

Sección I: Estudios.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



**EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN RELACION
CON LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO
HUMANITARIO INTERNACIONAL**

Lic. Gonzalo Ortiz Martín

"En Droit International Privé, l'histoire est tout. Así se expresaba en su curso Max Gutzwiller en la Academia de La Haya". Con esta frase comienza su notable libro el eminente jurista argentino Antonio Boggiano titulado "Del viejo al nuevo Derecho Internacional Privado". Tomo esta cita para guiarnos en la temática que desarrollamos en este curso. El Derecho Internacional Privado, no es aislante estático, carente por su propia estructura de evolucionar y de relacionarse, adaptándose e incorporándose a todos los signos y adelantos creativos del Derecho en su discurrir histórico, lo que no significa que no mantenga sus bases creadoras que son las que informan y motivan su razón de existir: el Derecho Internacional es el sistema jurídico para optar, en la concurrencia de legislaciones de distintos Estados, por la que resulte aplicable a casos concretos. Al derrumbarse las murallas feudales entre las que nació, al calor de las cátedras de Derecho de las universidades europeas, el Derecho Internacional Privado, saltó esta ciencia con gran agilidad hasta las otras naciones, intensificándose y chocando sus leyes lo que trajo una confusión que produjo un espinoso y grave problema que tuvieron los juristas que afrontar y resolver al través de ellos la aplicación correcta de la norma elegible. Así estudiando profundamente el Derecho que regía en cada nación, en todos sus aspectos, principalmente en los que lo diferenciaban se forjaron sistemas, escuelas y doctrinas, que son auténticos veneros de juridicidad; la neo estatutaria; la Francesa; la Holandesa, la Alemana, la Anglo Americana e innumerables proposiciones para lograr una solución que conjuntara

copiosa aceptación. Aunque las exigencias de este trabajo exigen la mayor síntesis posible a mis alcances, no debe olvidarse, siquiera nombrar la doctrina de Savigny, maestro de maestros, de poderosos vuelos jurídicos y que donde tuvo mayor aceptación fue en nuestra América, que tanto empeño y estudio ha puesto en el desarrollo del Derecho Internacional Privado. Este paso histórico tuvo un fuerte impacto cuando el Derecho Internacional comienza a acomodarse al cambio que hasta se movía en campos de idealismo, y urgía por su imperiosa necesidad, a que ocupara un lugar preponderante. En primer término la fundación de la Sociedad de las Naciones en Ginebra, que se acordó en Versalles al finalizar la Primera Guerra Mundial y allí se delineó el horizonte en el que el Derecho Internacional tendría radiaciones internacionales. Recordemos que como institución de Derecho quedó, entre otras, confirmada la Organización Internacional de Trabajo que desde entonces dicta normas específicas que se procura tengan vigencia en todos los Estados miembros, de leyes que regulen los derechos laborales de la humanidad entera. Llegamos a la Segunda Guerra Mundial que trae el advenimiento de las Naciones Unidas, que sin disputa de ninguna clase, es la cuna del nuevo Derecho Internacional. En apretadas líneas condense este significativo suceso para entrar al desarrollo del tema. El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos que tiene su antecedente en los llamados Derechos del Hombre promulgados por la Revolución Francesa de 1789.

Estos Derechos Humanos, amplían sin reservas un conjunto de principios que enriquecen el concepto y dignidad del hombre en el disfrute de su libertad. Aquí es donde espero hallar el engarce entre el Derecho Internacional Privado y algunos de los nuevos Derechos Humanos que a mi juicio se tenían como inamovibles de los tratados y codificaciones del Derecho Internacional Privado. El asidero de la Proclamación está en la Carta de las Naciones Unidas; parte del Preámbulo, expresa, "Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas re-sueltos. . . a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derecho de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas". En el artículo I, los apartes 3 y 4 se leen: "Realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural y humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4, servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes".

El primer párrafo de la proclama, reza: "La presente declaración universal de derechos humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción". Otro mandato en el Preámbulo: "Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". En el artículo 2: 1.—Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; 2.—Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país

independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía". Hago notar cómo este artículo se refiere al estatuto personal, a la investidura que jurídicamente tiene el hombre desde su concepción, que lo constituye en un ser jurídico que lo está rodeando y protegiendo su existencia garantizando su dignidad en la libertad constituida por los Derechos Humanos. Artículo 6.—"Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Artículo 7.—"Todos sin iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración, y contra toda provocación a tal discriminación". Artículo 8.—"Toda persona tiene derecho a recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

De estos preceptos paso a examinar las relaciones concretas.

Artículo 16.—Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna, por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2.—Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio. 3.—La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". De los incisos 1 y 2, se desprende que lo esencial del matrimonio y su disolución está íntimamente ligado a las legislaciones de los Estados miembros suscritores de la Declaración, que viene a estar en un nivel superior jurídico. Ninguna disposición de los códigos civiles puede entrar en conflicto con estas citadas normas sustantivas. Establecemos igualmente que el matrimonio produce la familia que está sintetizada en el inciso 3 transcrito sobre disposiciones particulares de las distintas normas que contienen los códigos civiles o de familia.

Para encontrar enlaces con el patrimonio familiar examinamos el artículo 17 de la Declaración: "Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2.—Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad". Igualmente, siempre dentro del concepto de la propiedad, dispone el artículo 27, en su inciso 2: "Toda

persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora". Debo comentar, que para el propósito de esta clase y colocándonos dentro del espacio y carácter de la misma, no cabe entrar en mayores y más profundos estudios sobre otras disposiciones que también, se entrelazan entre el Derecho Internacional Privado y la Declaración de los Derechos Humanos. Tenemos, empero, que referirnos en igual brevedad a la seguridad social, las leyes de trabajo y la nacionalidad. Los autores hacen estudios que los llevan a concluir que el Derecho Laboral tiene mucho de Público y mucho de Privado, y esto se traduce en las disposiciones siguientes: Artículo 22: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Artículo 23: "Toda persona tiene derecho al trabajo a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". Varios otros artículos, en la Declaración pormenorizan los beneficios y protecciones, tanto en el litigio como en la sentencia de que goza el trabajador a quien se le dará, en los procesos, la presunción de su mayor razón e interés. Apenas mencionándolo nos referimos a la Nacionalidad, que para ciertos autores no es materia de Derecho Internacional Privado. El artículo 15: "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2.—A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad". Esta prescripción da carácter jurídico a todo lo concerniente al "status jurídico", nacional y político de la persona que queda facultado para ocurrir a los tribunales comunes para que se establezcan y garanticen los principios transcritos. Creo debemos aludir a cuestiones trascendentales en el Derecho Internacional Privado en esta conexión con Derechos Humanos y es la de la vigencia de la Declaración para que pueda tener efectos jurídicos eficaces en las legislaciones de los Estados miembros suscritores.

Es una novedad en Derecho, lo contenido en el artículo 28, que concede una especie de instancia popular: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que

los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, se hagan plenamente efectivos". De modo que, los derechos que aquí se otorgan, si no están regulados en algún país, cualquier ser humano tiene derecho a pedir, ante el Mundo, que se establezca el orden internacional que lo haga posible. Aquí podría surgir la dificultad, si así pudiera llamarse, que tanto obstaculiza la aplicación del Derecho Internacional Privado que es el Orden Público, que también menciona la Declaración en los apartes 2 y 3 del artículo 29. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del ORDEN PÚBLICO y del bienestar general en una sociedad democrática". 3.—"Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a LOS PROPOSITOS Y PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS".

El orden público es uno de los conceptos que mayores debates ha suscitado entre los publicistas de Derecho Internacional Privado. Es un poderoso valladar que no permite, en fundamento de su alegada soberanía, que el ámbito que cubre sea invadido por una legislación extranjera para aplicarlo dentro de ese territorio. Contra él se estrellan las pretensiones por justas que sean, de aplicarse en territorios amurallados por el orden público. El planteamiento actual, es el de clarificar si el "jus cogens", que nace del artículo 53 de los Tratados de Viena, es superior imperativo al orden público, cuando se refiere a los Derechos Humanos o va contra los propósitos de las Naciones Unidas. Pongamos atención de que el "jus cogens" es una norma imperativa de Derecho Internacional, general; es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de manera que no admite acuerdo de otros Estados en su contra. Adviértase que es la interpretación aceptada la de que aun tratándose de Estados miembros que no son partes en los Tratados de Viena el jus cogens les es aplicable si agravan los derechos humanos.

Pasamos ahora a los Derechos Humanos, sobre ideas muy nuevas que necesariamente debemos tener presentes, pues, el campo se ha agrandado bastante al agregarse otros derechos, como humanos, a más de los consagrados y de los que están, se ha establecido una forma de categorías. El Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de De-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rechos Humanos, Dr. Hernán Montealegre K., escribe: *"Este núcleo de derechos básicos, inderogables, está integrado por derechos como el no ser privado arbitrariamente de la vida, no sufrir atentados contra la integridad física y moral, mantener la libertad de pensamiento, conciencia y religión, no ser sometido a esclavitud o servidumbre, mantener la calidad de persona sujeto a derechos y obligaciones, no ser víctima de una aplicación retroactiva de la ley penal (Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 4)".* De nuestra parte deseamos señalar que estas dos últimas frases son atributos indiscutidos de la personalidad jurídica del ser humano que es sujeto de derechos y obligaciones, sea el fundamento del estatuto personal que origina el Derecho Internacional Privado y el efecto retroactivo de la ley, que aunque se anuda a lo penal, es garantía de la libertad y dignidad del hombre y por ello tienen gran jerarquía jurídica. Reproduzco del citado jurista Montealegre: *"Existe una evolución progresiva en nuestra conciencia colectiva sobre el respeto y el lugar preeminente de la dignidad de la persona humana, la que tiende a convertirse paulatinamente en un sujeto autónomo de derechos internos e internacionales frente a su propio Estado y aún frente a la comunidad internacional de Estados"*.

Tenemos que fijar si existe relación de los derechos económicos que con tanto ahínco se trata de regular y de que se consideren como parte integrante de los Derechos Humanos. La Asamblea General de las Naciones Unidas pronunció una Resolución 32/130, en 1977, de suma importancia como resultado de debates sobre un enfoque estructural de los Derechos Humanos, haciendo hincapié en que estos debían interpretarse en contexto de las estructuras de la sociedad, y en que el subdesarrollo, la pobreza, la agresión, el imperialismo, la dominación extranjera, el colonialismo y el neocolonialismo tienen una enorme influencia en el disfrute de los derechos humanos en diversas partes del mundo. Todo esto nos da el sentido de que se consideran cada día con mayor fuerza los afanes del hombre en su progreso hacia la satisfacción de sus necesidades, en su totalidad, sin restringirlos a sus fines de diferentes índoles. En un artículo titulado El Derecho al Desarrollo y los Derechos Humanos, el especialista en esta materia Theo C. van Boven hasta hace muy poco tiempo Director de la División de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, escribe: *"La primera generación fue la de los derechos civiles y políticos;*

la segunda, la de los derechos económicos sociales y culturales, la tercera el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a un medio ambiente sano, o el derecho al patrimonio común de la humanidad. Estos derechos han recibido también el nombre de "derechos de solidaridad". El derecho al desarrollo también ha sido relacionado con el establecimiento de un nuevo orden económico internacional". A continuación concluye este párrafo von Boven así: *"el nuevo orden económico internacional supone que los países ricos, los países industrializados, tengan la voluntad política para compartir su poder económico con los países débiles y estén dispuestos a hacerlo. Tal es, expresado simplemente, uno de los principios básicos del nuevo orden económico internacional"*.

Debemos insistir en que el derecho (humano) al desarrollo está fuertemente ligado a todos los factores puramente económicos, lo que significa que habrá muchos roces con los derechos humanos proclamados, lo que no debe indicar que en ninguna forma puedan prevalecer sobre ningún derecho humano. No deben admitirse confusiones en este sentido. Es consecuente, a nuestro entender, sacar la conclusión de que las relaciones del Derecho Internacional Privado con los Derechos Humanos de la Proclama, como aquellos, que vayan desenvolviéndose al camino de la historia, tiene cada vez más intensidad por las proyecciones universales y no locales del Derecho.

Nos ocuparemos ahora de las relaciones entre el Derecho Internacional Privado y los Derechos Humanitarios que jurídicamente provienen de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos de 1977 y específicamente el Derecho Humanitario o derecho internacional humanitario se aplica cuando surge un conflicto armado por lo que también se le titula el Derecho de los Conflictos Armados. El combate puede estallar de diferentes maneras, internas o internacionales entre bandos fácilmente identificables, o bien, unos contra gentes desarmadas o poblaciones civiles atacadas como objetivos de los agresores y muchas otras formas en que resultan dañados combatientes y personas privadas, en sus patrimonios o su integridad física. El derecho humanitario no analiza ni entra a buscar causas, culpables o inocentes; se reduce a los derechos fundamentales y mínimos de quienes estén afectados por el conflicto. En un principio se indicaba que la protección que debería darse era a las personas heridas, enfermos, náufragos, prisioneros de los combatientes y a la pobla-

ción civil víctima de la lucha. Hoy el concepto va mucho más allá, porque afecta las relaciones entre los combatientes y los resultados penales que de allí puedan resultar que tengan su regulación ya por el derecho interno, civil o militar o por el derecho internacional. Deja el Derecho Humanitario definida su intervención, pero, no se podrán evitar los daños de otro orden que el conflicto armado, quizás más violento que la guerra, produzca sobre el patrimonio privado de gentes que no han tomado ninguna parte, ni activa ni pasiva, en el conflicto. Cuando esas personas acuden a los tribunales comunes en demanda de sus derechos lesionados en asuntos puramente privados, ¿no surgen situaciones regidas por el Derecho Internacional Privado? ¿No estarían reguladas por el Derecho Interno? Advertimos que hacemos una relación sucinta de lo que son los Derechos Humanitarios que necesitan un mayor énfasis en sus distintos aspectos y dejando a salvo el propósito de mostrar como cada vez prepondera más la tendencia de las Naciones Unidas a universalizar el Derecho.

Los conflictos armados en la actualidad ofrecen unas facetas diferentes a las de sus orígenes por los aspectos que ahora están presentes. El principal hecho es de la "guerrilla", que la sintetiza el citado Dr. Montealegre así: *"La guerrilla es una forma antigua de lucha que presenta una clara recrudescencia a partir de la segunda guerra mundial. 'Arma de los pobres', por excelencia, se basa en la sorpresa, la movilidad y la clandestinidad"*. En nuestros días se ha utilizado la guerrilla en tal forma que genera muchos comentarios dadas sus variaciones, para no confundirla con otras apreciaciones. Principalmente la guerrilla interna, los combatientes son connacionales; grupos, grandes o pequeños, facciones que luchan contra ejércitos gubernamentales que representan el Estado". Son las clásicas revoluciones o guerras civiles que constituían dos partidos definidos. Hoy día aunque cada guerrilla ofrece en su programa ideales a alcanzar, lo realizan por medios violentos acudiendo a maniobras prohibidas, que se juntan, en varios puntos con el terrorismo, que viene a ser otra cosa.

El conflicto armado es una guerra en pequeño de parte de algún grupo que actúa generalmente como invasor por penetrar a su propio país traspasando las fronteras, armados debidamente por intereses y medios extraños. Otros son levantamientos que se producen dentro del mismo territorio siempre procurando constituir un ejército con

reglas y principios semejantes a los que rigen las guerras. La verdad es que toman ciudades a las que llaman objetivos militares, y las gobiernan tratando de imitar o sustituir el Estado. También hay guerrillas, casi podría decirse sistemas de pelea, de grupos, divididos en ocasiones en facciones de iguales sentimientos o creencias políticas que procuran derrocar sistemas de gobierno que adversan. Es importante, muy importante y no pretendemos intentarlo en esta oportunidad, tratar de establecer que es en realidad una guerrilla para considerarla y reconocerla como tal.

Nos reducimos al de que el Protocolo I de 1977 extiende protección al guerrillero que lucha en un conflicto armado contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o un régimen racista, asimilando, por tanto, este tipo de conflictos a los conflictos internacionales. Es una realidad la guerrilla y su resonancia y actividad en las formas de lucha del mundo de hoy, de nuestro momento histórico, por lo que no puede prescindirse de proteger al ser humano, al menos, con los derechos humanitarios básicos.

Los conflictos armados de la guerrilla se llegan frecuentemente a confundir con el Terrorismo. Ya expusimos como el guerrillero combate bajo las costumbres de la guerra cuyos batallones tienen caracteres militares y por lo tanto actúan bajo una disciplina castrense. El terrorismo es otra cosa. Es violencia, es usar los métodos del criminal común, asaltan bancos y centros financieros matando a los empleados y robando el dinero para avituallarse de armas de las más caras y mortíferas; secuestran personas para exigir por ellas rescates económicos o morales sobre toda la población, para derivar venganzas y aterrorizar y crear la inseguridad y el miedo. Acuden a todos los medios crueles y sórdidos, corriendo el menor riesgo posible para quedar impunes. Por estas razones y por la estructura misma del terrorismo el Derecho Internacional Humanitario en forma expresa prohíbe los actos de terrorismo. Sin embargo, el Estado, en defensa propia afina sus métodos de luchar para erradicar el terrorismo y lograr capturar a sus autores a los que detiene y juzga y los detenidos insistentemente hablan y protestan de sus derechos humanos violados. Estos son hechos y no se les niega el auxilio y protección que se da a todo ser humano a reconocerles sus derechos fundamentales e inderogables.

En este mismo curso, el ilustre profesor español Dr. Fernando Murillo, que especializa en estas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

materias, dictará una clase que plenamente satisfará, no lo dudo, todas las inquietudes que en ustedes despertarán estos derechos humanos que están en completo desarrollo ante los acontecimientos que nos están acongojando a todos y que los internacionalistas que a este estudio se dedican se empeñan en dar soluciones urgentes y necesarias.

Como debemos concluir estos apuntes, nos obligamos a algunas consideraciones finales. La actual época histórica del mundo y en lo que nos afana ahora, del Derecho Internacional Privado, contempla un crecimiento constante del hombre por garantizar a cada ser su propia juridicidad, para que pueda alcanzar la felicidad al conseguir vivir en paz y justicia. Sólo el Derecho en un contexto universal puede lograr que la convivencia humana sea gobernada y protegida por iguales conceptos, que por ser basados en la justicia, conducirían a la paz. Vemos cómo se hace cada vez más grande el ámbito donde actúa la ley. Allá en la edad media, cuando en las universidades europeas nació el Derecho Internacional Privado, no había solamente edificaciones feudales, sino también conceptos e ideas, producto del medio oscuro en que se vivía, haciendo que el patrimonio material y espiritual, estuviese en manos del poder central. Hoy el Estado tiende todos los días, y cada vez con más fervor, a poner el desarrollo al alcance de los más numerosos. Se nacionalizan los bancos que son de propiedad privada y se le traspasan al Estado. La propiedad privada urbana y rural se expropia para dejarla al servicio de instituciones para ver edificar

casas populares o reformas agrarias. Pareciera que el propósito final es disponer la tierra, desde su concepto feudal para el servicio y disfrute de la parte del Estado llamada población. Concretándonos al lapso histórico desde los estatutarios de la edad media a nuestro actual período observamos y recogemos lo trascendente de los conceptos que informaron el estudio inicial de esta materia, fundada en el concepto de soberanía absoluta arraigada en sus limitaciones geográficas y políticas; desaparecidos los feudos en lo físico y en lo espiritual o intelectual se desenvuelve el asombroso avance en las relaciones de las gentes que se comunican e intensifican sus negocios auxiliados por las poderosas comunicaciones territoriales y astrales que abren los caminos del entendimiento. Aparecen instituciones como las Naciones Unidas con el gran destino de velar por la paz del orbe, garantizándoles a los hombres la libertad con dignidad dentro de un orden económico que les dé la oportunidad de vivir como un ser humano debe hacerlo. Por ello sus esfuerzos se dirigen a unificar o codificar el Derecho para que bajo su mandato se viva la Justicia que engendra la paz. La proclama de los Derechos Humanos comprende a los hombres del universo entero y si estos se amplían para proteger más y más todos los aspectos que comprenden las leyes se estará al final de la lucha en la posibilidad de conseguir la paz por medio del derecho. Naturalmente, la historia del Derecho Internacional Privado nos muestra cómo el respeto al ser jurídico es fundamental en la vida del hombre.

* * *