frente al gobierno legítimo contra el cual se dirige la insurrección.

ción; y que después que el gobierno legítimo haya reconocido a los insurgentes como poder beligerante, cuando los individuos envueltos en la guerra civil, caigan en las manos del otro bando, no podrán ser juzgados por estos últimos - como criminales por alta traición, asesinato, etc., especialmente por el gobierno legítimo en contra del cual se emprendió la guerra civil; sino que deberán ser tratados como prisioneros de guerra de acuerdo con las normas del derecho internacional. Y (2) la regulación de la responsabilidad internacional correspondiente al cambio del poder político dentro del Estado envuelto en la guerra civil, no sólo con respecto al gobierno legítimo, que es liberado de toda responsabilidad por los eventos que puedan ocurrir en el territorio bajo el control de los insurgentes, sino también con respecto al gobierno insurgente, que es ahora responsable por esos eventos.

(Hans Kelsen : Principios de Derecho Internacional Público, pag. 250 y siguientes; Edit. S.A. El Ateneo, Editorial e Inmobiliaria, Buenos Aires, 1965)

G. Por último, el siguiente gráfico haciendo uso de la teoría de los conjuntos visualiza las diferencias esenciales que se han destacado.

<u>A</u>	<u>B</u>
ESTADO DE GUERRA BELIGERANTE	ESTADO DE GUERRA PENAL
1. Guerra	1'. Rebelión militarizada
2. Enemigos iguales	2'. Estado y rebeldes
3. Derecho de la guerra	3'..Derecho penal (civil o militar)
4. Tribunales de guerra militares	4'. Tribunales de guerra militares
5. Nombramiento de Comandante en Jefe	5'. Nombramiento de Comandante en Jefe



∅ = no es miembro
E = es miembro

- 1 ∅ B
- 2 ∅ B
- 3 ∅ B
- 4 ∅ B
- 5 E B

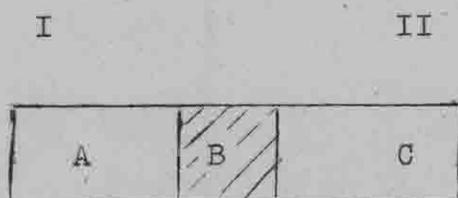
- 1' ∅ A
- 2' ∅ A
- 3' ∅ A
- 4' E A
- 5' E A

En ambos estados de guerra, como se vé, hay un nombramiento de un Comandante en Jefe y funcionan los tribunales militares de tiempo de guerra. La confusión ha surgido al creer que, porque funcionan tribunales de guerra, estos aplican un derecho indiscriminado cuyo único requisito estaría en que se encuentre en alguna disposición del Código de Justicia Militar. No se ha reparado en la cuestión vital de que una cosa es funcionar un tribunal militar en tiempos de guerra en "tiempo de guerra beligerante" y otra esencialmente diversa es hacerlo en "tiempo de guerra penal". Según la naturaleza del estado de guerra que se viva el Tribunal Militar debe aplicar o el derecho de guerra o el derecho penal militar, pero jamás podrá existir una situación en la que puedan aplicarse ambos derechos conjuntamente, haber recurrido a ambos derechos ha dado origen a una situación jurídica constitutivamente contradictoria y al desconocimiento de derechos elementales del procesado.

Puede, en fin, hacerme también el siguiente gráfico, esta vez desde el punto de vista de la clasificación de los delitos:

- A. Delitos calificados por la guerra
- B. Delitos agravados por el estado de guerra
- C. Delitos de agresión

Siendo I el Estado de Guerra beligerante, y II el Estado de Guerra Penal, tenemos :



A \notin II

B \notin II

C \notin I

B \notin I