

SERIE DE
DOCUMENTOS
MATERIALES
DOCENTES



Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional

Autora

Regina
Díaz
Tolosa

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 21
Santiago,
Chile 2021

ISBN N°
2022-A-1839

Autora

Regina Díaz Tolosa

Doctora en derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, se desempeña como directora de la carrera de Derecho en la Universidad Autónoma de Chile, sede Santiago. Abogada integrante en la Corte de Apelaciones de San Miguel y docente de la Academia Judicial, posee más de veinte años de experiencia en docencia e investigación en diversas áreas del derecho público, especialmente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Resumen

Este material docente revisa el contenido, las características y las aplicaciones de dos ramas del derecho internacional público que protegen a las personas en circunstancia de conflictos armados respecto de crímenes internacionales vejatorios de la dignidad humana: el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. Considerando sus diferencias e interconexiones, se examina qué incidencia o aplicación interna pudiesen tener estos plexos normativos, sobre todo, en el ordenamiento jurídico chileno.

Estructurado en dos partes, la primera de ellas está referida a la esencia de cada una de estas disciplinas; la segunda, a su impacto en los ordenamientos jurídicos internos, desde lo doctrinario dogmático-teórico a lo práctico, en análisis de sentencias chilenas e internacionales tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de los tribunales penales internacionales.

Palabras clave

Derecho Internacional Humanitario – Derecho Penal Internacional – Crímenes internacionales – *Ius cogens* – Dignidad humana – Responsabilidad internacional.

Índice de contenidos

Introducción	6
1. El Derecho Internacional Humanitario (DIH)	9
1.1 Nociones básicas sobre el DIH	10
1.1.1 Concepto	10
1.1.2 Objetivos	11
1.1.3 Orígenes del Derecho Humanitario	13
1.2 Principales fuentes normativas del DIH	15
1.2.1 Convenios de Ginebra de 1949	15
1.2.2 Protocolos adicionales	18
1.2.3 Otras normas especiales	19
1.3 Principios del DIH y de la Cruz Roja	23
1.3.1 Principios de los Convenios de Ginebra (artículos comunes)	24
1.3.2 Principios fundamentales de la Cruz Roja	38
1.4 Ámbitos de aplicación	47
1.4.1 Conflicto armado internacional	48
1.4.2 Conflicto armado no internacional	49
1.5 Medios de aplicación	59
1.5.1 Medios preventivos	60
1.5.2 Medios de control	61
1.5.3 Medios represivos	62
1.6 Relaciones con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	67
2. El Derecho Penal Internacional (DPI)	72
2.1 Nociones básicas del DPI	73
2.1.1 Concepto	73
2.1.2 Características	75
2.1.3 Desafíos	77

2.2	Los principios de legalidad y de tipicidad	81
2.3	Tipificación de los crímenes en el Derecho Penal Internacional	89
2.4	Formas de responsabilidad penal internacional del individuo e inmunidad soberana	99
2.5	Jurisdicción universal y tribunales penales internacionales	108
2.5.1	La jurisdicción internacional	108
2.5.2	La máxima <i>aut dedere, aut judicare</i>	116
2.5.3	La jurisdicción penal internacional	122
2.6	Relaciones con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	126
3.	Relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional	129
3.1	Recepción, aplicación y jerarquía de los tratados internacionales en el derecho chileno	130
3.1.1	Teorías que explican las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno	130
3.1.2	Recepción de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico chileno	135
3.2	Las normas de <i>ius cogens</i> y el orden público internacional	147
3.3	Responsabilidad internacional estatal por incumplimiento de obligaciones internacionales	156
3.3.1	El hecho internacionalmente ilícito	157
3.3.2	La responsabilidad internacional	160
3.4	Rol de las jurisdicciones nacionales en el cumplimiento de las obligaciones internacionales	165
4.	Aplicación en Chile del DIH y el DPI	171
4.1	La aplicación en Chile de los Convenios de Ginebra	172
4.1.1	Evolución jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad penal	172
4.1.2	Evolución jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad civil	176
4.2	Ratificación del Estatuto de Roma en Chile: reconocimiento de una jurisdicción supranacional	186
4.3	Crímenes de <i>ius cogens</i> en los tribunales de justicia chilenos	191
4.3.1	Imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir crímenes de <i>ius cogens</i>	191
4.3.2	Aplicación de la media de prescripción o prescripción incompleta	195
4.4	Rol del sistema judicial chileno en la aplicación de sanciones penales internacionales	198
4.4.1	La inaplicabilidad judicial del Decreto ley 2191	199
4.4.2	La indemnización civil como forma de reparación a las víctimas o sus familiares	203
4.4.3	La revisión de las sentencias de los consejos de guerra	206
	Bibliografía	210

El Derecho Internacional Penal es la disciplina que se configura para el estudio y análisis de los crímenes internacionales y los tribunales penales internacionales creados especialmente para juzgar y condenar estas conductas gravemente lesivas en contra de la dignidad de las personas.

Introducción

El respeto de la dignidad de la persona humana se resguarda y garantiza en diversos ámbitos jurídicos dependiendo del objeto específico de protección. Así, normalmente, en los Estados nacionales es su Carta Magna la que incluye el reconocimiento de los derechos fundamentales, en términos generales, y dispone mecanismos para su protección en tiempos de paz, siendo un sello característico de los Estados occidentales democráticos.

Este núcleo normativo nacional se complementa con los estándares y fuentes internacionales desarrollados desde el término de la Segunda Guerra Mundial y que conforman el sistema universal de protección de los derechos humanos, disciplinariamente denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ahora bien, en caso de producirse un conflicto armado, existen normas que se han creado durante el siglo XX en especial protección de los derechos de las personas, combatientes o no, en tiempos de guerra. Y el Derecho Internacional Penal es la disciplina que se configura para el estudio y análisis de los crímenes internacionales y los tribunales penales internacionales creados especialmente para juzgar y condenar estas conductas gravemente lesivas en contra de la dignidad de las personas.

El presente material revisa doctrinaria y jurisprudencialmente el contenido, las características y las aplicaciones de estas dos disciplinas específicas del Derecho Internacional Público: el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, sus diferencias e interconexiones. Asimismo, se revisará qué incidencia o aplicación interna pudiesen tener estos plexos normativos, sobre todo, en el ordenamiento jurídico chileno.

Estructurado en dos partes, la primera refiere a la esencia de cada una de estas disciplinas y, la segunda, a su impacto en los ordenamientos jurídicos internos desde lo doctrinario dogmático-teórico y desde lo práctico, en análisis de sentencias chilenas e internacionales, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de los tribunales penales internacionales.

El primer capítulo, referido al Derecho Internacional Humanitario (DIH), aborda sus orígenes y objetivos, ámbitos de aplicación y sujetos protegidos, principios orientadores, fuentes formales que lo recogen (siendo de origen consuetudinario, con posterioridad se ha ido cristalizando en diversos tratados internacionales) y cómo se complementa y se interrelaciona con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esta base teórica nos permitirá discutir si en Chile son aplicables los Convenios de Ginebra a los periodos en los cuales, bajo el gobierno de Augusto Pinochet, Chile se encontraba en estado de sitio declarado bajo la ficción legal de estado de guerra. Y comprender la evolución y diversas tendencias jurisprudenciales seguidas por los tribunales superiores de justicia chilenos en relación con la responsabilidad penal de los individuos ejecutores de las conductas amparadas en el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra, y el estatutoo régimen aplicable a la responsabilidad civil. Estas cuestiones serán abordadas y analizadas en el capítulo cuarto, sobre la aplicación del DIH en Chile.

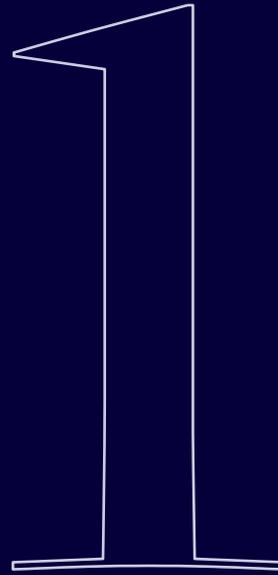
El segundo capítulo se circunscribe al análisis de aquellos aspectos esenciales del Derecho Penal Internacional, sus principios, características y desafíos de aplicación; los crímenes tipificados en esta esfera y las fuentes que los contienen; la responsabilidad penal del individuo y la discusión sobre la exoneración de la misma en caso de contar con inmunidad soberana o de jurisdicción; cómo se relacionan e interactúan la competencia de los tribunales penales internacionales con la jurisdicción universal que podrían arrogarse determinadas jurisdicciones nacionales en caso de este tipo de crímenes de *ius cogens*; finalmente, puntualiza como se diferencia o complementa con el DIH. Este marco contentivo de los fundamentos teóricos conceptuales de la disciplina nos permitirá, luego en el cuarto capítulo, manejar los conocimientos base para analizar la jurisprudencia nacional en relación con este tipo de crímenes, en especial la tortura, la desaparición forzada de personas y las discusiones habidas acerca de si procede la imprescriptibilidad e inamnistabilidad.

El capítulo tercero especifica los problemas más característicos de las relaciones entre derecho internacional y derechos internos,

como lo son los mecanismos de incorporación y la aplicación de normas internacionales en el foro interno; qué es el *ius cogens* y cuál es su relación con el sistema de fuentes del derecho internacional y cómo se debiera recoger en los órdenes internos; la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de las obligaciones internacionales, y la interacción de las jurisdicciones nacionales con el derecho internacional.

Especialmente, se revisará aquí cuál es el papel que corresponde a los jueces, dentro del ejercicio de la función pública jurisdiccional, en relación a la aplicación del DIH y el DPI, así como su distinción respecto de una pretendida o posible configuración de un activismo judicial, entendido como forma de inmiscuirse en las esferas que corresponden a los legisladores; las obligaciones internacionales abarcan a todos los poderes del Estado, no solo a los legisladores: mientras ellos no realizan las adecuaciones normativas pertinentes, los jueces deben dar aplicación al derecho internacional respecto del cual Chile ha adoptado compromisos vinculantes, considerando también los estándares internacionales que derivan del efecto reflejo de la jurisprudencia internacional.

Finalmente, el capítulo cuatro sistematiza jurisprudencia nacional relevante sobre la aplicación de las fuentes jurídicas de estas dos subdisciplinas que integran el Derecho Internacional Público, mostrando cuál ha sido su interpretación, aplicación y aporte respecto de las temáticas más discutidas incluidas en los acápite anteriores.



El Derecho Internacional Humanitario (DIH)

1.1

Nociones básicas sobre el DIH

Podemos conceptualizar el Derecho Internacional Humanitario como el conjunto de disposiciones jurídicas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a garantizar el respeto de la persona humana en los conflictos armados, internacionales o no.

1.1.1 Concepto

Para desentrañar su contenido, acudamos al significado de las palabras. “Humano” se dice de un hombre que es bueno para sus semejantes. La “humanidad” es un sentimiento de benevolencia activa hacia los hombres. El “humanitarismo”, por su parte, es esa actitud de humanidad erigida en doctrina social y extendida a la totalidad de los hombres. “Humanitario”, finalmente, es un calificativo aplicable a toda acción bienhechora para el hombre.

De esta forma, se puede concluir que el Derecho Humanitario se inspira en la moral social, que puede resumirse así: “Haced a los demás lo que quisierais que se hiciese a vosotros mismos”. Ejemplos de humanidad se hallan, bajo formas diversas, en todas las civilizaciones. También los filósofos y las religiones han atribuido al ser humano una dignidad y han influido en el desarrollo del Derecho Humanitario.¹

La acción humanitaria denota una aspiración nueva que no se confunde con las formas tradicionales de caridad; manifiesta una exigencia de solidaridad con toda la humanidad, y ello tanto más cuanto que el hombre moderno ve peligrar más y más su identidad y su integridad. A ese respecto, se hace referencia no solo a la multiplicación de los genocidios, a la proliferación de conflictos, al aumento de la violencia, sino también a la grave amenaza de la manipulación genética, que podría transformar a la especie humana.

Por todo ello, lo humanitario, que incumbe tanto al creyente como al ateo, ha pasado al primer plano de las preocupaciones morales, más allá del ámbito de las creencias religiosas.² Luego, podemos conceptualizar el Derecho Internacional Humanitario como el conjunto de disposiciones jurídicas internacionales, de origen convencional o

1 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 4.

2 MEURANT (1997), p. 236.

consuetudinario, especialmente destinadas a garantizar el respeto de la persona humana en los conflictos armados, internacionales o no.

1.1.2 Objetivos

En tiempo de conflicto armado, su propósito es proteger a las personas y a los bienes que se ven –o puedan verse– afectados por un conflicto armado y limitar el derecho de las partes en conflicto, por razones humanitarias, a elegir los medios y métodos de guerra. De este modo, garantizan el respeto a la persona humana y su pleno desarrollo en todos los órdenes.

En otras palabras, la comunidad internacional, a través de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, pretende mitigar los horrores de la guerra, sometiendo al dominio de las leyes una situación de violencia actual.

Hay que emplear todos los esfuerzos para humanizar los conflictos bélicos, proteger a la población civil, defender a los heridos, darles trato correcto a los prisioneros, en fin, que el individuo tenga derecho a unas garantías procesales mínimas, de manera que sus derechos no solo estén tutelados en teoría, sino que existan instituciones que los defiendan de los excesos de la fuerza en el momento del conflicto armado.³

Al preguntarse cuál es la importancia del Derecho Humanitario o cuáles son las funciones que desempeña, hay que investigar no solo sus finalidades sino, más allá de ellas, las razones que generaron la aprobación por los Estados de este cuerpo de normas que, de la manera más obvia, conlleva la autolimitación de la soberanía estatal en un área tan delicada como la guerra.⁴

Cabe hacer presente que –a diferencia de todas las demás ramas del Derecho Internacional Público, que ambicionan resolver conflictos *potenciales* sin hacer uso del recurso de la fuerza– el Derecho Inter-

3 URIBE (1985), p. 67.

4 SWINARSKI (1990).

El Derecho Internacional Humanitario tiene por objeto evitar el sufrimiento inútil y mantener la dignidad de la persona en circunstancias de guerra, precisamente cuando estas dos nociones serían especialmente difíciles de mantener. Su finalidad es prolongar la paz incluso dentro de la guerra.

nacional Humanitario tiene como propósito someter al dominio de las leyes una situación de violencia *actual*.⁵

Se debe destacar que este derecho sirve de complemento internacional a las insuficiencias, las carencias y las falencias del derecho interno del propio Estado, que aparezcan con motivo de un conflicto bélico en su territorio.⁶

Los Estados se conciertan en el ámbito internacional para mejorar la protección ante una situación en la que ya no confían en la eficacia de sus propios sistemas jurídicos internos. Así, el Derecho Humanitario tiene la función organizadora de las relaciones entre los Estados (o entre las partes en conflicto dentro de un Estado,) en situación de conflicto armado.⁷ Hay que emplear todos los esfuerzos para humanizar los conflictos bélicos, proteger a la población civil, defender a los heridos, darles trato correcto a los prisioneros, en fin, que el individuo tenga derecho a garantías procesales mínimas, de manera que sus derechos no solo estén tutelados en teoría, sino que existan instituciones que los defiendan de los excesos de la fuerza en el momento del conflicto armado.⁸

Incluso en tiempos de guerra, y con respecto al enemigo, los hombres deben observar determinadas reglas de humanidad, expresadas principalmente en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.⁹ Así, el Derecho Internacional Humanitario tiene una función protectora que consiste en brindar amparo a las personas humanas (y, en cierta medida, a los bienes).

En resumen, el Derecho Internacional Humanitario tiene por objeto evitar el sufrimiento inútil y mantener la dignidad de la persona en circunstancias de guerra, precisamente cuando estas dos nociones

5 *Ibíd.*

6 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*

8 URIBE (1985), p. 67.

9 COURSIER (1962).

serían especialmente difíciles de mantener. Su finalidad es prolongarla paz incluso dentro de la guerra.¹⁰

Por tanto, el **objetivo general** del DIH es garantizar el respeto a la persona humana incluso en caso de conflicto armado.¹¹ Y como **objetivos específicos**: i) proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades: heridos, náufragos, prisioneros de guerra y civiles, y ii) limitar los métodos y medios de hacer la guerra.¹²

1.1.3 Orígenes del Derecho Humanitario

El Derecho Humanitario existe como derecho consuetudinario desde el siglo XVI y recién en el siglo XIX surge como derecho convencional, siendo fundamental en la discusión y creación de acuerdos internacionales el rol jugado por la Cruz Roja Internacional.

En el s. XVI, se comienzan a repetir cláusulas humanitarias contenidas en los “carteles y capitulaciones” que intercambiaban los jefes de ejércitos enemigos, acuñando una costumbre o derecho consuetudinario. Hay que destacar que dichos carteles eran contratos de índole esporádica, válidos solo para un conflicto armado determinado.¹³ En otras palabras, estas capitulaciones eran *tratados humanitarios*, pero transitorios, que duraban mientras se prolongase la guerra entre los países firmantes, los cuales no estaban obligados nuevamente por ellos una vez terminado el conflicto armado.¹⁴

Luego, en el s. XVIII, estas normas que así surgieron pueden resumirse así: i) los hospitales gozan de inmunidad y están señalados por un banderín cuyo color varía según los ejércitos; ii) los heridos y enfer-

10 Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza (1965), p. 26.

11 Comité Internacional de la Croix-Rouge (1972), p. 1.

12 Comité Internacional de la Cruz Roja (1998), p. 3.

13 *Ibíd.*

14 Por ejemplo, “el tratado de amistad y de comercio, concluido en 1785, en plena paz, entre Prusia y los Estados Unidos, bajo la inspiración de Federico II y de Franklin, ilustres poseedores, tanto el uno como el otro, de ideas filosóficas. El tratado, en la hipótesis de tiempo de guerra protegía a los heridos y prisioneros de acuerdo con las reglas que prefiguraban con bastante exactitud las disposiciones de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, solo se trataba de un Convenio entre dos Potencias y no de un Reglamento internacional obligatorio para otros Estados”. COURSIER (1962), p. 3.

mos no son considerados prisioneros de guerra, reciben asistencia como los pertenecientes al ejército aprehensor y son devueltos una vez restablecidos; iii) los médicos y sus ayudantes, así como los capellanes, están exentos de la cautividad y son devueltos a sus líneas; iv) los prisioneros de guerra salen ilesos y son canjeados sin rescate; y v) la población civil pacífica debe quedar libre de molestias.

En el s. XIX, con la creación de la Cruz Roja, se configura un hito de partida para el desarrollo convencional del Derecho Internacional Humanitario,¹⁵ dándoles un carácter universal a sus normas.¹⁶ Su fundador es el suizo Henry Dunant, quien socorre espontáneamente a los heridos en el campo de batalla de Solferino, el 24 de junio de 1859. En su libro *Recuerdos de Solferino*, de 1862, Dunant formula un doble deseo, que será fundamental para el futuro respeto a la persona humana: i) que se constituya en cada país una sociedad voluntaria de socorros que, en periodo de paz, se prepare para ayudar al servicio de sanidad del ejército en caso de guerra; ii) que los Estados ratifiquen un *principio convencional y sagrado* que garantice una protección jurídica a los hospitales militares y al personal sanitario.¹⁷

15 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1998), p. 5.

16 *Ibíd.*

17 ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (1991), p. 2.

1.2 Principales fuentes normativas del DIH

1.2.1 Convenios de Ginebra de 1949

Los Convenios de Ginebra son cuatro y cada uno de ellos versa sobre una temática específica. Sancionados en 1949 bajo su denominación actual, se fueron gestando de manera correlativa con mucha anterioridad.

I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña¹⁸

Se origina en 1863, del trabajo un Comité formado por cinco personas: Dunant, Moynier, el general Dufour, los doctores Appia y Maunoir.¹⁹ De esta iniciativa surge el primer Convenio de Ginebra relativo a la protección de los militares heridos o enfermos, aprobados en una Conferencia Diplomática celebrada en 1864.²⁰ Esta última congregó a 16 potencias y adoptaría el *Convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña*, el cual consta de 10 artículos e introduce en el derecho lo que Dunant llamaba la **neutralidad**: i) los médicos y enfermeros ya no serán considerados como combatientes y quedarán exentos de captura; ii) las personas civiles que proporcionen socorros a los heridos han de ser respetadas; iii) los militares heridos o enfermos deben ser atendidos, sea cual fuere su nación; iv) se reconoce la neutralidad de ambulancias y hospitales militares; v) una cruz roja sobre fondo blanco será el signo visible de la inmunidad²¹; vi) los Estados deben favorecer, en sus territorios, la creación de sociedades particulares, solidarias las unas de las otras y susceptibles de ejercer una acción que completase la de los servicios de Sanidad.²²

18 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 24. Clarifica que “el Convenio originario de 1864, ya revisado en 1906 y en 1929, pasó a ser el I Convenio de 1949. No se modifica el principio fundamental del Convenio de 1929: el militar herido o enfermo es inviolable; ha de ser respetado, protegido y atendido, aunque se le sigue considerando prisionero de guerra”.

19 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 5. Agrega que este Comité “es el órgano fundador de la Cruz Roja y el promotor de los Convenios de Ginebra. A partir de 1880, tomará el nombre de Comité Internacional de la Cruz Roja”.

20 PASQUIER (1985), p. 43.

21 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 6.

22 COURSIER (1962), p. 4.

El mérito y la originalidad de este convenio es el hecho de haber pretendido resolver, de manera general y permanente, una situación que hasta ese momento solo había dado lugar a la adopción de disposiciones accidentales. Contrariamente a los acuerdos temporales o limitados del s. XVI, este convenio estaba concebido para entrar a formar parte del derecho internacional universal en virtud de la ratificación o de la adhesión de todas las potencias.²³

II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar²⁴

Muy pronto, se hizo evidente la necesidad de ampliar el alcance del convenio precedente. En 1868 se elaboró un nuevo proyecto con la intención de extender los principios adoptados cuatro años antes a los conflictos armados en el mar. Por otro lado, la Declaración de San Petersburgo, de 1868, instó a los Estados a no utilizar armas que provocan sufrimientos innecesarios. La Declaración prohibió el uso de las balas explosivas.²⁵

Las conferencias de paz de La Haya, en 1899 y 1907, aprobaron convenios que definían las leyes y costumbres de guerra y declaraciones que prohibían determinadas prácticas, incluso el bombardeo de poblaciones indefensas, la utilización de gases venenosos y el uso de balas de punta blanda.²⁶

En 1906, el Primer Convenio de Ginebra fue revisado para brindar una mayor protección a las víctimas de la guerra terrestre, procediéndose a su primera refundición, por lo que a partir de ese año tendrá 33 artículos. En 1907, todas sus disposiciones fueron oficialmente extendidas a las situaciones de guerra en el mar.²⁷

23 *Íd.*, p. 5.

24 Este Convenio adapta las disposiciones del I Convenio a las hostilidades en el mar, con inclusión de una nueva categoría de personas protegidas: los náufragos.

25 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1998), p. 3.

26 *Ibíd.*

27 *Ibíd.*

III Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

Tras la Primera Guerra Mundial (1914-1918)²⁸ se originó el tercer Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra en 1929²⁹; el desastroso costo en vidas humanas que tuvo el conflicto armado convenció a la comunidad internacional de que había que dar más fuerza al Convenio.³⁰ Es un extenso código con cerca de 100 artículos que supone progresos importantes: prohibición de represalias; reglamentación del trabajo y de las sanciones penales, y la instauración de un control a cargo de las potencias protectoras.

IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), el Convenio sobre trato a los prisioneros de guerra se aplicó por analogía a las personas civiles que ya se encontraban en territorio enemigo al comienzo de las hostilidades. Tan pronto como finalizaron las hostilidades, la Cruz Roja se impuso el deber de someter a los gobiernos nuevos proyectos de Convenios con el objeto de evitar, de una vez y para siempre, la repetición de estos sufrimientos. Así en 1948, en Estocolmo, los textos aprobados de los cuatro convenios preparados por la Conferencia internacional de la Cruz Roja fueron transmitidos al gobierno suizo el cual convocó a una Conferencia Diplomática en Ginebra, en el mes de abril de 1949, para discutirlos.³¹

La Conferencia sesionó en Ginebra durante cuatro meses, revisando los textos anteriores, conformados por los tres primeros Convenios preparados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), completados, teniendo en cuenta lo que las experiencias adquiridas en dos guerras mundiales permitían estipular a favor de los heri-

28 De acuerdo con SCHINDLER (1999), pp. 715-728, "en aquella época prevalecía la creencia de que la Liga de las Naciones había traído al mundo una paz permanente. Debido a dicha creencia se descartó cualquier consideración relativa a la elaboración de nuevos convenios sobre la guerra. Así pues, no fue hasta 1929 que se aprobaron dos nuevos convenios, uno sobre los heridos y los enfermos y el otro sobre prisioneros de guerra. Con todo, un tercer convenio, quizás el más urgente, relacionado con la protección de los civiles, se topó con la oposición política y no se había aún aprobado cuando, finalmente, el mundo se sumió de nuevo en la guerra".

29 PASQUIER (1985), p. 45.

30 ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (1998), p. 3.

31 *Íd.*, p. 11.

dos, enfermos y prisioneros de guerra. El IV Convenio, nuevo en el Derecho de Ginebra, completaba de manera muy afortunada las disposiciones de La Haya sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, que no estaba prevista en los convenios anteriores, salvo la ocupación de un territorio por un ejército enemigo.³²

Este IV Convenio es la gran conquista humanitaria de la Conferencia Diplomática de 1949 y constituye un progreso importante del Derecho Internacional Humanitario, pues tiende a “garantizar el respeto de la dignidad y a la valía de la persona humana, preservando los derechos que a la misma, por esencia, le pertenecen y las libertades sin las cuales pierde su razón de ser”.³³

Una innovación importante -común a todos los Convenios- es que establecen normas mínimas de observación en los conflictos armados internos.³⁴ Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando además de la lucha entre Estados ya se presentaban frecuentes situaciones de índole nueva, se proyectó que en adelante habría cada vez menos guerras internacionales y más guerras civiles. Así entonces, el CICR concibió la idea de introducir en los Convenios de Ginebra una disposición audaz, el futuro artículo 3º, que pretendía someter al derecho internacional un fenómeno de carácter nacional.³⁵

1.2.2 Protocolos adicionales

A partir de 1949, los numerosos conflictos armados internos y las guerras de liberación en África, Asia, Oriente Medio o Europa motivaron la elaboración de Protocolos adicionales y su aprobación en 1977.³⁶

Las nuevas formas de conflictos armados que emergieron, a menudo agudos y violentos, pero en zonas concretas y con la participación de números limitados de tropas y otros combatientes, requerían de nuevas medidas, por el carácter cambiante de la lucha armada. Así,

32 *Ibíd.*

33 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 29.

34 ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (1998), p. 4.

35 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 9.

36 PASQUIER (1985), p. 45.

la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, reunida en Ginebra de 1974 a 1977, aprobó dos Protocolos adicionales a los Convenios de 1949.³⁷

El **Protocolo Adicional I** se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, completando y desarrollando así las disposiciones de los Convenios de Ginebra aplicables en situaciones de conflicto armado internacional.³⁸

Por su parte, el **Protocolo Adicional II** trata de las víctimas de los conflictos armados internos, incluso entre las fuerzas armadas de un gobierno y disidentes u otros grupos organizados que controlan parte de su territorio, pero no de disturbios y tensiones internas en la forma de tumultos u otros actos de violencia aislados y esporádicos.³⁹ Este II Protocolo tiende a complementar el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, que a este respecto resulta de una insuficiencia evidente.⁴⁰

1.2.3 Otras normas especiales

Entre los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, la Organización de las Naciones Unidas aprobó algunos tratados sobre cuestiones relativas a la conducción de la guerra, en particular la Convención sobre la Prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, de 1976⁴¹, y la Convención sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 1980⁴².⁴³

Tras el final de la Guerra Fría en 1989, comenzó un periodo caracterizado por un desarrollo del Derecho Internacional Humanita-

37 ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (1998), p. 4.

38 SWINARSKI (1990).

39 *Ibíd.*

40 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 39.

41 Aprobada por la resolución 31/72 de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1976.

42 Aprobada el 10 de octubre de 1980.

43 SCHINDLER (1999), p. 718.

rio especialmente intenso y casi radical, que presenta rasgos casi revolucionarios. Nunca las cuestiones humanitarias ni el Derecho Internacional Humanitario habían atraído tanto la atención internacional como ocurrió en este periodo. Y como nunca también, se hizo evidente la necesidad de la acción y el derecho humanitarios.⁴⁴

Desde 1989, la mayoría de los conflictos armados han sido de carácter interno. Durante la Guerra Fría, la animadversión entre las superpotencias eclipsó todos los demás conflictos. Las divergencias internas, resultado de diferencias étnicas, religiosas o políticas, se mantuvieron bajo control a causa de las amenazas externas o los regímenes totalitarios. Pero cuando terminó dicho periodo histórico, con la desarticulación de la Unión Soviética, muchos regímenes se desmoronaron y los conflictos armados internos dejaron de estar contenidos.

En varios Estados los grupos rivales, a menudo impulsados por el fanatismo étnico o religioso, se trabaron en encarnizadas luchas. Pronto se desvaneció la expectativa de que el final de la Guerra Fría traería un periodo de paz y de regímenes democráticos en todo el mundo. Por el contrario, los conflictos armados internos comenzaron a ocasionar problemas humanitarios incluso mayores.⁴⁵

Ante esta situación, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas autorizó el uso de la fuerza en varios desastres humanitarios acaecidos desde entonces, creando además tribunales internacionales⁴⁶ para enjuiciar a las personas responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario. De esta manera, el Consejo de Seguridad ha asumido implícitamente la función de guardián supremo del Derecho Internacional Humanitario.⁴⁷

44 *Ibíd.*

45 *Ibíd.*

46 Resolución del Consejo de Seguridad N° 827 de 1993, por la que se crea el Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia desde 1991, y la resolución N° 955 de 1994, por la que se crea el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa índole cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

47 SCHINDLER (1999), p. 719.

En la tabla siguiente se sintetizan los principales tratados sobre Derecho Internacional Humanitario que versan sobre temáticas específicas:

1954	Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Y Primer Protocolo de la Convención anexo (Segundo Protocolo <i>vid.</i> año 1999).
1968	Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.
1972	Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción.
1974	Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. ⁴⁸
1976	Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles. Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. A ella se añaden: Protocolo I sobre fragmentos no localizables; Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos; Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias.
1989	Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios.
1993	Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.
1995	Protocolo sobre armas láser cegadoras (Protocolo IV de la Convención de 1980).
1996	Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II enmendado de la Convención de 1980).
1997	Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción.
1998	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
1999	Segundo Protocolo de la Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño, sobre la participación de los niños en los conflictos armados.

48

48 La Declaración afirma que se considerarán actos criminales todas las formas de represión y los tratos crueles e inhumanos de las mujeres y los niños, incluidos la reclusión, la tortura, las ejecuciones, las detenciones en masa, los castigos colectivos, la destrucción de viviendas y el desalojo forzoso, que cometan los beligeran-

En síntesis, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales son aquellos que se refieren principalmente a la protección de la **persona humana** contra los abusos de la fuerza, mientras que los demás tratados establecen reglas sobre el uso en sí de la fuerza⁴⁹, o más bien codifican el derecho de la guerra y se inspiran en principios humanitarios, frenando la violencia.

tes en el curso de operaciones militares o en territorios ocupados. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (1998), p. 8.

- 49 “El Derecho Internacional Humanitario tiene dos vertientes que corresponden a sus dos objetivos: el de limitar el recurso de ciertos métodos y medios de combate en las hostilidades, y el de proteger a las víctimas del conflicto. Por razones históricas estas vertientes se denominan *Derecho de la Haya* y el *Derecho de Ginebra*, respectivamente. Se suele considerar el *Derecho de la Haya* como sinónimo del ‘derecho de la guerra’ *lato sensu* y el *Derecho de Ginebra* como el ‘Derecho Humanitario’ *sensu stricto*.” SWINARSKI (1990).

1.3 Principios del DIH y de la Cruz Roja

En el derecho de gentes se distinguen reglas que son objeto de textos precisos, de un carácter obligatorio y en virtud de las cuales los Estados están obligados a realizar o no algunos actos y los principios de los que derivan estas reglas.⁵⁰

Así, los Convenios de Ginebra son un instrumento jurídico primordial sobre el que se apoyan el Comité Internacional de la Cruz Roja y sus delegados. Estos Convenios, en sí mismos, no son más que la expresión de los principios fundamentales que inspiran la obra de la Cruz Roja y en los cuales se funda su acción, sobre todo cuando esta va más allá del texto de los Convenios existentes para adaptarse a situaciones nuevas, todavía no abarcadas por el derecho.⁵¹

Los principios, formulados por costumbre en términos muy generales, pueden llevar consigo cierta imprecisión. Tal y como son, no están considerados como parte integrante del derecho internacional positivo. Sin embargo, su cometido es de capital importancia y se puede decir que se sitúan en un plano más elevado que el propio derecho, ya que son un “manantial de derecho”.⁵²

Con frecuencia, al ser concluido un convenio internacional, los principios son enunciados en un preámbulo que indica el objeto y la razón de ser del convenio. El interés de proceder así radica en facilitar, en caso de que ello sea necesario, elementos de interpretación para permitir la aplicación de las reglas a cualquier situación nueva e imprevista.⁵³ Sin embargo, a veces no están expresamente formulados en los convenios, siendo inútil buscar su enunciación, pues figuran implícitamente y expresan la sustancia del tema. Incluso, a veces se derivan de la costumbre.⁵⁴

50 COURSIER (1962), p. 20.

51 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 10.

52 COURSIER (1962), p. 20.

53 *Ibid.*

54 PICTET (1986), p. 74.

La aplicación de todos los principios –que a continuación se explican– llevan a la conclusión de que todos los Estados se benefician con el Derecho Internacional Humanitario, incluso el país agresor. Asimismo, los principios del Derecho Humanitario, aunque menos desarrollados para los conflictos armados internos, regulan y permiten la asistencia humanitaria, en todo tipo de conflicto armado.

Los principios representan el mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en toda circunstancia, válido incluso para los Estados que no sean partes en los convenios, dado que expresan la costumbre de los pueblos, como más adelante desarrollaremos al hablar de la naturaleza universal del Derecho Humanitario.⁵⁵

1.3.1 Principios de los Convenios de Ginebra (artículos comunes)

Los principios de los Convenios de Ginebra no residen solo en las frases del preámbulo, sino también en la tradición humanitaria de la que Henry Dunant se hizo el intérprete; por ejemplo, que “las naciones deben hacerse en tiempo de paz el mayor bien posible y durante la guerra el menor mal posible”. Además, de manera excepcional, los principios deben ser buscados en las reglas mismas del Convenio, debido precisamente al carácter primordial de estas reglas y de los términos muy generales en que están formuladas.⁵⁶

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 hubieran debido, si se hubiese seguido la opinión del CICR, constar de un preámbulo en virtud del cual “el respeto del ser humano y de su dignidad es un principio que impone incluso en ausencia de todo compromiso contractual. Este principio exige que, en tiempo de guerra, las personas que no toman parte directamente de las hostilidades y las que se hallan fuera de combate, por enfermedad, herida, cautiverio, o cualquier otra causa, sean respetadas y protegidas contra los efectos de la guerra, y que las que sufren sean socorridas y cuidadas sin ninguna consideración de nacionalidad, de raza, de religión, de opiniones políticas u otras”.⁵⁷

55 *Íd.*, pp. 74-75.

56 COURSIER (1962), pp. 21-22.

57 *Íd.*, p. 23.

Esta sugerencia no fue admitida por la Conferencia, no porque estos principios fuesen contrarios a las intenciones de los autores de los Convenios, sino porque estos tropezaron con dificultades para formularlos de tal forma que conviniesen a todos por igual. En efecto, se trataba de enunciar la razón de ser de la dignidad humana. Para los creyentes, esta razón de ser no era otra sino la creación del hombre a imagen de Dios, pero para los no creyentes este origen divino de la humanidad no debía ser mencionado.

En la imposibilidad de redactar un texto de compromiso, la Conferencia prefirió suprimir el preámbulo. Pero, igualmente en este caso, los principios deben ser hallados en un gran número de reglas de los Convenios propiamente dichos. Estas reglas van tan lejos como es posible en el sentido de la protección humanitaria, sin perder de vista sin embargo las necesidades de la guerra, y en realidad no son sino prescripciones “de principio” acompañadas de fórmulas tales como “en cuanto sea posible”, “en todas las circunstancias posibles”, “si lo juzga necesario”, “se esforzarán”, etcétera.⁵⁸

La mayor parte de las disposiciones que son objeto de artículos comunes en los cuatro Convenios de Ginebra tienen el valor de principios. Estos artículos se aplican igualmente a las diferentes categorías de víctimas de la guerra. Por esta razón han sido redactados en términos idénticos y colocados, en la mayor parte de los casos, en el encabezamiento de cada uno de los cuatro Convenios. Este lugar hace que se les pueda considerar, hasta cierto punto, como si hicieran oficio de preámbulo de estos Convenios.⁵⁹

1.3.1.1 Artículo primero: imperativo de civilización

Su primer artículo dispone: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en toda circunstancia”.

Este texto de introducción hace resaltar solemnemente que la ratificación del Convenio consta de ciertos compromisos contraídos

58 *Íd.*, pp. 23-24.

59 *Íd.*, p. 25.

por el Estado hacia sí mismo, de conformidad con sus deberes humanitarios e independientemente de toda reciprocidad por parte de las potencias cocontratantes. Por esta razón, si una potencia deja de cumplir sus obligaciones, las demás potencias ligadas también por el Convenio (neutrales, aliadas o enemigas) pueden y deben esforzarse por volverla a llevar hacia el respeto de sus compromisos.⁶⁰

1.3.1.2 Artículo segundo: principio de reciprocidad

El texto, en su párrafo 3º, señala: “Si una de las Potencias contendientes no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son partes en el mismo quedarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán además obligadas por el Convenio respecto a dicha Potencia, en tanto que ésta acepte y aplique sus disposiciones”.

El objeto de esta cláusula es doble. Primeramente, eliminar una costumbre consagrada en el Derecho de La Haya por la cláusula “*si omnes*”⁶¹, según la cual el Convenio no era aplicable más que si todas las partes estaban ligadas igualmente. Pero, además, exige que toda potencia contratante en conflicto contra una potencia no contratante empiece por conformarse a las disposiciones del Convenio, lo que no puede tener otra consecuencia sino la de hacer obrar de la misma forma a la parte enemiga.⁶²

1.3.1.3 Artículo tercero: principio de humanidad

Este artículo plasma el principio más fundamental del Derecho Humanitario, el de humanidad, consagrando la necesidad de un mínimo de trato humanitario, incluso en caso de guerra, pues jamás se debe olvidar que “las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto de la persona humana”⁶³:

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada

60 *Ibid.*

61 Artículo 11 del Convenio III de La Haya de 1899, para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra de 1864.

62 COURSIER (1962), p. 26.

63 PICTET (1986), p. 77.

una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color; la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a. Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios;
 - b. La toma de rehenes;
 - c. Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d. Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los Pueblos civilizados.
2. Los heridos y enfermos serán cuidados.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.

Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor, por vía de acuerdos especiales, todo o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones que preceden no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes”.

La humanidad exige que se prefiera la captura a la herida, la herida a la muerte, que en la medida de lo posible no se ataque a los no combatientes, que se hiera de la manera menos grave y de la manera menos dolorosa, y que la cautividad resulte tan soportable como sea posible.

Por trato humano se entiende, esencialmente, la protección de la vida y de la integridad física y mental, sin discriminación, es decir sin distinción de carácter desfavorable basada, por ejemplo, en la raza, el color, el nacimiento, la fortuna, el sexo, etcétera.⁶⁴

Para garantizar este trato humano, el artículo 3º común enumera una serie de actos prohibidos: los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; la toma de rehenes y, por último, los atentados a la dignidad personal, especialmente, los tratos humillantes y degradantes.⁶⁵

A las prohibiciones expuestas hay que añadir las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Estas garantías judiciales tienen por objeto proteger de la justicia sumaria, tanto al miembro de las Fuerzas Armadas del gobierno legal caído en poder de la parte rebelde, como al combatiente rebelde, que está en una situación muy precaria dado que en muchos casos se arriesga a una condena a muerte por el solo hecho de haber tomado las armas.⁶⁶

Así, el razonamiento es el siguiente: la humanidad exige que se prefiera la captura a la herida, la herida a la muerte, que en la medida de lo posible no se ataque a los no combatientes, que se hiera de la manera menos grave y de la manera menos dolorosa, y que la cautividad resulte tan soportable como sea posible.⁶⁷

De este modo, al formular el mínimo de trato humano exigible, incluso de un gobierno con respecto a sus propios ciudadanos sublevados contra él y sin saber, ni tan siquiera, si sus propios soldados recibirán este mínimo por parte de los rebeldes si cayeran en poder de ellos, los autores del Convenio de Ginebra han proclamado los deberes

64 SALINAS (1998), p. 81.

65 *Ibíd.*

66 *Ibíd.*

67 PICTET (1986), p. 77.

Del análisis del contenido del artículo 3º común se desprende que en este se establecen normas humanitarias de naturaleza tan fundamental que, sin temor a equivocarse, se puede decir que son verdaderas normas de *ius cogens*, cuya derogación no es posible en ninguna circunstancia y cuya aplicación va más allá de cualquier vínculo convencional existente.

humanitarios de toda sociedad civilizada. Sin embargo, es evidente que, si la parte enemiga no se conformase a los mismos principios, existiría el mayor peligro de que el terrorismo fuese combatido con sus propias armas. Por esta razón, en las situaciones a que se refiere esta disposición del Convenio, el CICR se ha esforzado siempre por obtener, lo más rápidamente posible, el compromiso formal, por parte de las autoridades rebeldes, de conformarse a los principios de los Convenios.⁶⁸

Cabe hacer presente que el artículo 3º común deja a las partes en conflicto la posibilidad de poner en vigor, por vía de acuerdos especiales, la totalidad o parte de los Convenios; es decir, ir más allá de este mínimo obligatorio, aplicando las normas más desarrolladas de los conflictos armados internacionales.⁶⁹

Del análisis del contenido del artículo 3º común se desprende que en este se establecen normas humanitarias de naturaleza tan fundamental que, sin temor a equivocarse, se puede decir que son verdaderas normas de *ius cogens*⁷⁰, cuya derogación no es posible en ninguna circunstancia y cuya aplicación va más allá de cualquier vínculo convencional existente.⁷¹

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986, se pronunció a favor de la existencia de “principios generales básicos de Derecho Humanitario respecto a los que, a su juicio, los Convenios de Ginebra constituyen en ciertos aspectos el desarrollo y en otros la expresión (...), que corresponden a consideraciones elementales de humanidad”.⁷²

68 COURSIER (1962), p. 28.

69 SALINAS (1998), p. 81.

70 *Ius cogens* son las normas imperativas de derecho internacional generalmente conocidas, es decir, aquellas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (artículo 53 de la Convención de Viena, de 1969, sobre Derecho de los Tratados; promulgada en Chile por Decreto N° 381 de 1981 y publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981).

71 SALINAS (1998), pp. 81-82.

72 Sentencia dictada en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella. *Íd.*, p. 82.

1.3.1.4 Artículo octavo: control de las potencias protectoras

Se debe precisar que, en el caso del Convenio IV, esta disposición corresponde al artículo 9º del mismo:

“El presente Convenio será aplicado con el concurso y bajo el control de las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes contendientes. A tal efecto, las Potencias protectoras podrán designar, entre sus propios súbditos o entre los de otras Potencias neutrales. Estos delegados deberán quedar sometidos a la aprobación de la Potencia ante la cual han de ejercer su misión.

Las Partes contendientes facilitarán, en la mayor medida de lo posible, la tarea de los representantes o delegados de las Potencias protectoras.

Los representantes o delegados de las Potencias protectoras no deberán rebasar, en ningún caso, los límites de su misión, tal como resulta del presente Convenio; habrán de tener especialmente en cuenta las imperiosas necesidades de seguridad del Estado donde ejercen sus funciones. Solo exigencias militares imperiosas pueden autorizar, a título excepcional y transitorio, una restricción de su actividad”.

En este artículo, se enuncia que los Convenios serán aplicados “con el concurso y bajo el control de las Potencias protectoras”, es decir de los Estados neutrales encargados de salvaguardar los intereses de las potencias beligerantes en país enemigo.⁷³

Este principio tiende a asegurar a los prisioneros una protección que se acerque a la protección diplomática de que gozan los extranjeros en tiempo de paz.⁷⁴

73 COURSIER (1962), p. 29.

74 *Ibíd.*

El presente artículo es completado, especialmente en el artículo 126, por la lista detallada de prerrogativas de las que gozan los representantes de las potencias protectoras para poder visitar, con plena libertad, todos los lugares en que se hallen prisioneros. Estas visitas no pueden ser prohibidas más que por razones militares urgentes y únicamente a título excepcional y temporal.⁷⁵

En caso de que la potencia protectora faltase, o incluso simplemente para completar su acción, ha sido indicado que las disposiciones de los Convenios “no constituyen obstáculo a las actividades humanitarias que el CICR, así como cualquier otro organismo imparcial emprenda para la protección” de las víctimas de la guerra. El artículo 9º (10º del IV Convenio) sanciona la actividad del CICR y su tradicional derecho de iniciativa. Los delegados del CICR disfrutaban de las mismas prerrogativas que los representantes de las Potencias protectoras.⁷⁶

Además, el artículo 10 agrega que, en caso de que los prisioneros de guerra no se beneficiaran, sea cual sea la razón, de una potencia protectora, el Estado en cuyo poder se hallen deberá pedir ya sea a un Estado neutral, ya sea al organismo imparcial creado o designado por acuerdo entre las partes, que asegure las funciones de potencia protectora. Si, incluso así, no pudiera ser asegurada una protección, el Estado en cuyo poder se hallen los prisioneros deberá pedir, o por lo menos aceptar, que un organismo humanitario, tal como el CICR, ejerza las tareas humanitarias atribuidas a la Potencia protectora.⁷⁷

1.3.1.5 Artículo 11: conciliación facultativa

Cabe precisar que este artículo corresponde al 12 en el IV Convenio, y se refiere al procedimiento facultativo de conciliación apropiado para resolver los conflictos que pueden surgir en la aplicación de los Convenios:

“En todos los casos en que lo juzguen conveniente en interés de las personas protegidas, especialmente en caso de desacuerdo

75 *Íd.*, p. 30.

76 *Íd.*, p. 31.

77 *Íd.*, p. 32.

entre las Partes contendientes sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones del presente Convenio, las Potencias protectoras prestarán sus buenos oficios para allanar la discrepancia.

A tal propósito, cada una de las Potencias protectoras podrá, ya sea espontáneamente o por invitación de una Parte, proponer a las Partes contendientes una reunión de sus representantes y, en particular, de las autoridades encargadas de la suerte de los heridos y enfermos, así como de los miembros del personal sanitario y religiosos, si es posible en territorio neutral convenientemente elegido. Las Partes contendientes tendrán la obligación de aceptar las propuestas que a tal efecto se les hagan. Las Potencias protectoras podrán, llegado el caso, proponer a la aprobación de las Partes contendientes una personalidad perteneciente a una Potencia neutral, o una personalidad delegada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que será invitada a participar a la reunión”.

Esta cláusula substituye una regla más precisa cuya inserción había sido sugerida por algunos en el texto de los Convenios y la cual constaba de la aceptación de la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia en todos los casos litigiosos relativos a la aplicación de los Convenios. La Conferencia no siguió a los promotores de esta sugerencia, pues pensó que el Derecho de Ginebra no se prestaba, de la misma forma que otras partes del derecho internacional, a la intervención del Tribunal de La Haya.⁷⁸

1.3.1.6 Prohibición de represalias

Este principio se encuentra en los artículos 46 del I Convenio, 47 del II, 13 del III y 33 del IV:

“Quedan prohibidas las medidas de represalias contra los heridos, los enfermos, el personal, los edificios y el material protegidos por el Convenio”.⁷⁹

78 *Íd.*, p. 33.

79 Artículo 46 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña, del 12 de agosto de 1949.

“Quedan prohibidas las medidas de represalias contra heridos, náufragos y contra el personal, los buques y el material que el Convenio protege”.⁸⁰

“Los prisioneros de guerra deberán ser tratados en todas circunstancias humanamente. Queda prohibido, y será considerado como grave infracción al presente Convenio, cualquier acto u omisión ilícita por parte de la Potencia en cuyo poder se encuentren los prisioneros que acarree la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder. En particular, no podrá someterse a ningún prisionero de guerra a mutilaciones físicas o a experiencias médicas o científicas, de cualquier naturaleza, que no estén justificadas por el tratamiento médico del cautivo interesado y que no se apliquen en bien suyo.

Los prisioneros de guerra deberán igualmente ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra cualquier acto de violencia o intimidación, contra insultos y contra la curiosidad pública.

Las medidas de represalia contra ellos quedan prohibidas”.⁸¹

“No será castigada ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido ella misma. Las penas colectivas, así como toda medida de intimidación o terrorismo quedan prohibidas.

Queda prohibido el saqueo.

Quedan igualmente prohibidas las medidas de represalias respecto a las personas protegidas o a sus bienes”.⁸²

Las represalias son medios coactivos de solución de controversias, medidas adoptadas por un Estado al objeto de hacer que otro Estado consienta en la solución de una controversia tal como se desea por el

80 Artículo 47 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12 de agosto de 1949.

81 Artículo 13 del Convenio de Ginebra sobre el trato de los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

82 Artículo 33 del Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.

primero. Hay diferentes clases de estos medios: retorsión, represalias, bloqueo pacífico e intervención armada.⁸³

Las represalias son aquellos actos nocivos, y por otra parte ilegales internacionalmente, de un Estado en contra de otro, permitidos de manera excepcional con el fin de forzar al segundo a admitir un arreglo satisfactorio de una controversia creada por su propio delito internacional.⁸⁴

Procedentes de la antigua “ley del talión”, las represalias se consideraban tradicionalmente como una especie de sanción propia del derecho internacional por la ausencia, en la comunidad de naciones, del poder supraestatal.⁸⁵

Ahora bien, dada su similitud, es pertinente hacer referencia a los actos de retorsión. Estos son la réplica de un Estado a un acto inamistoso aunque jurídicamente lícito realizado por otro, que le resulta perjudicial, con el propósito de inducirlo a rectificar su conducta.⁸⁶

De esta forma, mientras la retorsión consiste en la represalia frente a actos descorteses, poco amistoso, de mala fe e injustos –que nada tienen que ver con los delitos internacionales– por medio de actos de la misma o similar categoría, las represalias son actos en ocasiones ilegales, ejecutados por un Estado con objeto de obtener justicia frente a un delito internacional mediante la ejecución del derecho por sí mismo.⁸⁷

Las represalias son admisibles en todo caso de delito internacional en los que el Estado perjudicado no puede obtener reparación a través de la negociación u otros medios amistosos.⁸⁸

83 OPPENHEIM (1966), p. 137.

84 *Íd.*, p. 141.

85 STANISLAW (1984), p. 16.

86 PEÑA (1961), p. 138.

87 OPPENHEIM (1966), p. 142.

88 RUIZ (1935), p. 133.

En caso de guerra, cuando se han agotado todas las protestas y advertencias para impedir que el enemigo siga cometiendo excesos y faltando a las leyes de la guerra, no queda otro recurso que emplear represalias; esto es: cometer, también, ciertos excesos, en determinadas condiciones y justificados solamente por esa extrema necesidad.⁸⁹ Las represalias autorizan actos rigurosos, pero no crueles ni desleales.⁹⁰

Sin embargo, los Convenios de Ginebra introducen la noción de que las represalias no pueden ser ejercidas contra las personas. Así, por ejemplo, no pueden ser maltratados los prisioneros de guerra para contestar a las violaciones del Convenio cometidas por el enemigo.⁹¹

Tal victoria humanitaria fue posible porque estos mismos Convenios crearon otros medios apropiados para garantizar el respeto del derecho: sanción y, sobre todo, control.⁹²

1.3.1.7 Universalidad de la represión

Este principio se encuentra dentro del tratamiento de las sanciones penales, abordadas en los artículos 50 del I Convenio, 51 del II, 130 del III y 147 del IV. En los primeros dos Convenios el artículo es idéntico, mientras que en el III y IV experimenta algunas variaciones:

“Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes, si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio internacional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria”.⁹³

89 En otras palabras, SORENSEN (1945), p. 694, señala que “las represalias en tiempo de guerra son circunstancias prohibidas por las leyes de guerra, que solo pueden llevarse a cabo excepcionalmente con el fin de obligar al enemigo a cesar la realización de actos ilegales de guerra”.

90 RUIZ (1935), p. 133.

91 COURSIER (1962), p. 34.

92 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 23.

93 Artículo 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña, del 12 de agosto de 1949, idéntico al artículo 51 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949.

“Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, siempre que sean cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o privarle de su derecho de ser juzgado regular e imparcialmente a tenor de las prescripciones del presente Convenio”.⁹⁴

“Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, causar intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, privarla de su derecho de ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario”.⁹⁵

Estas disposiciones son las que de cierto modo dan comienzo a un Derecho Penal Internacional, convirtiendo para ello en crímenes internacionales las infracciones que, en lenguaje corriente, son designadas con la denominación de *crímenes de guerra*.

Estos artículos erigen ante la conciencia internacional el cuadro de las *infracciones graves*, violaciones que, si quedasen sin castigo, signifi-

94 Artículo 130 del Convenio de Ginebra sobre el trato de los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

95 Artículo 147 del Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, del 12 de agosto de 1949.

carían la degradación de la personalidad y la supresión del concepto de humanidad.⁹⁶

Los Convenios prevén que los gobiernos se comprometan a tomar cuantas disposiciones legislativas sean necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas, que deban ser aplicadas a las personas que hayan cometido, o dado la orden de cometer, una u otra de estas infracciones graves.⁹⁷

Además, la obligación de indagar y de castigar (en virtud de medidas legislativas que estatuyen sanciones penales apropiadas) obliga a todos los Estados -beligerantes o neutrales- y se aplica a todos los culpables, sea cual fuere el lugar donde la infracción se haya cometido. Se reconoce así que la represión del crimen no es únicamente la que los vencedores infligen a los vencidos.⁹⁸

El texto, por otra parte, dispone que cada parte contratante tomará también las disposiciones necesarias para que cesen los actos contrarios a los Convenios distintos de las infracciones graves, pero es con respecto a estas últimas sobre las que insisten los Convenios, ya que prevén acerca de ellas la competencia penal de todos los Estados parte en los Convenios. También es posible transferir al culpable ante un tribunal internacional, en caso de que un tribunal de esta clase fuese instituido.⁹⁹

Consecuencia de este principio es que la extradición sea un derecho cada vez que el Estado requerido no haya citado al acusado ante sus propios tribunales. Por el hecho de depender así de varias jurisdicciones posibles, estos crímenes tienen menos probabilidades de quedar sin castigo.¹⁰⁰

Una infracción lleva consigo la responsabilidad del Estado al cual puede atribuirse. La originalidad del sistema consiste en la represión

96 COURSIER (1962), p. 35.

97 *Ibíd.*

98 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 22.

99 COURSIER (1962), p. 35.

100 *Ibíd.*

de las infracciones graves, para las cuales los Convenios instituyen una doble responsabilidad: la del Estado y la del individuo, que no puede escudarse detrás del principio de *orden recibida*.¹⁰¹

1.3.2 Principios fundamentales de la Cruz Roja

Los principios de los Convenios de Ginebra se unen a los principios de la Cruz Roja. Esto es evidente, teniendo en cuenta el cometido que ha desempeñado el movimiento de la Cruz Roja, y especialmente el CICR, en la preparación de los textos que codifican hoy el Derecho de Ginebra. Por esta razón, los principios de la Cruz Roja son elementos inspiradores de aquellos de los Convenios de Ginebra.¹⁰²

Los Convenios de Ginebra son un instrumento jurídico primordial sobre el que se apoya el CICR y sus delegados. En sí mismos, no son sino la expresión de los principios fundamentales que inspiran la obra de la Cruz Roja y en los cuales se funda su acción, sobre todo cuando esta va más allá del texto de los Convenios existentes para adaptarse a situaciones nuevas, aún no abarcadas por el derecho.¹⁰³

Los principios de la Cruz Roja, sobre los cuales está basada su acción, fueron proclamados solemnemente por la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena el año 1965. En los siguientes acápites, se procederá a enunciarlos.

1.3.2.1 Humanidad

El principio de la humanidad ocupa lugar preponderante en la doctrina de la Cruz Roja y de él dependen todos los demás principios. Base fundamental de la institución, le marca al mismo tiempo su ideal, sus motivos y su objetivo.¹⁰⁴

La Cruz Roja lucha contra el sufrimiento y la muerte. Exige que, en cualquier circunstancia, se trate al hombre con humanidad¹⁰⁵, pues todos los heridos de la guerra tienen eso en común: su humanidad.

101 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 22.

102 COURSIER (1962), p. 36.

103 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 10.

104 PICTET (1956), p. 16.

105 *Ibíd.*

El principio de igualdad se encuentra íntimamente ligado al principio de humanidad; la igualdad de los hombres ante el dolor es singularmente impresionante y todos son sensibles frente a él, todos están expuestos a padecerlo y a todos les asiste un derecho semejante a que se les alivie.

Todos son seres humanos y todos merecen ser tratados como personas, sean del bando propio o del enemigo. Se trata de atender y ayudar a todas las víctimas, porque todas ellas son seres humanos.¹⁰⁶

La Cruz Roja dio nacimiento a la preocupación por proporcionar socorro sin discriminación a los heridos en los campos de batalla, esforzándose en hacer lo posible para prevenir y aminorar en toda circunstancia, nacional o internacional, los sufrimientos de los hombres. Se propone proteger la vida y la salud, así como hacer que se respete a la persona humana. Fomenta la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre los pueblos.¹⁰⁷

El motor esencial del Comité Internacional de la Cruz Roja es su derecho de iniciativa humanitaria, independientemente de la condición de los individuos. El CICR siempre ha visto al hombre que hay detrás del uniforme, pues el trato de cualquier ser humano no debe en absoluto depender de su estatuto jurídico. En todo tiempo, en todo lugar, hay que evitar los sufrimientos innecesarios y respetar la dignidad del hombre.¹⁰⁸

El principio de humanidad determina el trabajo de la Cruz Roja en tiempos de guerra, pero también el de tiempos de paz. Rige, en el plano nacional, su obra de asistencia médica y social, así como en el internacional orienta su obra de protección a los seres indefensos. Comprende acciones reparadoras y preventivas, fomenta el Derecho Humanitario y difunde el espíritu pacífico.

1.3.2.2 Igualdad o no discriminación

El principio de igualdad se encuentra íntimamente ligado al principio de humanidad; la igualdad de los hombres ante el dolor es singularmente impresionante y todos son sensibles frente a él, todos están expuestos a padecerlo y a todos les asiste un derecho semejante a que se les alivie.

106 GROSSRIEDER (1999), p. 12.

107 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1975), p. 9.

108 GROSSRIEDER (1999), p. 13.

Respecto a cualquier persona, sea quien fuere, la Cruz Roja manifiesta una similar vocación a prestar servicio. Por eso, a igual desdicha, la ayuda ha de ser igual; pero a desdicha desigual, la ayuda ha de ser, para cada quien, proporcional a su miseria y condicionada por la urgencia del caso.¹⁰⁹

El principio igualitario ha encontrado expresión desde el primer Convenio de Ginebra de 1864, en el cual se asienta la idea de que los combatientes heridos y enfermos deben ser atendidos sea cual fuere su nacionalidad, y se dispone que los servicios sanitarios deben ser reconocidos como neutrales. Desde entonces, la no discriminación es el principio fundamental del Derecho Internacional Humanitario y obliga a las partes en conflicto armado a tratar a las personas sin distinción alguna, salvo la basada en la urgencia de sus necesidades. El principio de no discriminación –los motivos prohibidos de discriminación se ampliaron posteriormente y no son exhaustivos¹¹⁰– inspira muchas normas específicas de los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos adicionales.¹¹¹

El Movimiento de la Cruz Roja, tanto en su pensamiento como en sus actos, solo quiere hablar de seres humanos y prestar asistencia sin discriminación alguna a los que más sufren.¹¹² Los individuos deben ser tratados sin ninguna distinción fundada en raza, sexo, nacionalidad, idioma, clase social, fortuna, opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o en cualquier otro criterio análogo. En la práctica, sin embargo, habrá diferencias de trato a favor de los individuos, con el fin de compensar las desigualdades resultantes de su situación per-

109 PICTET (1956), pp. 34-35.

110 Así, por ejemplo, en los Convenios de 1949 se eliminó “la posibilidad de discriminar entre soldados rendidos fuera de combate sobre la base de su raza, religión, sexo, nacimiento, riqueza u otro criterio similar”. GONZÁLEZ (1993), p. 26.

111 PEJIC (2001), p. 185.

112 HAUG (1996), p. 672.

sonal¹¹³, de sus necesidades o de su infortunio.¹¹⁴ Asimismo, en los Convenios se especifica que solo razones de urgencia médica justifican alguna prioridad en el orden de la asistencia, y se hace hincapié en que las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo.¹¹⁵

Igualdad no supone una equivalencia matemática de los esfuerzos, sino una igualdad en relación con las necesidades. La ayuda no puede ser tal que suponga una liberación de material que beneficie al esfuerzo bélico de alguna de las partes, de ahí que deba ser proporcional a las necesidades de la población civil y limitada al sustento, abrigo y medicamentos que esta necesita.¹¹⁶

113 Cabe destacar que Jean Pictet, Director de Asuntos Generales del Comité Internacional de la Cruz Roja en la década del 50, clasifica los principios de la Cruz Roja en principios fundamentales y orgánicos; dentro de los primeros agrega el principio de proporcionalidad, el cual no será tratado en esta investigación en un acápite aparte, por considerarse que este principio está incluido en el concepto de igualdad –aristotélica– al cual hace referencia en repetidas ocasiones el ordenamiento jurídico chileno.

En palabras de Pictet, proporcionalidad implica que la “ayuda disponible debe ser repartida según la importancia relativa de las necesidades individuales y según su orden de urgencia”. PICTET (1956), p. 42.

114 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 47.

115 PEJIC (2001), p. 185.

116 ABRIL (1998), pp. 31-32.

La neutralidad ha sido definida como la obligación de no involucrarse en las hostilidades e implica que la única finalidad de la actuación es socorrer a las víctimas, pues la asistencia humanitaria nunca debe suponer una injerencia en el conflicto armado.

1.3.2.3 Imparcialidad

La Cruz Roja ha de actuar sin favor ni prevención hacia nadie.¹¹⁷

De esta forma, si el principio de igualdad veda toda distinción objetiva entre los individuos, es el principio de imparcialidad el que proscribe las distinciones de tipo subjetivo, es decir derivadas de elementos inherentes a las relaciones particulares del agente y de las personas interesadas. Estas distinciones pueden referirse, por ejemplo, a consideraciones sociales o de opinión, o a una simpatía espontánea.¹¹⁸

La no discriminación es un elemento clave de la imparcialidad, lo cual significa que se reconoce que todas las personas son iguales, que deben ser tratadas como tales y que las necesidades de las víctimas son el único criterio válido para brindarles asistencia y protección.¹¹⁹

1.3.2.4 Neutralidad

Con el fin de conservar la confianza de todos, la Cruz Roja se abstiene de tomar parte en las hostilidades y nunca se mezcla en las controversias de tipo político, racial, religioso o filosófico.¹²⁰

La palabra “neutral” viene del latín *neuter*, que significa “ni lo uno ni lo otro”. La neutralidad es una noción esencialmente negativa: califica, ante todo, la abstención de quien se mantiene fuera de un conflicto y no se pronuncia francamente por una u otra parte.¹²¹

La neutralidad ha sido definida como la obligación de no involucrarse en las hostilidades e implica que la única finalidad de la actuación es socorrer a las víctimas, pues la asistencia humanitaria nunca debe suponer una injerencia en el conflicto armado.¹²²

Se consideran neutrales todos los movimientos o todas las instituciones que se abstienen de tomar partido en un conflicto o en un

117 PICTET (1956), p. 53.

118 *Íd.*, p. 58.

119 PEJIC (2001), p. 191.

120 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1975), p. 9.

121 PICTET (1956), p. 61.

122 ABRIL (1998), p. 30.

diferendo, y que renuncian a toda índole de injerencias. Ello puede ser el resultado de una voluntad de autoprotección; de una consideración de que el bien y el mal, lo verdadero y lo falso, existen en ambas partes; o de una moderación en pro de una causa más importante o de una labor específica. Pero el motivo de la neutralidad puede ser también la indiferencia, el miedo o la cobardía. La neutralidad no es, pues, una virtud en sí misma.¹²³

El móvil del principio de neutralidad según el cual el Movimiento de la Cruz Roja se abstiene de tomar parte en las hostilidades y, en todo tiempo, en controversias de orden político, racial, religioso e ideológico, es la salvaguarda de la confianza general. Quien toma partido corre el riesgo de despertar sospechas e inspirar animosidad en una de las partes, que tal vez lo rechace o le retire la confianza. Solo donde los componentes del Movimiento pueden contar con la confianza de todos –tanto de las autoridades como de la población– nadie le impedirá acercarse a las víctimas de los conflictos armados y de catástrofes para prestarles a protección y asistencia necesarias.

Para el CICR, tener la confianza de los gobiernos de los Estados Parte en los Convenios de Ginebra es la condición más importante para su intervención tanto en casos de conflicto armado como dedisturbios o tensiones. La confianza es la fuerza moral sin la que el Movimiento no podría vivir, desarrollarse y actuar.¹²⁴

Una actitud neutral es un estímulo y una prueba de confianza. Es también un medio para promover la unidad y la universalidad del Movimiento.¹²⁵

El propio carácter humanitario de su actuación impide a los actores tomar parte directa o indirecta en las hostilidades, pero no está claro que esta neutralidad los obligue a permanecer completamente pasivos cuando una de las partes en conflicto comete actos contrarios al Derecho Internacional General, como son los actos de genocidio.

123 HAUG (1996), p. 670.

124 *Ibíd.*

125 *Íd.*, p. 671.

Parece que en este campo el concepto de neutralidad está cambiando, e incluso está siendo desplazado por otro nuevo principio, como es el de *no partidismo*.¹²⁶

Lo importante de este principio de no partidismo es que la acción responda al sufrimiento humano con la mera intención de socorrer al que lo necesita, sin pretender con ella obtener un provecho político, sectario o de otro tipo.¹²⁷

La índole del Movimiento de la Cruz Roja es, en primer lugar, apolítica. Ni por su razón de ser, ni por su cometido, ha de influir en el desarrollo del orden jurídico y social ni tomar parte en las luchas por el poder en el plano nacional o internacional. El CICR tampoco está relacionado con religiones o iglesias, aunque su ideal humanitario se base en dogmas religiosos. Los emblemas de la cruz roja y de la medialuna roja no son, contrariamente a las apariencias, símbolos religiosos. El Movimiento no tiene, sobre todo, orientación racista y se aleja de todo odio o glorificación racial. Por último, hay que puntualizar que el Movimiento no se atiene a una ideología. No se somete a sistema filosófico alguno. Solo se atienen a su propio ideal, que es realizar una acción humanitaria eficaz y desinteresada.¹²⁸

126 ABRIL (1998), p. 34.

127 *Íd.*, p. 31.

128 HAUG (1996), p. 672.

1.3.2.5 Independencia

La Cruz Roja debe ser independiente de todo poder y libre de cualquier influencia. So pena de dejar de ser ella misma, la Cruz Roja debe ser dueña de sus decisiones, de sus gestos y de sus palabras. Para poder señalar mejor el camino de la caridad y de su justicia, ha de romper ciertos contactos con los poderes instituidos. Necesita sentirse libre para seguir sus móviles puramente humanitarios, aplicar siempre los principios que le son propios, mostrarse igualitaria respecto de todos los seres y mantenerse universalista.

Esta independencia será también prenda de su neutralidad.¹²⁹ La autonomía de los organismos de la Cruz Roja y de la Medialuna Roja, con respecto a Estados, organizaciones internacionales, partidos políticos y poderes económicos, son condiciones esenciales para su neutralidad. Una posición neutral será mucho más firme si la institución debe salvaguardar y demostrar su independencia.¹³⁰

Si bien las sociedades nacionales de la Cruz Roja mantienen estrechos lazos con sus gobiernos, ya que les prestan su concurso como auxiliares de servicios públicos, deben conservar un carácter autónomo y privado¹³¹ que les permita obrar siempre según estos principios.

1.3.2.6 Universalidad

La obra de la Cruz Roja debe extenderse a todos los hombres, en todos los países. Así, la noción de universalidad contiene dos ideas: extenderse a todos y extenderse por todas partes. La primera reviste una significación fundamental para la Cruz Roja: su ideal prescribe ayudar a todos los hombres, sean quienes sean. De esta forma, los principios de humanidad e igualdad implican el de universalidad, como consecuencia natural y necesaria.¹³²

Este principio es puesto en evidencia por la ausencia de preámbulo en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. En efecto, para que todas las

129 PICTET (1956), p. 82.

130 HAUG (1996), p. 673.

131 PICTET (1956), p. 83.

132 *Íd.*, p. 86.

No puede existir, en cada Estado, más que una sola Sociedad de la Cruz Roja. El principio universalista referente a la plataforma internacional se transforma, en el ámbito nacional, en el postulado de la totalidad o generalidad de la acción.

delegaciones pudieran firmar estos textos, fue preciso eliminar todo lo que hubiera podido suscitar un conflicto de ideas capaz de viciar el acuerdo de las partes. El alcance universal de los Convenios de Ginebra tenía tal importancia, que convenía cuidarlo, dejando para ello a cada firmante la tarea de formular, por sí mismo y de conformidad con sus preferencias ideológicas, los principios del Convenio. Lo esencial era establecer reglas comunes de ellos que ligaran, efectivamente, de la misma forma a todas las naciones entre sí. Así los Convenios de Ginebra han sido concluidos para todos los tiempos y lugar.¹³³

Por otra parte, la Cruz Roja es una institución universal dentro de la cual todas las sociedades tiene derechos iguales y el deber de ayudarse recíprocamente.¹³⁴

1.3.2.7 Unidad

En cada país solo puede existir una sola Sociedad de la Cruz Roja; esta debe ser accesible a todos y extender su acción humanitaria a la totalidad del territorio.¹³⁵

Ya en 1869, la II Conferencia Internacional de la Cruz Roja instituyó que “debe buscarse la unión íntima y sólida de todas las sociedades caritativas de cada nación en un conjunto bien compacto, a fin de intensificar su eficacia tanto durante la guerra como durante la paz”.¹³⁶

Por razones prácticas e imperiosas, es necesario, que en cada territorio la Sociedad de la Cruz Roja sea una sola en su género, pues de ello depende la eficacia de su obra caritativa.¹³⁷ No puede existir, en cada Estado, más que una sola Sociedad de la Cruz Roja. El principio universalista referente a la plataforma internacional se transforma, en el ámbito nacional, en el postulado de la totalidad o generalidad de la acción.¹³⁸

133 COURSIER (1962), p. 24.

134 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1975), p. 10.

135 *Ibíd.*

136 PICTET (1956), p. 138.

137 *Íd.*, p. 139.

138 *Íd.*, p. 141.

1.4 Ámbitos de aplicación

El Derecho Internacional Humanitario es aplicable en dos regímenes de protección: conflictos armados de carácter internacional y conflictos armados de carácter interno. Sin embargo, dada la proliferación en las últimas décadas de los conflictos armados internos, y la gravedad cada vez mayor de sus repercusiones en la comunidad internacional, la distinción ha perdido mucha de su importancia.

El derecho de los conflictos armados internos se ha alineado cada vez más con el derecho de los conflictos armados internacionales. Ya no se pueden considerar, como solía hacerse, meros asuntos internos de los respectivos Estados. Por otra parte, la total disposición a acudir a la violencia armada en los conflictos internos se ha vuelto generalizada y tan extrema, que las diferencias entre estos y las guerras internacionales han disminuido constantemente.¹³⁹

Así, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional en su *Decisión para la Antigua Yugoslavia*, de 2 de octubre de 1995, concluyó que muchos principios originalmente aplicables a los conflictos armados internacionales habían pasado a ser, con el transcurso del tiempo, normas consuetudinarias aplicables también en conflictos armados no internacionales.¹⁴⁰

A pesar de este avance experimentado por el Derecho Internacional Humanitario, es pertinente tratar en acápite diferenciados las situaciones en las que se puede aplicar, pues una de las razones que sirvieron de fundamento a nuestros tribunales para declarar inaplicables los Convenios de Ginebra en casos chilenos, fue sostener que Chile no se encontraba en un conflicto armado interno en el periodo en que rigió estado de sitio en nuestro país durante el gobierno militar.

139 SCHINDLER (1999), p. 719.

140 *Íd.*, p. 720.

1.4.1 Conflicto armado internacional

Se encuentra definido en el artículo 2º, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, como “(...) la guerra declarada o cualquier otro conflicto que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas (...)”. En otras palabras, los Convenios no solo entran en vigor para las guerras declaradas oficialmente, sino a partir del momento en que, de hecho, surjan las hostilidades. Por otra parte, se observa que la definición de guerra interestatal suele ser objetiva y evita cautelosamente las referencias a la calificación dada por las partes a la situación bélica.¹⁴¹

Cabe destacar, que la “guerra de liberación nacional”, como se define en el artículo 1º del Protocolo Adicional I, se equipara a un conflicto armado internacional: “(...) El presente Protocolo se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (...)”.

En estos casos, de conflicto armado internacional entre dos o más Estados, se aplican los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977.

Son también aplicables todas las reglas consuetudinarias, como aquellas del Derecho de la Haya, en la medida en que, incluso aunque no sea reconocido, exista *de facto* un estado de beligerancia entre las dos partes en conflicto.¹⁴²

En estas situaciones, el Derecho Internacional Humanitario está destinado, principalmente, a las partes en conflicto y protege a todo individuo o categoría de individuos que no participa, o ya no participa de forma activa, en el conflicto bélico. Es decir, militares heridos o

141 SWINARSKI (1990).

142 *Ibíd.*

Los Convenios de Ginebra han sido previstos para el tiempo de guerra, pero fuera de los casos de conflicto armado externo, existen estas conflagraciones internas, en las cuales las personas se encuentran ante los mismos peligros que en una guerra externa, por ende requieren de las mismas garantías para la protección de sus derechos fundamentales y dignidad humana.

enfermos en la guerra terrestre; miembros de los servicios sanitarios de las fuerzas armadas; militares heridos, enfermos o náufragos en la guerra marítima, así como a miembros de los servicios sanitarios de las fuerzas navales; prisioneros de guerra; población civil, como por ejemplo personas civiles extranjeras en el territorio de las partes en conflicto, incluidos los refugiados; personas civiles en los territorios ocupados; detenidos y civiles internados; personal sanitario, religioso, de los organismos de protección civil.

1.4.2 Conflicto armado no internacional

Además de las guerras regulares, siempre han existido conflictos armados semejantes, pero que el derecho tradicional no consideraba como tales. Recibían apelativos variados como rebeliones, luchas intestinas, insurrecciones, revoluciones y, más tarde, guerras civiles.

En todo tiempo, este tipo de guerras ha provocado proporcionalmente más sufrimientos que los conflictos bélicos internacionales en razón del odio y del encarnizamiento correspondientes. No obstante, que daban fuera del derecho de gentes. No fue sino a finales del s. XVIII cuando surgió la idea de que cierto número de reglas humanitarias debían aplicarse en los conflictos bélicos cuyos antagonistas fuesen el soberano y los súbditos que contra él hubieren tomado las armas.¹⁴³

Así, los Convenios de Ginebra han sido previstos para el tiempo de guerra, pero fuera de los casos de conflicto armado externo, existen estas conflagraciones internas, en las cuales las personas se encuentran ante los mismos peligros que en una guerra externa, por ende, requieren de las mismas garantías para la protección de sus derechos fundamentales y dignidad humana.

“Conflicto armado no internacional” se encuentra definido en el artículo 1º del Protocolo Adicional II de 1977, como una situación que “(...) tiene lugar en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan

143 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 8.

sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

Esta definición del Protocolo II sobre la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en situación de conflicto armado no internacional realza el nivel que le atribuye a la misma el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra, reafirmando y desarrollando sus disposiciones. En los términos de este último artículo, basta que un conflicto bélico no internacional ocurra dentro del territorio de un Estado entre dos grupos identificables, sin la exigencia de que el bando opositor ejerza un dominio sobre una parte del territorio estatal y tenga capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.¹⁴⁴

En caso de conflicto armado sin carácter internacional se aplica el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II de 1977, siempre y cuando este último instrumento esté en vigencia para el Estado. En dicho artículo se establecen las normas aplicables en las situaciones de conflicto armado no internacional, que es actualmente la forma más común de conflicto.

Así, se dispone que los principios básicos que deben guiar el comportamiento de las partes en conflicto con las personas que no participan en él son el trato humano y la no discriminación. Asimismo, se hace una lista de normas que, según la Corte Internacional de Justicia, son una expresión de consideraciones elementales de humanidad. Por lo tanto, son vinculantes no solo porque dimanen del derecho de los tratados, sino por ser parte del derecho internacional consuetudinario, que pertenece a la categoría de *ius cogens*. De esta forma se garantiza un mínimo de trato humanitario.¹⁴⁵ Luego, es oportuno enfatizar los términos del artículo 3º común:

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada

144 SWINARSKI (1990).

145 PEJIC (2001), p. 187.

una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, **como mínimo**, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color; la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a. Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios;
 - b. La toma de rehenes;
 - c. Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d. Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los Pueblos civilizados.
5. Los heridos y enfermos serán cuidados.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.

Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor, por vía de acuerdos especiales, todo o parte de las demás disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las disposiciones que preceden no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes”.

El artículo hace referencia a un *conflicto armado de carácter no internacional*, es decir, en los hechos y en la práctica, este es aplicable a las confrontaciones armadas abiertas que tengan baja intensidad entre fuerzas armadas relativamente organizadas o grupos armados, que se suscitan exclusivamente dentro del territorio de un Estado en particular.¹⁴⁶ Ha de tratarse de una situación análoga a la guerra. No se podría apelar al artículo 3º en caso de motines de carácter local y pasajero.¹⁴⁷ El Derecho Humanitario está destinado, en estas situaciones, a las fuerzas armadas, regulares o no, que no tomen parte, o hayan dejado de tomar parte activa, en las hostilidades, por ejemplo: combatientes heridos o enfermos; personas privadas de libertad a causa del conflicto bélico; población civil; personal sanitario y religioso.

Se debe reconocer que la aplicación del artículo 3º puede plantear numerosas dificultades, pues no siempre es fácil determinar lo que es preciso entender por conflicto armado no internacional; ello correspondería a las Potencias Partes en los Convenios, las que deberían decir lo que entienden por ello, pues lógicamente solo los Estados son competentes para indicar el sentido que ellos dan a los tratados internacionales establecidos entre ellos.¹⁴⁸

Una respuesta inicial puede ser encontrada en los trabajos preparatorios del artículo 3º, durante los cuales los participantes en la Conferencia Diplomática de 1949, y aquellos que les precedieron en la elaboración de los anteproyectos de esta disposición, han enunciado un cierto número de criterios. La intervención de las Fuerzas Armadas regulares, el hecho de que la rebelión esté organizada, de que la insurrección esté dirigida por un grupo de mando responsable, eventualmente un poder civil, al lado de los poderes militares, la duración de los combates, la amplitud de las pérdidas sufridas por las fuerzas en lucha, son elementos que permiten evaluar la situación.¹⁴⁹

146 GONZÁLEZ (1993), p. 35.

147 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE (1972), p. 20.

148 COMISIÓN DEL CENTENARIO DE LA CRUZ ROJA EN SUIZA (1965), p. 162.

149 *Íd.*, p. 163.

Ahora bien, el artículo 3º, si bien garantiza un mínimo de trato humano “a las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa”, no extiende en modo alguno a estas personas el estatuto de prisioneros de guerra, a menos que las partes en conflicto se pongan de acuerdo con este respecto “por vía de acuerdos especiales”.¹⁵⁰

En cuanto al Protocolo Adicional II, este desarrolla y complementa el artículo 3º común, aunque sus condiciones de aplicación son más estrictas¹⁵¹, pues excluye expresamente en el artículo 1º, párrafo 2º, en ciertas situaciones: “El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

Sin embargo, tal exclusión no conlleva la imposibilidad de aplicar indirectamente sus disposiciones, o bien de inspirarse en sus principios fundamentales para su aplicación por analogía. De todos modos, sigue aplicándose como un fundamental punto de partida de protección mínima el artículo 3º común.¹⁵² Luego, a propósito de esta restricción, los conflictos armados sin carácter internacional son clasificados por la doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja como se explica en los siguientes acápites.

1.4.2.1 Disturbios interiores

Los disturbios tienen cierta gravedad, provocan actos de violencia, duran cierto tiempo (un simple motín sería excluido), hay lucha entre grupos organizados y, sobre todo, estos acontecimientos causan víctimas.¹⁵³ En 1971, el Comité Internacional de la Cruz Roja presentó a la Primera Conferencia de Expertos Gubernamentales la siguiente descripción de disturbios interiores:

150 COURSIER (1962), p. 76.

151 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1998), p. 8.

152 FRAIDENRAIJ (1998), p. 10.

153 *Íd.*, pp. 31 y 32.

“Se trata de situaciones en las que, sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin carácter internacional, existe, sin embargo, a **nivel interior**, un **enfrentamiento** que presenta cierto **carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia**. Estos últimos pueden tener formas variables, que van desde la generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas, para **restablecer el orden interno**. El número elevado de víctimas ha hecho necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias”.¹⁵⁴

También se quiso definir, o describir, las **tensiones internas**:

“Puede decirse que se trata en particular de situaciones de **tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.)**, o de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores. Situaciones que presentan todas o algunas de las siguientes características: detenciones masivas, número elevado de detenidos políticos, probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de garantías judiciales fundamentales, sea por la prolongación de un estado de excepción sea por una situación de hecho; denuncias de desaparición de personas”.¹⁵⁵

En resumen, hay disturbios interiores si, aunque no haya conflicto armado, el Estado utiliza la fuerza armada para mantener el orden; hay tensión interna si, aunque no haya disturbios interiores, el empleo de la fuerza es una medida preventiva para mantener el respeto de la ley y del orden.¹⁵⁶

Luego, el Derecho Internacional Humanitario no se aplica a las situaciones de violencia interna que no alcancen la intensidad de

154 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1979), p. 26.

155 *Íd.*, pp. 26 y 27.

156 *Íd.*, p. 27.

un conflicto armado. Así lo señala el Protocolo II, en su artículo 1º, párrafo 2º, excluyendo los disturbios interiores y las tensiones internas. En estos casos, se pueden invocar las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como la legislación interna.¹⁵⁷

Sin embargo, en 1921, la X Conferencia Internacional de la Cruz Roja había declarado en una de sus resoluciones lo que sigue, concerniente a esta clase de conflicto:

“La Cruz Roja, que está por encima de toda rivalidad política, social, confesional, de raza, de clase y de nacionalidad, afirma su derecho y su deber de acción de socorro en caso de guerra civil, y de perturbaciones sociales y revolucionarias. La Cruz Roja reconoce que todas las víctimas de la guerra civil o de las perturbaciones mencionadas, sin ninguna excepción, tienen el derecho de ser socorridas, de conformidad con los principios generales de la Cruz Roja”.¹⁵⁸

Así, la resolución citada cubre los disturbios interiores en general e, incluso, específica disturbios sociales o revolucionarios.¹⁵⁹

Por otra parte, según el Informe Tansley¹⁶⁰, el Comité Internacional de la Cruz Roja debe prestar su protección que califica de *ad hoc* para distinguirla de la protección dispensada en virtud de los Convenios.¹⁶¹ Esta actividad de protección *ad hoc* se despliega en virtud de su derecho de iniciativa humanitaria, reconocido en varias resoluciones de Conferencias Internacionales de la Cruz Roja con base en el artículo VI, párrafo 5º de los Estatutos de la Cruz Roja Internacional, en el cual consta que el Comité Internacional de la

157 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1998), p. 17.

158 COMISIÓN DEL CENTENARIO DE LA CRUZ ROJA EN SUIZA (1965), pp. 159-160.

159 *Íd.*, p. 160.

160 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1979), p. 3. “El CICR y la Liga encargaron un estudio a un Comité Mixto para la reevaluación del Consejo de la Cruz Roja, nombrando como director a D: Tansley. El grupo de estudio trabajó de febrero de 1973 a junio de 1975. Durante el periodo visitaron 45 países, siguiéndose las actividades de la Cruz Roja. Los resultados del estudio se publicaron en julio de 1975 en *Informe Final: Una Agenda para la Cruz Roja*, firmado por Tansley, razón por la cual con frecuencia es llamado *Informe Tansley*”.

161 *Íd.*, p. 25.

Cruz Roja es una “institución neutral, cuya actividad humanitaria se ejerce especialmente en caso de guerra, de guerra civil o de perturbaciones interiores (...)”.¹⁶²

En estos casos, el Estado al que el Comité ofrece sus servicios no tiene la obligación formal de aceptarlos; se autorizará su actuar solo con el beneplácito del Estado y basándose en una relación de confianza. Por otra parte, en algunas ocasiones, el Comité puede emprender una acción en un país, a invitación del gobierno interesado.¹⁶³

En resumen, fuera de las situaciones de aplicabilidad directa y formal del Derecho Internacional Humanitario, existen otras en las cuales son intocables los principios de este derecho, el cual puede ser aplicable por vía de la analogía, aunque esta aplicación no se fundamente en las reglas positivas de los instrumentos humanitarios, sino en los idóneos mecanismos instituidos por la comunidad internacional.

Así, los principios fundamentales de los Convenios de Ginebra pueden servir de modelos de procedimientos jurídicos, o inspirar la elaboración de las normas aplicables, de tal modo que se justifica hablar de la aplicabilidad por analogía e incluso de la aplicabilidad indirecta del Derecho Internacional Humanitario en estas situaciones.¹⁶⁴

1.4.2.2 Guerra civil

Se trata de un conflicto armado de orden interior, que pone frente a frente a verdaderas fuerzas armadas. Esta clase de conflicto puede ser tan mortífero en razón misma de los elementos y de las pasiones que en él están mezclados, puede provocar tantas víctimas, que es casi innecesario recordar que la Cruz Roja ha marcado desde hace mucho tiempo, y por numerosas resoluciones de sus Conferencias Internacionales, su deseo de intervenir humanamente en las situaciones de esta clase.¹⁶⁵

162 *Ibíd.*

163 *Ibíd.*

164 SWINARSKI (1990).

165 COMISIÓN DEL CENTENARIO DE LA CRUZ ROJA EN SUIZA (1965), p. 32.

La Resolución de Ginebra de 1921, ya citada, conceptúa el cometido de la Cruz Roja en caso de guerra civil: “En cada país donde estalla una guerra civil, es la Sociedad Nacional de la Cruz Roja del mismo país la que tiene, en primer lugar, el deber de hacer frente de la manera más completa a las necesidades de socorro que tienen las víctimas y, al efecto, es indispensable que esta Sociedad sea considerada como libre de acción imparcial en beneficio de todas las víctimas (...)”.¹⁶⁶

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, se vio muy pronto que habría cada vez menos guerras internacionales y cada vez más guerras civiles: no cabe duda que la subversión ha llegado a ser el arma favorita. Fue así como el CICR tuvo la idea de introducir en el derecho positivo una disposición –artículo 3º común– que trataría de someter al derecho internacional un fenómeno de carácter nacional.¹⁶⁷

De esta forma el Derecho Humanitario entra en una etapa decisiva en la evolución del derecho moderno, que tiende a limitar la soberanía del Estado en beneficio del individuo. El sistema consistió en distinguir entre los principios fundamentales de los Convenios –reglas de humanidad que tienen valor absoluto– cuya observancia se impone en todas las circunstancias, y las demás disposiciones, que las Partes deberán hacer lo posible por poner, total o parcialmente, en vigor, mediante acuerdos especiales.¹⁶⁸

1.4.2.3 Conflicto armado regional de orden internacional, pero limitado o conflicto armado interno internacionalizado

Los conflictos armados internos pueden rebasar las fronteras del territorio en que se desarrollan y, a causa de la interferencia extranjera, la magnitud de los problemas humanitarios que plantean puede transformarse en un asunto que muy pronto sobrepase los propios intereses de las partes en conflicto.¹⁶⁹

166 *Íd.*, p. 168.

167 PICTET (1986), p. 60.

168 *Ibíd.*

169 SALINAS (1998), p. 78.

En efecto, desde la Guerra Civil española (1936-1939), el mundo ha sido testigo de un número creciente de conflictos armados internos en los que participan Estados extranjeros, lo que ha permitido que se hable de una categoría distinta: la de conflictos armados internosinternacionalizados.¹⁷⁰

Afortunadamente, desde 1945, el mundo ha conocido pocos casos de conflictos de esta clase. Por otra parte, es necesario señalar que a menudo no existe una neta diferencia entre guerra civil y guerra internacional localizada; los conflictos bélicos interiores toman, frecuentemente, bajo uno u otro título, un carácter internacional, sobre todo por la ayuda extranjera que recibe cada parte en conflicto.¹⁷¹

170 COMISIÓN DEL CENTENARIO DE LA CRUZ ROJA EN SUIZA (1965), p. 168.

171 *Íd.*, p. 32.

1.5 Medios de aplicación

A pesar de la universalidad de los Convenios de Ginebra y del alto nivel de adhesión de los Protocolos adicionales de 1977, existe una importante brecha entre el *deber ser* establecidos por sus normas y el *ser*. Las violaciones a sus disposiciones se producen en ciertos casos por omisión y, en otros, por ignorancia o indiferencia.¹⁷²

Para las situaciones de conflicto armado hay tres tipos de medios o mecanismos para hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario: los preventivos, los represivos y los de control. Se comentará cada uno de ellos, especificando las medidas que los Estados puedentomar para cumplir su obligación –estipulada en el artículo 1º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo Adicional I de 1977– de hacer respetar este derecho.

Se debe señalar, no obstante, que debido a la ratificación casi universal de los Convenios de Ginebra y al número cada vez mayor de Estados Parte en sus Protocolos adicionales, así como la trascendencia de los principios humanitarios y, por lo tanto, a la índole *erga omnes* de la obligación de respetarlos, todos los Estados tienen derecho a asegurarse de que todos los demás Estados respeten el derecho consuetudinario.¹⁷³

El artículo 1º común impone a las Altas Partes Contratantes la obligación de actuar, pero no se especifica ninguna línea de acción concreta. No se da indicación alguna de la manera en que pueden hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario.¹⁷⁴

Cabe destacar que según los términos del artículo 1º (“en todas las circunstancias”, es decir, siempre que es aplicable el Derecho Internacional Humanitario), y en virtud del artículo 3º común a los Convenios

172 FRAIDENRAIJ (1998), p. 12.

173 PALWANKAR (1994), p. 10.

174 *Íd.*, p. 11.

de Ginebra, la obligación de hacerlos respetar se refiere tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales.¹⁷⁵

1.5.1 Medios preventivos

Los Estados pueden cumplir su obligación de garantizar el respeto del Derecho Internacional Humanitario tomando medidas destinadas a ayudar a otros Estados a respetar el derecho, especialmente en tiempo de paz y, eventualmente, en situaciones de conflicto armado de larga duración.

Tales medidas podrían ser, por ejemplo: poner a disposición asesores jurídicos para que ayuden a desarrollar o a adoptar la legislación nacional y los códigos penales, a fin de que se aplique eficazmente el Derecho Internacional Humanitario, así como para que formen a asesores jurídicos en las fuerzas armadas; enseñar el Derecho Internacional Humanitario como parte de una forma de cooperación militar; llevar a cabo seminarios zonales y mundiales con la participación de los Estados, a fin de examinar los problemas específicos asociados al respeto debido al Derecho Internacional Humanitario, y ayudar a elaborar y a poner al día bancos zonales de datos (o un único banco mundial de datos) sobre los diferentes aspectos relacionados con las medidas nacionales y su aplicación, que sean accesibles a cualquier Estado que necesite información.¹⁷⁶

En resumen, los mecanismos de prevención son en particular: la difusión del Derecho Humanitario; la formación de personal calificado, con miras a facilitar la aplicación del Derecho Humanitario y el nombramiento de asesores jurídicos en las fuerzas armadas; la adopción de medidas legislativas y reglamentarias que permitan garantizar el respeto del Derecho Humanitario, y la traducción de los textos convencionales.

De esta forma, en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la media Luna Roja, realizada en Ginebra en diciembre de 1995, se aprobó una resolución titulada *Del Derecho a la Acción*, tendiente

175 *Ibíd.*

176 *Ibíd.*

a establecer las pautas de conducta a seguir para lograr su aplicación eficaz. En esta resolución se proponen como vías de acción el estímulo de diversas maneras, mediante la adhesión universal a los instrumentos del Derecho Internacional Humanitario y la difusión de sus contenidos, entre otras, a través de la enseñanza, la capacitación y el perfeccionamiento. La tarea que surge como fundamental es la previa adecuación de las legislaciones nacionales a las disposiciones internacionales vigentes.¹⁷⁷

1.5.2 Medios de control

Los medios de control previstos para toda la duración de los conflictos bélicos, y que permiten velar constantemente por la observancia de las disposiciones del Derecho Humanitario, constituyen otro medio de aplicación del Derecho Humanitario. Entre estos se cuentan la intervención de las potencias protectoras o de sus sustitutos y la acción del Comité Internacional de la Cruz Roja.¹⁷⁸

Así pues, una Potencia protectora es un Estado encargado por una de las partes en un conflicto armado de salvaguardar sus intereses en cuestiones humanitarias ante la otra parte o las partes en el mismo conflicto. Aunque es cierto que la designación de las Potencias protectoras depende de las partes en conflicto, terceros Estados pueden, no obstante, alentar a los beligerantes a que recurran a dicho sistema, presentándoles unilateralmente propuestas al respecto o haciendo que las Naciones Unidas se interesen en ello.¹⁷⁹

Los representantes de la Cruz Roja tienen derecho a trasladarse a todos los lugares donde haya prisioneros de guerra o personas civiles protegidas, y a conversar con los prisioneros o con los internados sin testigos. Sus informes y sus recomendaciones son confidenciales, lo que permite a los Estados aceptar más fácilmente las visitas. En general, se atienden las recomendaciones o reclamaciones así formuladas.¹⁸⁰

177 FRAIDENRAIJ (1998), p. 12.

178 GONZÁLEZ (1993), p. 15.

179 PALWANKAR (1994), p. 19.

180 SCHINDLER (1999), p. 12.

Si en un conflicto bélico internacional las partes están obligadas a admitir órganos de control, en el caso de un conflicto armado no internacional, un organismo humanitario imparcial como el CICR puede únicamente ofrecer sus servicios a las partes implicadas. En cambio, el mismo CICR tiene derecho a tomar por sí mismo iniciativas para proteger a personas afectadas por el conflicto bélico. Hace uso de su derecho en todos los conflictos armados, para proporcionar socorros materiales, canjear prisioneros de guerra, o visitar a personas privadas de libertad.¹⁸¹

1.5.3 Medios represivos

En cuanto a los medios de represión, cuyo principio se expresa en la obligación que tienen las partes en conflicto bélico de impedir y de hacer que cese toda violencia, cabe destacar la obligación de reprimir, recurriendo a tribunales nacionales, las infracciones graves consideradas como crímenes de guerra¹⁸²; la responsabilidad penal y disciplinaria de los superiores y el deber que tienen los jefes militares de reprimir y de denunciar las infracciones; la asistencia mutua judicial entre Estados en materia penal.

Así pues, los Estados pueden castigar a las personas responsables de violaciones apelando directamente al Derecho Internacional. Conforme lo establecen los Convenios, las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, pueden ser sancionadas en cualquier Estado en que el presunto culpable se encuentre, siguiendo el principio de *juzgar o dar a juzgar*, dado que la jurisdicción en materia de crímenes de guerra es de carácter universal. Corresponde entonces, a cada Estado, instrumentar los mecanismos jurídicos necesarios que vuelvan operativa esta norma.¹⁸³ Los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I de 1977 imponen a las partes contratantes la obligación de dictar sanciones penales tendientes a reprimir las infracciones graves y a perseguir a sus autores.¹⁸⁴

181 *Ibíd.*

182 GONZÁLEZ (1993), p. 16.

183 FRAIDENRAIJ (1998), p. 13.

184 SCHINDLER (1999), pp. 12-13.

También es de destacar que los gobiernos tienen una responsabilidad colectiva en esta materia. Un gobierno que toma conocimiento de una violación grave cometida por otro, cumple con dicha responsabilidad instando al infractor a modificar o hacer cesar su conducta, a través de diversos actos tales como gestiones diplomáticas públicas o confidenciales, bilaterales o multilaterales; o bien apoyando la adopción de declaraciones o resoluciones de organismos internacionales universales o regionales. Asimismo, puede recurrir a la utilización de los mecanismos internacionales de supervisión de los Derechos Humanos, ya sea de las Naciones Unidas o regionales.

Otro modo de ejercer esta responsabilidad es dando cumplimiento a las decisiones del Consejo de Seguridad o a las recomendaciones de la Asamblea General que contemplen, por ejemplo, la suspensión de la asistencia técnica o económica, de las relaciones diplomáticas, etcétera. Como también apoyando la labor del CICR, de los organismos de las Naciones Unidas o de otras organizaciones humanitarias.¹⁸⁵

Estas medidas jurídicamente lícitas que se han nombrado a modo de ejemplo, pueden clasificarse en cuatro amplias categorías. La primera incluye *medidas para ejercer presión diplomática*. La segunda, *medidas coercitivas* que pueden tomar los Estados mismos. La tercera, acciones que pueden emprender los Estados en *cooperación con organizaciones internacionales*. La cuarta categoría es diferente a las tres anteriores, porque no se refiere a medidas destinadas a restablecer el respeto del Derecho Internacional por un Estado que lo viola, sino más bien a la obligación de hacerlo respetar, que impone a los Estados el deber, al menos moral, de contribuir a las acciones asistenciales que se emprendan de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario. En este caso, deben considerarse estas medidas como *contribuciones a los esfuerzos humanitarios*.¹⁸⁶

Las medidas para ejercer presión diplomática pueden ser, por ejemplo, enérgicas y repetidas protestas por el mayor número posible de partes a los embajadores que representan al Estado en cuestión en

185 FRAIDENRAIJ (1998), p. 13.

186 PALWANKAR (1994), p. 11.

sus respectivos países y, a la inversa, por los representantes de esas partes acreditados ante el gobierno de dicho Estado; también por denuncia pública, efectuada por una o más partes o una organización zonal especialmente influyente, de la violación del Derecho Internacional Humanitario¹⁸⁷; por último, presión diplomática sobre el autor de la violación por medio de intermediarios¹⁸⁸.

Como posibles medidas de coerción, podemos nombrar la expulsión de diplomáticos¹⁸⁹; ruptura de las relaciones diplomáticas¹⁹⁰; interrupción de negociaciones diplomáticas en curso o negativa a ratificar acuerdos ya firmados¹⁹¹; no renovación de privilegios o acuerdos comerciales¹⁹²; reducción o suspensión de la ayuda pública al Estado en cuestión¹⁹³; restricción o prohibición del comercio de armas, de transferencia de tecnología militar y de cooperación científica¹⁹⁴; restricciones de las exportaciones o de las importaciones del

187 *Íd.*, p. 12. Un ejemplo sería la declaración hecha por los Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad, el 20 de diciembre de 1990, referente a la deportación de personas civiles palestinas de los territorios ocupados: "Consideramos que dichas deportaciones son una violación del IV Convenio de Ginebra (...) Instamos encarecidamente al Gobierno de Israel a que suspenda, inmediata y permanentemente, las deportaciones, y a que observe todas las disposiciones del IV Convenio de Ginebra en todos los territorios que mantiene ocupados desde el 5 de junio de 1967".

188 *Ibíd.* "Por ejemplo, las medidas que tomó Suiza para persuadir a la URSS, a China y a Francia a ejercer presión sobre los Estados árabes en el asunto de Zerka, cuando tres aviones civiles fueron secuestrados, el año, 1979, por movimientos palestinos".

189 *Íd.*, p. 13. Por ejemplo, "en el asunto de los rehenes en la Embajada de Estados Unidos en Teherán (1979-1980), Estados Unidos expulsó a algunos miembros del personal diplomático iraní residentes en Washington".

190 *Íd.*, p. 14. Por ejemplo, en el asunto de los rehenes en la Embajada de Estados Unidos en Teherán (1979-1980), Estados Unidos, poco después, de expulsar a algunos miembros del personal diplomático iraní residente en Washington, "rompió las relaciones diplomáticas con Irán".

191 *Ibíd.* "Tras la invasión de Afganistán (1979), el Senado estadounidense se negó a examinar los acuerdos SALT II, firmados por la URSS y los Estados Unidos".

192 *Ibíd.* "Estados Unidos decidió, en 1981, no renovar su acuerdo marítimo bilateral con la URSS, e introdujo, a partir de 1982, restricciones a la admisión de embarcaciones de la URSS en puertos estadounidenses, tras la represión en Polonia".

193 *Ibíd.* "Como reacción ante la matanza que perpetró la milicia y otras violaciones de los derechos humanos en Surinam, los Países Bajos suspendieron, en diciembre de 1982, la aplicación de un programa de ayuda, de una duración de 10 a 15 años, a favor de eses país".

194 *Ibíd.* "La Comunidad Europea tomó, el 4 de agosto de 1990, una serie de decisiones contra Irak, que incluía, entre otras, un embargo sobre la venta de armas y otro material militar, así como la suspensión de toda cooperación técnica y científica".

Estado que comete las violaciones, o bien una prohibición total de las relaciones comerciales¹⁹⁵; prohibición de inversiones¹⁹⁶, entre otras.

También, existen acciones que se pueden emprender en conjunto con organizaciones internacionales, especialmente las concernidas por los Derechos Humanos, por ejemplo, la Comisión Europea, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Organización de las Naciones Unidas. Ello se reconoce implícitamente en el artículo 89 del Protocolo Adicional I: “En situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Las acciones que contribuyen a esfuerzos humanitarios pueden adoptar la forma sea de apoyo (financiero o material a organizaciones permanentes, como el CICR) a organizaciones implicadas en la asistencia humanitaria sea de acción práctica para facilitar dicha asistencia, por ejemplo, los Estados de la zona concernida pueden poner a disposición sus infraestructuras logísticas (aeropuertos, puertos, redes de telecomunicación) y médicas (hospitales, personal).¹⁹⁷

Finalmente, cabe mencionar que, hay otros medios de aplicación que pueden ser, a la vez, preventivos, de control o de represión. Estos dimanan principalmente de la obligación que los Estados tienen de hacer respetar el Derecho Humanitario y son: procedimiento de encuesta; Comisión Internacional de Encuesta; procedimientos de examen relativos a la aplicación y a la interpretación de las disposiciones del derecho, y la cooperación con las Naciones Unidas. Asimismo, los esfuerzos desplegados por la diplomacia y la presión

195 *Ibíd.* “Tras la invasión de Afganistán (1979), Estados Unidos decretó un embargo sobre los cereales contra la URSS; durante el conflicto de las Malvinas (1982), la Comunidad Europea impuso una prohibición total a las importaciones de Argentina; Estados Unidos suspendió, en 1978, las relaciones comerciales con Uganda como respuesta a las violaciones de los derechos humanos”.

196 *Ibíd.* “Francia impuso, en 1985, una prohibición sobre todas las nuevas inversiones en Sudáfrica, tras una intensificación de la represión relacionada con el apartheid”.

197 *Íd.*, p. 19.

de los medios de información y de la opinión pública también contribuyen a la aplicación del Derecho Humanitario.

1.6 Relaciones con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Es pertinente reflexionar sobre las relaciones que existen entre el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos.¹⁹⁸ Tras un largo periodo de evolución por separado, estas dos ramas del derecho internacional público, cada una con características particulares, pero con un importante punto en común cual es la protección de la persona humana, se han acercado progresivamente después de la Segunda Guerra Mundial, al punto que sus ámbitos de aplicación hoy se entrelazan, en gran parte.¹⁹⁹

Así pues, cabe preguntarse, qué diferencias y qué semejanzas existen entre el Derecho Humanitario y los Derechos Humanos. El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son complementarios. La finalidad de ambos es proteger a la persona humana, pero la protegen en circunstancias y según modalidades diferentes.

El Derecho Humanitario se aplica en situaciones de conflicto armado, mientras que los Derechos Humanos, o al menos algunos de ellos, son aplicables en todo tiempo y lugar, haya guerra o haya paz.²⁰⁰

Si el Derecho Humanitario tiene por objeto proteger a las víctimas procurando limitar los sufrimientos provocados por la guerra²⁰¹, los

198 *Ibíd.* "La normativa de los Derechos Humanos, en tanto rama autónoma del Derecho Internacional Público con sus propios instrumentos, sus propios órganos y sus propios procedimientos de aplicación, nació a partir de la Carta de las Naciones Unidas en 1945. Su primer catálogo metódico se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948".

199 SCHINDLER (1979), p. 3.

200 KELSEN (1946) p. 27: "La paz es una situación que se caracteriza por la ausencia de la fuerza"; COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1978) p. 16: "La paz es un conjunto dinámico de relaciones de coexistencia y de cooperación entre las naciones y en las naciones, caracterizado no solo por la ausencia de conflictos armados, sino también por el respeto de los valores humanos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por la preocupación de garantizar a cada uno un máximo de bienestar".

201 SCHINDLER (1979), p. 3. "El derecho internacional humanitario, como parte del derecho de la guerra o del derecho de los conflictos armados, tiende a garantizar a las personas puestas fuera de combate, o que ya no participan en las hostilidades, una protección y un trato humano".

Para garantizar su respeto, el Derecho Humanitario establece mecanismos que instituyen un tipo de control continuo de su aplicación y hace resaltar la cooperación entre las partes en conflicto y un intermediario neutral, con miras a impedir las eventuales violaciones.

Derechos Humanos protegen a la persona humana y favorecen su completo desarrollo, en todo momento.

Por regular situaciones de conflicto armado, al Derecho Humanitario competen, principalmente, el trato debido a las personas que están en poder de la parte adversaria y la conducción de las hostilidades. Por su parte, la principal finalidad de los Derechos Humanos es impedir la arbitrariedad, limitando el dominio del Estado sobre los individuos; no es su objeto regular la conducción de las operaciones militares.

Para garantizar su respeto, el Derecho Humanitario establece mecanismos que instituyen un tipo de control continuo de su aplicación y hace resaltar la cooperación entre las partes en conflicto y un intermediario neutral, con miras a impedir las eventuales violaciones. Es decir, el modo de acción del Comité Internacional de la Cruz Roja, cuyo cometido es, en particular, velar por el respeto del Derecho Humanitario, privilegia la persuasión.

Por lo que atañe a los Derechos Humanos, los mecanismos de control son muy variados. En muchos casos, las instituciones previstas se encargan de determinar si un Estado ha respetado o no el derecho. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos está habilitada, especialmente tras un procedimiento incoado por iniciativa de un individuo, a declarar que la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido violada por una autoridad nacional. Esta se verá entonces obligada a tomar las medidas oportunas para que en tal situación se respeten, en el ámbito interno, las exigencias de la Convención. Los mecanismos de aplicación de los Derechos Humanos están esencialmente orientados hacia las acciones de reparación de los perjuicios sufridos.

En lo que atañe al fondo, se aprecia que en los Convenios de Ginebra se concede a las víctimas de los conflictos armados una mayor protección que la de los convenios sobre Derechos Humanos, porque aquellos están mejor adaptados a las circunstancias particulares de tales conflictos. Las disposiciones de los diversos convenios de De-

rechos Humanos se elaboraron, en su mayoría, sin tener en cuenta las condiciones propias de los conflictos armados.²⁰²

En síntesis, los Convenios de Ginebra pueden ofrecer a las personas protegidas una protección más amplia y mejor adaptada a las condiciones de un conflicto armado que los convenios de Derechos Humanos. En general, esto es válido también para los conflictos armados no internacionales. Si bien el artículo 3º común a estos Convenios no va mucho más lejos que el mínimo irreductible de los convenios sobre Derechos Humanos, en el Protocolo Adicional II de 1977 se instituyen numerosos derechos más amplios.²⁰³

El derecho de los conflictos armados no tiene por único cometido adaptar ciertos Derechos Humanos a la situación particular de los conflictos armados, ni concretarlos en ese ámbito. Establece, de hecho, normas que van más allá del ámbito de los Derechos Humanos, lo mismo que los convenios sobre los Derechos Humanos, que contienen disposiciones que no son pertinentes en caso de conflicto armado.

El derecho de los conflictos armados rige, por ejemplo, el derecho a participar en los combates, la conducción de las operaciones militares, la condición de la guerra económica y particularmente en la guerra marítima, así como las relaciones entre Estados beligerantes y Estados neutrales. Tales cuestiones no tendrán cabida en los convenios sobre los Derechos Humanos, los que por su parte instituyen derechos que no tienen cometido en un conflicto armado. Tal es el caso de los derechos políticos, o de ciertas libertades de alcance político como la libertad de prensa, la libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación.²⁰⁴

202 *Íd.*, p. 10. "Eso se ve, por ejemplo, en el hecho de que el Pacto de las Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos no se refiere más que a las personas que están en el territorio de un Estado co-contratante (artículo 2º, párrafo 1º), y no a las personas que están fuera de ese territorio, ampliación que sería indispensable para el caso de un conflicto armado internacional. Es sintomático, asimismo, que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 5º, se omite mencionar, entre los casos admisibles de privación de libertad, la captura de prisioneros de guerra y el internamiento por razones de seguridad. Del mismo modo, las prescripciones de los convenios de derechos humanos relativas a los derechos individuales y a sus limitaciones no serían suficientes en un conflicto armado".

203 *Íd.*, p. 11.

204 *Íd.*, pp. 11-12.

El carácter de las disposiciones del Derecho Humanitario es mucho más específico que el de las de los Derechos Humanos. El interés recíproco de los Estados en el cumplimiento de las normas del Derecho Humanitario es mucho más claro y evidente que en el caso de los Derechos Humanos. El Derecho Humanitario regula básicamente situaciones de carácter internacional.²⁰⁵

Sin embargo, el hecho de que la mayoría de los conflictos armados contemporáneos sean conflictos internos ha acentuado la influencia del Derecho de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional Humanitario, ya que en estos conflictos ambos desempeñan un papel de igual importancia. La mayoría de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario son también violaciones de los Derechos Humanos. En la mayor parte de los conflictos armados internos, el Consejo de Seguridad y otros organismos de las Naciones Unidas han hecho llamamientos a las partes beligerantes para que respeten tanto el Derecho Internacional Humanitario como el de los Derechos Humanos.²⁰⁶

La convergencia del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contribuye a demostrar que, en la guerra y la paz, las guerras civiles y los conflictos armados internacionales, el derecho internacional y el derecho interno son más y más interdependientes. El derecho de la guerra y el derecho de la paz, el derecho internacional y el derecho interno, cuyos ámbitos de aplicación estaban en su origen claramente separados, son hoy a menudo aplicables simultánea y paralelamente. Así, los Convenios de Ginebra y los convenios de Derechos Humanos pueden aplicarse, con frecuencia, de manera acumulativa.²⁰⁷

205 GONZÁLEZ (1993), p. 31.

206 SCHINDLER (1999), p. 720.

207 *Íd.*, p. 9.

Cuadro comparativo

	Derecho Internacional Humanitario	Derechos Humanos
Ámbito de aplicación	Es aplicable en tiempo de conflicto armado.	Son aplicables en todo tiempo y lugar; haya guerra o paz.
Ámbito de protección	Protege específicamente a todas las personas afectadas por un conflicto armado, sean militares o civiles, en particular a los heridos, enfermos o personas detenidas en relación con los acontecimientos.	Protegen a todas las personas, en todo momento (derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).
Principal finalidad	Trato debido a las personas que están en poder de la parte adversaria y la conducción de las hostilidades.	Impedir la arbitrariedad, limitando el dominio del Estado sobre los individuos; no es su objeto regular la conducción de las operaciones militares.
Restricción al ejercicio de los derechos	El Derecho Internacional Humanitario nunca puede ser derogado o suspendido. El artículo 3º común a los Convenios de Ginebra coincide con el "núcleo duro" de los Derechos Humanos.	El ejercicio de ciertos derechos, tales como la libertad de expresión o de asociación, pueden ser suspendidos durante un estado de excepción. No obstante, otros derechos, como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura o los tratos inhumanos y degradantes, nunca pueden ser derogados o suspendidos. Este es el llamado "núcleo duro" de los Derechos Humanos.
Mecanismos de control y sanciones	Los Estados Parte en los Convenios de Ginebra "se comprometen a respetar y hacer respetar" los Convenios ²⁰⁸ , así "como determinar las sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, infracciones graves contra el presente Convenio". ²⁰⁹ La institución neutral encargada de controlar el respeto al Derecho Humanitario es el Comité Internacional de la Cruz Roja. En los últimos años, la Comunidad Internacional ha creado tribunales penales internacionales encargados de juzgar las infracciones graves contra el Derecho Internacional Humanitario.	Existen mecanismos universales de supervisión internacional, como el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, o mecanismos regionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos.

208 209

208 Artículo 1º común a los cuatro Convenios de Ginebra

209 Artículos 49, 50 y 51 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra.

Derecho Internacional
Humanitario y el
Derecho Penal
Internacional

Materiales docentes Academia Judicial



El Derecho Penal Internacional (DPI)

2.1 Nociones básicas del DPI

2.1.1 Concepto

Se trata de la rama del derecho internacional público que define los **crímenes internacionales** y regula el funcionamiento de los **tribunales competentes** para conocer de los casos en los que los **individuos** incurran en **responsabilidad penal internacional**, imponiendo las **sanciones** que correspondan. El surgimiento de esta rama supone una importante evolución respecto del derecho internacional clásico, que era esencialmente interestatal y no consideraba a la persona como sujeto de derecho internacional, sino que se trataba de un derecho *de y para* los Estados.²¹⁰

La globalización, la tecnología al servicio de las comunicaciones y el transporte expedito configuraron un mundo interconectado, con mayor conciencia social mundial respecto de determinados valores en relación con la protección de la vida y dignidad humanas. Así, a fines del siglo XX, en la comunidad internacional se va convirtiendo en realidad la configuración y establecimiento de un Tribunal Penal Internacional, a fin de exigir estándares mínimos de conducta para garantizar su preservación y la seguridad individual y colectiva.

Luego, el Derecho Penal Internacional se constituye como una rama del derecho estratégica para alcanzar los intereses y objetivos mundiales en la prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes, a través de un esfuerzo colectivo de cooperación y de coerción. Por tanto, el objeto de sus prescripciones normativas consiste en delimitar las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de trascendencia mundial, dado que requieren sanción penal de sus autores²¹¹, para lo cual se crean tribunales penales internacionales, además de reconocer la

210 GONZÁLEZ-RUIZ y MIJARES (2020), p. 407; OLASOLO (2016), pp. 97-8; BOLLO (2004), p. 33.

211 BASSIOUNI (1982), pp. 5-6.

En una concepción moderna, el Derecho Penal Internacional es una rama del derecho internacional nueva y autónoma, que reúne el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales, siendo su objetivo principal la responsabilidad del individuo por la reprochabilidad de una determinada conducta macrocriminal, sea este juzgado en un tribunal nacional o internacional.

jurisdicción universal de los tribunales nacionales para el juzgamiento de este tipo de ilícitos que dañan a la comunidad internacional.²¹²

El Derecho Penal Internacional es el resultado de la convergencia de los aspectos internacionales de la legislación penal nacional de los Estados y los aspectos penales de la legislación internacional. Luego, los autores han discutido si su correcta denominación es “derecho penal internacional” o “derecho internacional penal”.

Originalmente, derecho penal internacional refería a las normas de **derecho interno** dirigidas a resolver los conflictos derivados de la aplicación de la ley penal en el espacio, siendo sus instituciones más características la extradición, el asilo y la jurisdicción universal. Estas se diferenciaban de las **normas internacionales penales (derecho internacional penal)**, las cuales son supranacionales, no emanadas del Poder Legislativo estatal, sino aceptadas por los diferentes Estados.²¹³

En definitiva, actualmente, se entiende que **Derecho Penal Internacional** es la expresión que tiene un sentido más amplio, comprensivo tanto de los aspectos internacionales del derecho penal interno de los Estados (Derecho Penal Internacional, en su sentido estricto, originalmente) como de los aspectos penales del derecho internacional (Derecho Internacional Penal, en sentido estricto, originalmente).²¹⁴

En una concepción moderna, el Derecho Penal Internacional es una rama del derecho internacional nueva y autónoma, que reúne el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales, siendo su objetivo principal la responsabilidad del individuo por la reprochabilidad de una determinada conducta macrocriminal²¹⁵, sea este juzgado en un tribunal nacional o internacional.

212 OLASOLO (2016), p. 99.

213 CASSESE (2003), p. 15; WERLE (2005), pp. 25-26; ANDRÉS (2006) pp. 64-66; DOBOVSEK (2006) pp. 47-49; AGUILAR (2008) pp. 151-152.

214 *Ídem*, p. 6, notas 2-3. MEJÍAS (2008), ofrece una innovadora distinción entre categorías, reservando la terminología Derecho Penal Internacional para la persecución de los delitos en el seno de la Corte Penal Internacional, y Derecho Internacional Penal para la persecución de la delincuencia organizada transnacional.

215 AMBOS (2005a), p. 35.

Hay que recordar que las cortes nacionales han contribuido al desarrollo del Derecho Penal Internacional y que las cortes internacionales toman en consideración los casos judiciales nacionales y la forma en que aplican normas relevantes tratándose de crímenes internacionales, además de requerir la cooperación de los tribunales internos si quiere dar efectividad a su mandato. Con todo, la Corte Penal Internacional actúa de forma complementaria, o más bien subsidiaria, esto es, solo en aquellos casos en los cuales las cortes nacionales no pueden o no quieren pronunciarse.²¹⁶

2.1.2 Características

Los intereses protegidos por el DPI son los mismos que los de las Naciones Unidas: la paz y seguridad internacionales y el bienestar de la humanidad, pero su alcance es más amplio pues no solo significa la ausencia de guerra o conflictos bélicos entre Estados, sino también incluye **violaciones masivas a los derechos humanos** dentro de los Estados. Luego, estas conductas **ofenden a la humanidad en su conjunto**, por lo que su castigo es una preocupación directa de la comunidad internacional. Cuestión que otorga de **legitimidad** al Derecho Penal Internacional.²¹⁷

Por otra parte, se destaca la naturaleza dual de los bienes jurídicos protegidos por estos crímenes internacionales, pues no solo es colectiva (paz, seguridad y bienestar de la humanidad), sino que primeramente protegen bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física y psíquica, la autonomía sexual o la libertad, entre otros.²¹⁸

Así, la **macrocriminalidad** y la **responsabilidad penal internacional** son el epicentro del DPI. Hoy no existe consideración alguna plausible para evitar que una persona, sin distinciones de nacionalidad o territorialidad, sea juzgada por cometer crímenes que la humanidad no está dispuesta a permitir jamás.²¹⁹ Luego, los destinatarios de sus normas son el individuo cuya conducta se prohíbe y sanciona, y los

216 CASSESE (2003), pp. 15-16.

217 OLASOLO (2016), p. 99; WERLE (2005), pp. 27-28.

218 OLOSOLO (2016), pp. 102-103.

219 GONZÁLEZ-RUIZ y MIJARES (2020), p. 407; MEJÍAS (2008), pp. 183-184.

Estados, en tanto se requiere de su actuar y cooperación para la aplicación de tales sanciones y, eventualmente, para su juzgamiento.²²⁰

Se trata esta de una rama del derecho internacional público de reciente configuración, a partir del término de la Segunda Guerra Mundial. Antes, solo los crímenes de guerra eran reprochados. La piratería, aunque tradicionalmente considerada como un crimen internacional, no posee los elementos del crimen internacional en su actual conceptualización. En 1945 y 1946, los estatutos de los tribunales militares de Núremberg y de Tokio adoptaron una nueva categoría de crímenes: crímenes de lesa humanidad y de agresión o contra la paz; en 1948, el genocidio, una subcategoría de crimen de lesa humanidad, rápidamente adquiere autonomía como tipo de crimen; en los ochenta, la tortura también se establece como un crimen específico.²²¹

Sus **normas procedimentales** fueron escasamente desarrolladas en los primeros tribunales de Núremberg y Tokio. Recién quedaron mejor establecidas en los años noventa, tanto respecto de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994) como del propio Tribunal Penal Internacional (2000), en sus respectivas *Reglas de Procedimiento y Prueba*.²²²

Se trata de una rama del derecho de naturaleza **híbrida** o **mixta**, al participar dos disciplinas informadas por principios y sistemas de fuentes distintos: el derecho penal y el derecho internacional. En el primero, rige con preeminencia el imperio de ley y el principio de legalidad; mientras que, en el segundo, el derecho consuetudinario es prevalente, sin perjuicio de la existencia de acuerdos internacionales que obligan a los Estados a través de su manifestación de voluntad.²²³ Además, se destaca la especial preponderancia del derecho internacional general y la naturaleza *ius cogens* de muchas de sus normas.²²⁴

220 OLASOLO (2016), p. 99.

221 CASSESE (2003), p. 16.

222 *Ídem*, pp. 17-18.

223 ANDRÉS (2006), p. 69.

224 OLASOLO (2016), p. 99.

Se complementa con el derecho internacional público en tanto la mayoría de las ofensas prohibidas por el derecho penal internacional, respecto de las cuales se persigue la responsabilidad del individuo que las cometió, constituyen asimismo graves violaciones de los Estados al derecho internacional en aquellos casos en los que el individuo no actuó en la esfera privada sino en contexto de “actos de Estado”.

Se **complementa** con el derecho internacional público en tanto la mayoría de las ofensas prohibidas por el derecho penal internacional, respecto de las cuales se persigue la responsabilidad del individuo que las cometió, constituyen asimismo graves violaciones de los Estados al derecho internacional en aquellos casos en los que el individuo no actuó en la esfera privada sino en contexto de “actos de Estado”. Por ello se persigue la responsabilidad del Estado por aplicación de normas internacionales.²²⁵

2.1.3 Desafíos

Sobre el **cumplimiento** de las resoluciones de la Corte Penal Internacional, el derecho internacional trata de las obligaciones y derechos entre los Estados sin existir verticalidad ni capacidad para hacer cumplir de forma forzosa sus mandatos. En contraste, el derecho penal se dirige en contra del individuo para perseguir su responsabilidad por vulneración grave a las obligaciones internacionales.

Luego, se torna necesaria la cooperación de los Estados, tanto para poner a disposición de la Corte a los criminales para su enjuiciamiento como para ejecutar la pena a la que hayan sido condenados. El artículo 86 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se refiere a la obligación general de cooperar:

“Obligación general de cooperar. Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”.

Más adelante en el mismo Estatuto, los artículos 89 a 92 refieren a la solicitud de detención y entrega de personas a la Corte; el 93, a otras formas de cooperación relacionados con la rendición/obtención de pruebas y con la protección de víctimas y testigos, y en los artículos 103 a 105, a la función de cooperación de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad.

225 CASSESE (2003), p. 19.

En cuanto a la **eficacia** de la Corte Internacional de Justicia, en relación con su vocación de jurisdicción permanente y universal, destaca la renuencia de algunos Estados a aceptar su jurisdicción, e incluso el retiro de algunos de los signatarios originales, en un contexto político contemporáneo que pareciera ser reacio al funcionamiento de las instituciones internacionales.²²⁶

En efecto, desde un inicio se discutió, por los Estados que fundaron el Estatuto de la Corte, las atribuciones y autonomía de la institución. Estados Unidos, China, Rusia, y Arabia Saudita preferían un tribunal menos fuerte, con resoluciones no vinculantes y de competencia subsidiaria a la jurisdicción nacional del Estado en el cual se cometiera el ilícito; mientras que otros, como Australia y Canadá, postulaban una jurisdicción independiente de la influencia de los Estados, cuya competencia podría ser incluso activada a través de la fiscalía del mismo aparato judicial.

Esta discusión queda reflejada en el artículo 13 del Estatuto, sobre causales para iniciar investigaciones por este tipo de crímenes internacionales²²⁷, pues las dos primeras causales denotan la postura que obedece a la protección de la soberanía estatal, mientras que la última permite al tribunal ejercer el inicio del procedimiento con relativa autonomía.²²⁸

Estas distintas perspectivas han perdurado hasta hoy. En junio 2020, 67 Estados emitieron una declaración²²⁹ -incluido Chile- en respaldo de la jurisdicción independiente e imparcial del tribunal,

226 GONZÁLEZ-RUIZ y MIJARES (2020), p. 407.

227 Artículo 13 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998: "Ejercicio de la competencia. La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

- a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15".

228 GONZÁLEZ-RUIZ y MIJARES (2020), pp. 407-408.

229 "Statement in support of the International Criminal Court (ICC) following the release of the US Executive Order of 11 June 2020", Ministère de l'Europe et des Affaires Étrangères, Permanent Mission of France to the United Nations in New York. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 22 de noviembre 2020].

como tribunal de última instancia que opera solo después de que los mecanismos de juzgamiento nacional no hubieran sido efectuados o se hayan llevado a cabo de forma viciada. Ello, en respuesta a la orden ejecutiva del gobierno de Estados Unidos, del 11 de junio, que autorizó la congelación de activos y las restricciones de viaje que podrían usarse contra los funcionarios de la Corte y, potencialmente, otros que brindan asistencia en las investigaciones del tribunal.²³⁰

La administración Trump había amenazado con bloquear las investigaciones de la Corte abiertas por crímenes cometidos en Afganistán y Palestina que podrían resultar en el juzgamiento y sanción de estadounidenses e israelíes. Estados Unidos, que no es parte del Estatuto de Roma, se opone a la investigación por parte de la Corte a nacionales de países no miembros sin una remisión por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.²³¹ Sin embargo, Afganistán sí es Estado miembro del Estatuto, por lo que la Corte tiene competencia para investigar y enjuiciar los delitos cometidos por cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, en territorio afgano.

Por otra parte, si bien Israel no es miembro del Estatuto, Palestina adhirió en 2015, por lo que la Corte puede investigar los crímenes graves cometidos en o desde el territorio palestino.²³² El 2 de septiem-

230 "CPI: los países miembros se agrupan en defensa de la Corte. Las muestras de apoyo contrarrestan la acción sin precedentes por parte de EE. UU.", Human Rights Watch. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 22 de noviembre 2020].

231 Artículo 12 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998: "Condiciones previas para el ejercicio de la competencia. 1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

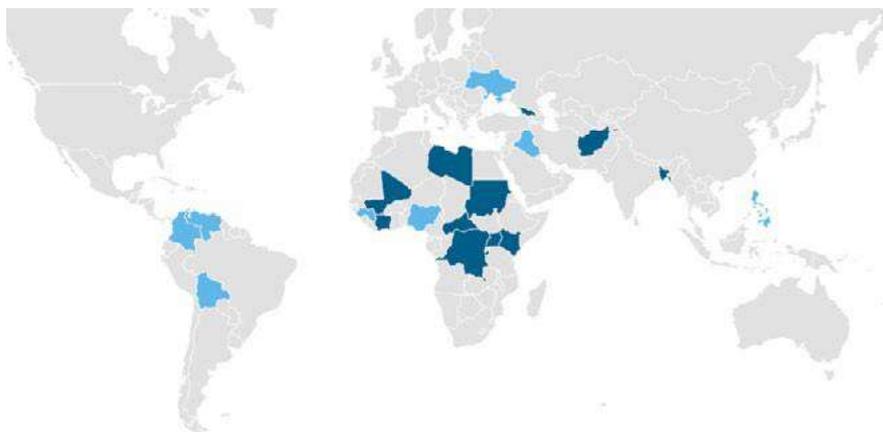
3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX".

232 "US Sets Sanctions Against International Criminal Court. Trump Executive Order Seeks to Thwart Justice for Victims" (11 de junio de 2020), Human Rights Watch. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 22 de noviembre 2020].

bre de 2020, Estados Unidos anunció la imposición de sanciones²³³ contra la fiscal de la Corte, Fatou Bensouda, y el jefe de la División de Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación de la Oficina del Fiscal, Phakiso Mochochoko.²³⁴

Sobre los cuestionamientos a su **legitimidad**, Sudáfrica y Kenia han criticado que durante más de 10 años de entrada en vigor del Estatuto las investigaciones se hubieran concentrado en crímenes cometidos en África.²³⁵ Sin embargo, actualmente, existen 13 situaciones bajo investigación y 10 en examen preliminar, entre las que incluyen ilícitos cometidos en Europa, Asia y Sudamérica, en Estados como Filipinas, Bangladés, Birmania, Irak, Afganistán, Ucrania, Venezuela, Colombia, Bolivia, entre otros.

Situaciones y casos investigados o en investigación en la Corte Penal Internacional



Fuente: Homepage, International Criminal Court, Situations and cases. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 22 de noviembre 2020].

233 Declaración del Secretario de Estado Michael R. Pompeo: "Actions to Protect U.S. Personnel from Illegitimate Investigation by the International Criminal Court", U.S. Department of State, 2 de septiembre de 2020. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 22 de noviembre 2020].

234 "Estas sanciones tienen un grave impacto en los afectados, que no solo pierden el acceso a sus activos en Estados Unidos, sino que también quedan aislados de las transacciones comerciales y financieras con personas estadounidenses, incluidos bancos y otras empresas". ("Estados Unidos sanciona a la fiscal de la Corte Penal Internacional. La acción del gobierno de Trump intenta bloquear la justicia para los peores crímenes del mundo", 8 de septiembre 2020), Human Rights Watch. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 22 de noviembre 2020].

235 OLASOLO (2020), p. 408; ARNOULD (2017), p. 15.

2.2 Los principios de legalidad y de tipicidad

El derecho penal exige que exista de forma previa a la comisión de los delitos la tipificación y sanción de los crímenes y la existencia de un tribunal que los juzgue, pero el Derecho Penal Internacional en sus orígenes no cumple esta regla, ya que los primeros tribunales penales internacionales se establecieron con posterioridad a los hechos criminales.²³⁶

La máxima del principio de legalidad penal, expresada como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige para el castigo de crímenes que exista una regla legal claramente establecida, al tiempo de cometerse el ilícito, respecto de la descripción de la conducta ilícita y su sanción, e implica que no pueden crearse tipos ni penas que no estén establecidos *ex ante* en la ley. Ello, en aras de garantizar seguridad jurídica a los ciudadanos.

El principio tiene su origen histórico en la Revolución Francesa y el pensamiento de la Ilustración. En efecto, se enuncia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 8º.²³⁷ También forma parte del derecho internacional general, siendo su antecedente más remoto de reconocimiento en la esfera internacional una Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1935.²³⁸ En el ámbito convencional, el principio se encuentra reconocido, entre otros²³⁹, en el artículo 11.2 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**:

236 BOLLO (2004), p. 36.

237 DEGAN (2005), p. 50, destaca que se recoge en gran parte de las constituciones de los Estados por ser una garantía a los derechos de las personas, y que aun sin carácter de *ius cogens*, es preferible observarlo antes que quitarle importancia en los procedimientos criminales. Por su parte, CASSESE (2008), p. 438, puntualiza que los principales pensadores de la Ilustración fueron quienes configuraron el principio desde una perspectiva político-filosófica, aunque ya tenía expresión en el artículo 39 de la Carta Magna de 1215.

238 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Consistency of certain Danzig legislative decrees with Constitution of free city advisory opinion* (1935, serie A/B Nº 65) párrafo 52.

239 También en el artículo 7 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos); artículo 7.2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y artículo 6 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

También lo está en el artículo 15 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**²⁴⁰:

- “ 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Se reconoce, asimismo, en el artículo 9 de la **Convención Americana sobre Derecho Humanos**:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Finalmente, el principio queda igualmente establecido en el artículo 22 del **Estatuto de la Corte Penal Internacional**:

240 Nótese que, expresamente, alude a la posibilidad de que el derecho internacional sea el que determine la irreprochabilidad de determinadas conductas, apartándose de las regulaciones internas del principio de legalidad que aluden a una reserva absoluta de la ley en sentido formal.

- “ 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.
2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.
3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

Por consiguiente, la existencia de un crimen particular dependerá, por una parte, de la existencia de una legislación en que se defina el acto concreto como delito y se asigne una pena específica por su comisión. La finalidad de este principio es velar por la especificidad y la previsibilidad de la legislación, a fin de que los individuos puedan prever de forma razonable las consecuencias de sus actos.

Asimismo, está asociado con otros principios: no retroactividad, tipicidad, y prohibición de la analogía. Según el principio de **no retroactividad**, la ley que prohíbe cierto acto debe haber existido antes de que ocurriera el acto en cuestión. Como tal, prohíbe la aplicación retroactiva de la ley. El principio de **tipicidad** requiere que la definición del acto prohibido sea lo suficientemente precisa, al tiempo que la **prohibición de la analogía** exige que la definición sea interpretada de forma estricta.²⁴¹

Luego, los Estados democráticos debieran establecer taxativamente el catálogo de delitos y sus penas, para conocer de antemano cuáles comportamientos pueden ser estimados por los jueces como delictivos y cuáles consecuencias jurídicas acarrearían la realización de tales conductas. Es decir, se cumple con una función de garantía de

241 ICRC (2014), p. 2.

la seguridad jurídica representada por la predeterminación normativa en la esfera de lo punible, frente a la arbitrariedad o discrecionalidad que caracterizaba a la administración de justicia en los regímenes absolutistas.²⁴²

En Chile, este principio se recoge en el artículo 19 N° 3, incisos séptimo y octavo de la Constitución Política²⁴³: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

En el ámbito legislativo, el Código Penal contempla en su artículo 18 el mismo principio. Por lo tanto, para sancionar a los criminales que han llevado a cabo conductas prohibidas por las normas internacionales de Derecho Penal Internacional, es preciso que los tipos penales respectivos y la determinación de sus sanciones estén contemplados en la legislación nacional, con anterioridad al inicio de los procedimientos seguidos para castigar a quienes hayan vulnerado tales prohibiciones.

La falta de un poder jurisdiccional penal internacional universal hace que los tribunales domésticos en ejercicio de jurisdicción universal se transformen o actúen como órganos jurisdiccionales de la comunidad internacional (principio del **desdoblamiento funcional**). Por lo tanto, siendo el ejercicio de la jurisdicción internacional limitada, se requiere que la legislación interna se haya adaptado a la normativa internacional, siendo lo habitual que por el natural apego al principio

242 CURY (1999), pp. 141-142; DEGAN (2005), p. 51; MERA (2005), pp. 62 y 68-70; MERON (2005), pp. 817-818; WERLE (2005), pp. 32-33; ANDRÉS (2006), pp. 86-88; DOBOVSEK (2006), p. 47; FERDINANDUSSE (2006), pp. 222-223; SILVA (2006), p. 164; VIVANCO (2006), pp. 322-323; CASSESE (2008), p. 438; D'AMATO (2008), p. 287; CRUZ-COKE (2009), pp. 394-395; KRESS (2010), párrafos 1-34; SANDOVAL (2010), p. 211, y MOLINA (2011), p. 273.

243 Principio incluido también en las Constituciones de 1833 y 1925, e incluso en la de 1823, lo que demuestra se trata de un principio tradicionalmente considerado en nuestro país y que ya es parte de nuestra historia institucional. Ver, *v.g.* MERA (2005), p. 63, y SILVA (2006), p. 163.

Adviértase que la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no formulan la determinación de penalidades, salvo los estatutos de los tribunales penales internacionales, pero esas penas establecidas son solo para efectos del ejercicio de su propia jurisdicción.

de legalidad se requiera la conversión de los crímenes internacionales en delitos tipificados en los respectivos derechos internos.²⁴⁴

Adviértase que la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no formulan la determinación de penalidades, salvo los estatutos de los tribunales penales internacionales, pero esas penas establecidas son solo para efectos del ejercicio de su propia jurisdicción²⁴⁵. Los jueces nacionales no podrían aplicar por analogía esas penas en la jurisdicción local, pues la aplicación de la analogía está prohibida en materia penal como corolario del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*).²⁴⁶

Una aplicación directa de los convenios internacionales que contienen crímenes internacionales traería consigo una gran dosis de incertidumbre, no compatible con el principio de tipicidad o determinación de los tipos penales, ya que en el ámbito internacional no existe un completo acuerdo acerca de los elementos típicos que deben contener las diferentes figuras de crímenes internacionales y, por ello, no se sabría a cuál de las diversas versiones existentes en el plano internacional de un determinado crimen internacional deberá recurrirse. De todos modos, esto se podría minimizar si se coincide en recurrir, únicamente, a los tipos y sanciones previstos en el Estatuto de Roma, como expresión última de la evolución del Derecho Penal Internacional.²⁴⁷

Ahora bien, el problema se agudiza si el Estado del tribunal que conoce del caso no ha ratificado los convenios, pues aunque la proscripción de la conducta como norma integrante del derecho internacional penal general rija en ese ordenamiento, el derecho consuetudinario no puede servir de base única para una persecución criminal; el derecho internacional consuetudinario es muy impreciso para tener una aplicación directa en los procedimientos criminales por lo que la aplicación de estas normas sigue dependiendo de un desarrollo

244 Cfr. FERDINANDUSSE (2006), pp. 239-240; AGUILAR (2008), p. 152; DOBOVSEK (2008) pp. 58-66; JESSBERGER (2008), p. 208, y GALDÁMEZ (2011), p. 224.

245 FERDINANDUSSE (2006), p. 249.

246 CURY (1999), p. 143; DEGAN (2005), pp. 51-53; CASSESE (2008) pp. 438-440; KRESS (2010) párrafo 1.

247 AMBOS y MALARINO (2003), pp. 580-581.

legislativo a nivel interno. En otras palabras, los tipos penales pueden fundarse en el derecho internacional consuetudinario en relación con la proscripción de determinadas conductas, pero seguirá siendo necesario que la legislación interna determine las sanciones aplicables.²⁴⁸ Luego, los Estados, tratándose de crímenes internacionales, consideran al principio de legalidad como un estándar mínimo, pero no estricto; ello es posible constatarlo en la gran aceptación que tienen los tribunales *ad hoc* para la persecución de crímenes en Ruanda y la ex Yugoslavia, en base a que estos crímenes estarían bien establecidos en el derecho internacional consuetudinario en el momento de su comisión.²⁴⁹

Los tratados internacionales que tratan sobre prohibición de crímenes internacionales contienen expresamente²⁵⁰ la obligación de los Estados parte de establecer sanciones penales eficaces que castiguen a los culpables de estas conductas.²⁵¹ Por ejemplo, el artículo 6 de la **Convención sobre la Esclavitud**, de 1926:

“Las Altas Partes contratantes, cuya legislación no fuere en la actualidad suficiente para reprimir las infracciones de las Leyes y Reglamentos dictados con objeto de hacer efectivos los fines de la presente Convención, se obligan a adoptar las medidas necesarias para que estas infracciones sean castigadas con penas severas”.

El artículo 5 de la **Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio**, de 1948:

“Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para

248 AMBOS (2005b) p. 14.

249 FERDINANDUSSE (2006) pp. 230-233; CASSESE (2008) p. 439. En Chile, LLANOS (2008) p. 434, a propósito del crimen de genocidio, afirma que no se excluye la incriminación en base al derecho consuetudinario fundado en el Derecho de Núremberg, pues es directamente aplicable en los Estados que lo han reconocido, es decir, aquellos que forman parte de las Naciones Unidas.

250 También en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, ver artículos 50, 51, 130, 147 de los Convenios de Ginebra, I a IV, respectivamente.

251 GAMBOA (1999), p. 108; GOODWIN-GILL (1999), p. 208; NAVARRO (2004), p. 80; ARRAU (2005), p. 11; WERLE (2005), pp. 37, 38, 74; FERDINANDUSSE (2006), p. 257; ÁLVAREZ (2008), p. 28; CASSESE (2008), p. 439; SHAW (2008), p. 674.

asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”.

El artículo 4 de la **Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del crimen de Apartheid**, de 1973:

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

- a. A adoptar las medidas legislativas o de otro orden que sean necesarias para reprimir e impedir el aliento al crimen de apartheid y las políticas segregacionistas similares o sus manifestaciones y para castigar a las personas culpables de tal crimen;
- b. A adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas”.

El artículo 4 de la **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**, de 1984:

“Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”.

El artículo 6.2 de la **Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura**, de 1985:

“Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad”.

El artículo 3.1 de la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas**, de 1994:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

El artículo 4 de la **Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas**, de 2006:

“Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal”.

2.3 Tipificación de los crímenes en el Derecho Penal Internacional

Existen ciertos elementos presentes para determinar si un hecho es constitutivo de un crimen internacional: i) severidad o gravedad; ii) masividad y sistematicidad; iii) si la víctima es toda la humanidad; iv) obligación de juzgamiento para restablecer el orden internacional, evitando su impunidad, por considerarse un “acto de Estado”.

Estos crímenes pueden ser **ofensas generales**, si se realizan mediante diversos actos perpetrados en un cierto contexto. Si se dirigen en contra de un grupo particular de personas, será un genocidio; si se ejecutan de manera sistemática o masiva, constituirán un crimen contra la humanidad, y si ocurren durante un conflicto armado, serán crímenes de guerra. También pueden constituir una **ofensa específica**, si no están en relación con las circunstancias de grupo objetivo, masividad o situación de guerra, como es el caso de la esclavitud, la tortura y las desapariciones forzadas.

Suelen clasificarse como delitos de agresión o crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Delito de agresión o crímenes contra la paz: prohibición absoluta de organizar, avalar o realizar guerras de agresión o guerras de conquista. Su fundamento político está establecido en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Las convenciones que los tipifican son el Estatuto de Núremberg (1945) y el Estatuto de Roma (1998).

Crimen de guerra: violación de las protecciones establecidas por las leyes y las costumbres de la guerra, integradas por las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en un conflicto armado y por las violaciones al derecho internacional. El término se define en gran medida en el derecho internacional, incluyendo la Convención de Ginebra. Los malos tratos a prisioneros de guerra y civiles y los genocidios son considerados crímenes de guerra. Las convenciones que tipifican los crímenes de guerra son el Estatuto de Núremberg (1945); las Convenciones de La Haya (1907); la relativa a los derechos y deberes de las potencias y las personas

neutrales en caso de guerra terrestre, publicada en Chile en 1914; el Convenio para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales (de 1907, publicado en Chile el 18 de abril de 1998); los Convenios de Ginebra (1949, ratificados por Chile en 1951) y sus dos Protocolos adicionales (1977, promulgados en Chile en 1991), y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968, ingresada a tramitación para su aprobación en 1994, Boletín N° 1265-10, desde abril de 2007 figura con urgencia simple).

Crímenes de lesa humanidad: a) sujeto activo: crímenes cometidos por particulares, con o sin la aquiescencia del Estado, o por funcionarios de este. En este último caso, el cargo de la persona será irrelevante para exculpar al sujeto o disminuir la pena; b) sujeto pasivo: debe tratarse de un ataque contra la población civil; c) acción típica: el ataque tiene que ser generalizado o sistemático, por lo que los actos aislados o cometidos al azar no pueden ser considerados en esta tipificación; puede producirse tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz. Los crímenes de lesa humanidad tipificados en el **Estatuto de Roma** (artículo 7) son:

- a. **Asesinato:** homicidio intencionado. Y si es masivo, se tipifica como figura autónoma de **genocidio**²⁵² (artículo 6 del Estatuto):

252 Sus orígenes se remontan a los procesos de Núremberg, tras la Segunda Guerra Mundial, en los cuales se castigan los crímenes cometidos por ciertos miembros del gobierno nacionalsocialista en contra del pueblo judío y otras minorías que querían exterminar. Luego, en 1948 se firma el Tratado para la prevención y sanción del delito de genocidio. Sobre la prohibición y castigo del genocidio, ver SCHEUNER (1967), p. 526; BARBERIS (1970), p. 35; FAHMI (1971), pp. 391-392; PAUL (1971), p. 38; PUCEIRO (1974), p. 70; WHITEMAN (1977), p. 625; MINAGAWA (1968), p. 8; BELSKY *et. ál.* (1989), p. 389; PARKER y NEYLON (1989), p. 430; BASSIOUNI (1990), p. 806; MANN (1990), p. 86; CUERVO (1991), p. 360; DETTER (1994), p. 175; FORD (1994), p. 147; WEISBURD (1995), p. 22; AMBOS (1996), p. 535; BALINT (1996), p. 112; BASSIOUNI (1996a), pp. 11, 17 y 20-21; BASSIOUNI (1996b), p. 68; CUMPLIDO (1996), p. 256; NEWTON (1996), p. 36; VAN BOVEN (1996), p. 298 N° 23-24; BENADAVA (1997), p. 54; VAN SCHAACK (1997), p. 2261; BIANCHI (1999), p. 272; BYERS (1999), p. 186; KELLEY (1999), p. 365; NOGUEIRA (2000), p. 224; CANÇADO (2001), p. 417; NIETO (2001), p. 16; ROBERTS (2001), p. 783; SCHARF (2001), p. 87; DRNAS (2002), p. 15; JUSTE y CASTILLO (2002), p. 118; CARTER *et. ál.* (2003), p. 108; CRAWFORD (2004), pp. 232-293; KAPLAN (2004), p. 1909; KNOOPS (2004), p. 212; ODELLO (2004), pp. 370 y 373; STEPHENS (2004), p. 254; CASSESE (2005), p. 65; HERDEGEN (2005), p. 53; PAULUS (2005), p. 306; SHINER (2005), p. 214; WOUTERS y VERHOEVEN (2005), pp. 401-416; PUCEIRO (2005), p. 379; DE WET (2006), p. 59; JANIS y NOYES (2006), p. 151; MILANOVIC (2006), p. 557; MURPHY (2006), p. 82; REY (2006), p. 322; YARWOOD (2006), pp. 32-33; GAETA (2007), pp. 632 y 642; COHEN (2007), p. 71; REISINGER (2007), p. 685; BROWNLIE (2008), p. 511; O'CONNELL (2008), p. 9; CRIDDLE y FOX-DECENT (2009), p. 331; DUBOIS (2009), pp. 135 y 160; HERDEGEN (2010), p. 74; LEPARD (2010), p. 249; entre otros.

asesinato de masas; actos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, político o religioso. Estos actos comprenden la muerte y lesión a la integridad física o moral de los miembros del grupo, el exterminio, la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el grupo o el traslado forzoso de niños.

- b. **Exterminio:** imposición intencional de condiciones de vida, entre otras la privación del acceso a alimentos o medicinas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población. En sentido estricto, se trata de un crimen contra la humanidad. Si estos actos se realizan para destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tales se convierten en constitutivos del crimen de genocidio.
- c. **Esclavitud:** ejercicio de derechos de propiedad sobre una persona, incluido el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.²⁵³
- d. **Deportación o traslado forzoso de población:** expulsión de personas, sin motivos autorizados por el derecho internacional, de una zona donde están presentes legítimamente, entendiéndose

253 Los orígenes de la prohibición de la esclavitud datan del siglo XIX y su fundamento es la libertad y la dignidad del hombre, así queda de manifiesto en diversos tratados de la época, siendo el antecedente más remoto a nivel internacional la Declaración, de 8 de febrero del 1815, del Congreso de Viena sobre la abolición de la trata de negros, en la cual se declara que el comercio de negros es repugnante a los principios de humanidad y de la moral universal de las naciones civilizadas. En gran medida estos convenios codificaron reglas ya existentes en el derecho de gentes, y hoy es una regla absoluta no susceptible de derogación obligatoria para todos los Estados, incluso aquellos que no participan de la firma o ratificación de un tratado que prohíba la esclavitud, por razón del derecho consuetudinario en el que tiene su fuente dicha norma que concibe a la esclavitud como un crimen atentatorio a los derechos comunes de la humanidad. Ver HEFFTER (1875), p. 229; ANTOKOLETZ (1951), pp. 73-74; BARBERIS (1970), pp. 34-35. Para profundizar sobre el castigo de la esclavitud como crimen de lesa humanidad, ver MCNAIR (1961), p. 215; SCHEUNER (1967), p. 526; LACHS (1968), p. 399; BARBERIS (1970), pp. 34-35; FAHMI (1971), pp. 391-392; PAUL (1971), p. 35; PUCEIRO (1974), p. 70; WHITEMAN (1977), p. 625; LACHS (1980), p. 206; ZOGLIN (1986), p. 306; REUTER (1982), p. 49; MINAGAWA (1968), p. 8; SATO (1987), p. 18; BELSKY *et. ál.* (1989), p. 389; PARKER y NEYLON (1989), p. 429; CUERVO (1991), p. 360; DETTER (1994), p. 175; FORD (1994), p. 147; BASSIOUNI (1996b), p. 68; CUMPLIDO (1996), p. 256; VAN BOVEN (1996), p. 298 N° 23 y 24; BENADAVA (1997), p. 54; BYERS (1999), p. 186; KELLEY (1999), p. 365; NOGUEIRA (2000), p. 224; CANÇADO (2001), p. 417; NIETO (2001), p. 16; DRNAS (2002), p. 15; JUSTE y CASTILLO (2002), p. 118; CARTER *et. ál.* (2003), p. 108; CRAWFORD (2004), pp. 232 y 293; KAPLAN (2004), p. 1909; STEPHENS (2004), p. 254; CASSESE (2005), pp. 65 y 376; HERDEGEN (2005), p. 53; PUCEIRO (2005), p. 379; SHINER (2005), p. 214; DE WET (2006), p. 59; MURPHY (2006), p. 82; ORAKHELASHVILI (2006), p. 43; YARWOOD (2006), p. 32; COHEN (2007), p. 71; REISINGER (2007), p. 685; VARGAS (2007), p. 178; BROWNLIE (2008), p. 511; O'CONNELL (2008), pp. 9 y 54; SCARPA (2008), pp. 42, 78-79 y 82; CRIDDLE y FOX-DECENT (2009), p. 331; DUBOIS (2009), pp. 135 y 160; entre otros.

que la deportación supone cruzar fronteras nacionales y que el traslado forzoso no.

- e. **Encarcelamiento:** u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
- f. **Tortura:** dolor o sufrimientos graves, físicos o mentales causados intencionadamente a una persona que el acusado tenía bajo su custodia o control.²⁵⁴
- g. **Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable:** la violación y otros abusos sexuales pueden constituir también otros crímenes sujetos a la competencia de la Corte, como la tortura en tanto que crimen de lesa humanidad o crimen de guerra.
- h. **Persecución:** de un grupo o colectividad con identidad propia por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier crimen comprendido en el Estatuto. Por persecución se entiende la privación intencionada y grave de derechos fundamentales, en violación del derecho internacional, debido a la identidad de un grupo o colectividad. Se castiga en relación con otro acto que constituya un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o un genocidio.

254 Sobre el castigo de la tortura, ver WHITEMAN (1977), p. 626; LIPPMAN (1979), p. 27; LACHS (1980), p. 206; BELSKY *et. ál.* (1989), p. 389; PARKER y NEYLON (1989), p. 437; CUERVO (1991), p. 360; ORENTLICHER (1991), p. 2582; DETTER (1994), p. 175; BALINT (1996), p. 112; BASSIOUNI (1996a), pp. 11, 17 y 20-21; BASSIOUNI (1996b), p. 68; CUMPLIDO (1996), p. 256; VAN BOVEN (1996), p. 298 Nº 23 y 24; BENVENISTI (1997), p. 603; BIANCHI (1999), p. 272; BYERS (1999), p. 186; KELLEY (1999), p. 365; NOGUEIRA (2000), p. 224; CANÇADO (2001), p. 417; BOU (2002), pp. 280 y ss.; AMNISTÍA INTERNACIONAL (2003), pp. 67 y 73; CARTER *et. ál.* (2003), p. 108; CRAWFORD (2004), pp. 232 y 294; DE WET (2004), p. 99; KAPLAN (2004), p. 1909; KNOOPS (2004), p. 212; HERDEGEN (2005), p. 53; DE WET (2006), p. 59; JANIS y NOYES (2006), pp. 148-149; MURPHY (2006), p. 82; ORAKHELASHVILI (2006), p. 43; THIENEL (2006), p. 363; YARWOOD (2006), p. 33; COHEN (2007), p. 111; KUTZ (2007), p. 258 nota 85; MCGREGOR (2007), p. 71; REISINGER (2007), p. 685; O'CONNELL (2008), p. 9; CRIDDLE y FOX-DECENT (2009), p. 331; DUBOIS (2009), p. 160; CANÇADO (2012), p. 5; entre otros.

- i. **Desaparición forzada de personas:** detención o secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, consentimiento o aquiescencia, junto con la negativa a reconocer la privación de libertad o a proporcionar información sobre la suerte que han corrido los “desaparecidos” con la intención de privarlos de la protección de la ley durante un largo periodo.²⁵⁵
- j. **Crimen de *apartheid*:** actos inhumanos cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial por otro, con la intención de mantener ese régimen.²⁵⁶
- k. **Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física o la salud mental o física:** actos inhumanos de gravedad similar a otros crímenes contra la humanidad.

Sin embargo, ya desde antes de la creación del Tribunal Penal Internacional y la tipificación de los delitos del Derecho Penal Internacional en su Estatuto, las normas consuetudinarias sobre castigo de crímenes atroces habían ido cristalizando en diversos convenios internacionales, como se advierte a continuación.

255 Sobre su castigo y persecución, ver ORENTLICHER (1991), p. 2582; CUMPLIDO (1996), p. 256; VAN BOVEN (1996), p. 298 notas 23-24; BIANCHI (1999), p. 272; CANÇADO (2001), p. 417; MURPHY (2006), p. 82; CRIDDLE y FOX-DECENT (2009), p. 331; AGUILAR (2009b), p. 463.

256 Los problemas raciales de Sudáfrica constituyeron una preocupación constante para las Naciones Unidas desde su nacimiento, existiendo más de 100 resoluciones de sus órganos políticos que exhortan a Sudáfrica a modificar sus políticas relativas al *apartheid*, con el objeto de que reconsiderara las políticas gubernamentales que obstaculizaban el derecho de todos los grupos raciales a disfrutar de los mismos derechos y libertades fundamentales. En efecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas, ya en 1946, resolvía que “está entre los intereses superiores de la humanidad el poner fin inmediatamente a las persecuciones y manifestaciones de prejuicio religiosos como del que se ha dado en llamar racial”. En la década del 60 se condenó fuertemente las políticas de segregación racial practicadas en el África Sudoccidental, pues perturbaban seriamente la paz y seguridad internacionales, así como la dignidad humana. Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 103 (I) (1946); N° 1598 (XV) (1961); N° 1761 (XVII) (1962); N° 1881 (XVIII) (1963); N° 2054 A (XX) (1965); N° 2144 A (XXI) (1966); N° 2202 (XXI) (1966); N° 2396 (XXIII) (1968). Sobre el castigo y persecución del crimen de *apartheid*, ver DUGARD (1970), pp. 286-287; PUCEIRO (1974), p. 70; GROS (1981), p. 48; BUTCHER (1986); PARKER y NEYLON (1989), p. 439; GILBERT (1990), p. 349; CUERVO (1991), p. 360; DETTER (1994), p. 175; VAN BOVEN (1996), p. 298 notas 23-24; BIANCHI (1999), p. 272; BYERS (1999), p. 186; DRNAS (2002), p. 15; JUSTE y CASTILLO (2002), p. 118; CRAWFORD (2004), pp. 232 y 293; KAPLAN (2004), p. 1909; CASSESE (2005), p. 65; HERDEGEN (2005), p. 53; SHINER (2005), p. 214; YARWOOD (2006), p. 32; O’CONNELL (2008), p. 9; CRIDDLE y FOX-DECENT (2009), p. 331; DUBOIS (2009), p. 160; LEPARD (2010), p. 249; entre otros.

- **Esclavitud:** en convenios específicos sobre prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso, como la Convención sobre la Esclavitud (1926) y su Protocolo (1953); la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956) [promulgación conjunta, en Chile, de estos tres instrumentos en un solo decreto, en 1995]; el Convenio sobre el trabajo forzoso (1930, ratificado en Chile en 1939); el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (1957, ratificado en Chile en 1999).

La esclavitud también está contemplada en instrumentos internacionales generales de protección de los derechos humanos con alguna disposición sobre su prohibición: artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 5 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea; artículo 5 de la Carta africana de derechos humanos; artículo 10 de la Carta árabe sobre derechos humanos²⁵⁷. Finalmente, en los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc*: Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg (artículo 6 letra c); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 5 letra c); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 3 letra c).

- **Genocidio:** en la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio (1948, aprobada en Chile en 1953). También es posible encontrar su prohibición y castigo en los estatutos de tribunales internacionales *ad hoc*: Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg (artículo 6 letra c); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 4°); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 2°). Destacable es su prohibición en el mundo árabe, lo cual ha quedado

257 El documento fue adoptado en septiembre de 1994 por el Consejo de la Liga de Estados Árabes. Su versión del 22 de mayo de 2004 requería de siete ratificaciones para ser implementado y estos siete signatarios son Argelia, Bahrain, Jordania, Libia, Siria, Palestina y los Emiratos Árabes Unidos, cuya firma dio vigencia al texto actual a partir del 15 de marzo de 2008.

plasmado en la Declaración de El Cairo sobre derechos humanos en el islam, de 1990, en su artículo 2.B: “Está prohibido recurrir a cualquier medio que podría resultar en la aniquilación genocida de la humanidad”.²⁵⁸

- **Tortura:** en instrumentos específicos referidos a ella, como la Declaración de la Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1975); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Naciones Unidas 1984; promulgada en Chile en 1988), y su Protocolo Facultativo (2002; promulgado en Chile en 2009); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1985; promulgada en Chile en 1988); el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Inhumanos (1987).

La tortura también está contemplada en instrumentos generales sobre derechos humanos, universales y regionales: Declaración universal de los derechos humanos (artículo 5); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7); Declaración americana de derechos y deberes del hombre (artículo 26); Convención americana sobre derechos humanos (artículo 5.2); el Convenio europeo de derechos humanos (artículo 3); la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (artículo 4); la Carta africana de derechos humanos (artículo 5); la Declaración de El Cairo sobre derechos humanos en el islam (artículo 20), y la Carta árabe de derechos humanos (artículo 8).

Asimismo, en los estatutos de tribunales internacionales: Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (artículo 6 letra c); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 2 letra b y 5 letra f); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 3 letra f y 4 letra a).

Además, está prohibida en el Derecho Internacional Humanitario, contemplándolo expresamente los cuatro Convenios de Ginebra

258 Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas, de 22 enero 1999 A/RES/53/43.

de 1949 (artículo 3° común; artículo 17 del III Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; artículos 31, 32, 100, 146 y 147 del IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra) y sus dos Protocolos adicionales de 1977 (artículo 75 del I Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; artículo 4 del II Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en adelante I PCG y II PCG, respectivamente).

- **Delitos sexuales:** para la *trata de blancas*²⁵⁹, como prohibición semejante a la del comercio de esclavos, pues tratar seres humanos con vistas a la prostitución es incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana, el ámbito de protección se amplía a la supresión de la trata de mujeres, niños y seres humanos. Actualmente existen instrumentos internacionales que específicamente tratan acerca de estas figuras, como por ejemplo, el Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas (1904 y su Protocolo de 1949); la Convención sobre trata de blancas (o Convenio internacional para la represión de la trata de blancas, de 1910 y ratificado en Chile en 1935), y su Protocolo de 1949; la Convención internacional sobre trata de mujeres y niños (1921, publicada en Chile en 1927 y 1930); el Convenio internacional relativa a la represión de trata de mujeres mayores (1933, ratificado en Chile en 1935), el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y sus Protocolos, contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (de 2000, promulgado en Chile en 2005); el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005).

259 Cfr. v.g. LACHS (1968), p. 399; BARBERIS (1970), p. 35; PUCEIRO (1974), p. 70; PUCEIRO (2005), p. 379; SCARPA (2008), pp. 79-80 y 82.

- **Desaparición forzada de personas:** su reconocimiento se encuentra en instrumentos generales sobre derechos humanos -universales y regionales- en cuanto protegen la libertad y seguridad de las personas, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 3, 9 y 13); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 1 y 25); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7 y 22); Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 5); Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 5); Carta Africana de Derechos Humanos (artículos 6 y 12), y Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 14).

También es posible encontrar su prohibición y castigo en los estatutos de tribunales internacionales: Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (artículo 6 letra c); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 5); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 3). Y en convenios específicos de las Naciones Unidas (Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006 y ratificado en Chile en 2009) y de la Organización de Estados Americanos (Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, de 1994 y promulgada en Chile en 2010, y su antecedente, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 1992).

- **Apartheid:** los convenios específicos que lo abordan son la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (1973); Convención Internacional contra el *apartheid* en los deportes (1985) [no ratificados por Chile]. Su reconocimiento se encuentra en instrumentos generales de derechos humanos -universales y regionales- como prohibición de discriminación racial: Carta de las Naciones Unidas (artículos 1.3 y 55.c); Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1, 2 y 7); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículos 20 y 26); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Convención Americana sobre derechos Humanos (artículo 24); Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo

14); Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21); Carta Africana de Derechos Humanos (artículo 28); Carta Árabe de Derechos Humanos (artículos 2 y 3).

También se reconoce en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario: Convenios de Ginebra (artículo 3º común), I Protocolo (artículo 85.4 letra c). Y en los estatutos de tribunales internacionales *ah hoc*: Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (artículo 6 letra c); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículos 4 y 5); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículos 2 y 3).

2.4 Formas de responsabilidad penal internacional del individuo e inmunidad soberana

Responsabilidad penal individual. Según el derecho penal internacional, se puede considerar a una persona penalmente responsable no solo por la **comisión** de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, sino también por **intentar, colaborar, facilitar o ser cómplice y encubrir** la comisión de esos crímenes. Una persona también puede ser penalmente responsable por planificare incluso por instigar la comisión de esos crímenes.²⁶⁰

Responsabilidad de los superiores. Las violaciones del derecho penal internacional también pueden ser el resultado de una omisión de actuar. Las fuerzas o grupos armados están en general bajo un mando que es responsable de la conducta de sus subordinados y, por consiguiente, para que el sistema sea eficaz, los superiores deberían ser considerados responsables cuando omitan tomar las medidas oportunas para evitar que sus subordinados cometan violaciones graves contra el Derecho Internacional Humanitario. Por lo tanto, deben ser considerados penalmente responsables por actividades criminales en las que no hayan contribuido personalmente.²⁶¹

260 ICRC (2014), p. 2.

261 *Ibíd.*

Respecto de la inmunidad. Se trata de un privilegio de naturaleza procesal en beneficio de gobernantes²⁶² y diplomáticos²⁶³, que impide su juzgamiento por los tribunales de justicia mientras estén en funciones o luego de dejar su ejercicio por los actos realizados durante el mismo.²⁶⁴

Aunque la inmunidad de jurisdicción ha sido una institución de larga data, cuyos orígenes se pueden rastrear hasta llegar a la época medieval, asentada en el derecho internacional consuetudinario, y exaltada durante los siglos XVIII y XIX como absoluta²⁶⁵, existe desde el s. XX una tendencia a restringirla. Así, de una inmunidad absoluta se comienza a distinguir entre actos públicos y privados de los Estados, lo que origina la distinción entre inmunidades **personales y funcionales**.

La inmunidad de que goza el Estado en el extranjero se extiende o se aplica a los agentes del Estado, debido a la dignidad del Estado al

-
- 262 En el derecho internacional clásico, la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros se ha inspirado en los principios de igualdad, de independencia y de dignidad de los Estados, así como en la jurisdicción territorial exclusiva, de manera tal que ciertas consecuencias jurídicas, tales como el derecho a exigir que los jefes de Estado no sean difamados o calumniados, o que se les reconozca inviolabilidad cuando se encuentran en el extranjero, se entienden como inherentes a la personalidad internacional del Estado. Así, se trata de prevenir que Estados ejerzan control sobre actos públicos de otros Estados; entre dos iguales, uno no puede ejercer voluntad soberana o poder sobre el otro, lo que se ha reflejado tradicionalmente en la locución latina *par in parem non habet imperium*. Se observa que la inmunidad de los jefes de Estado no se encuentra reglamentada en algún instrumento internacional, por lo que usualmente se realiza una analogía con la inmunidad que gozan los diplomáticos, considerándose el estatuto de los diplomáticos al menos como un mínimo estándar aplicable a los jefes de Estado, en cuanto a su facultad de representar al Estado en las relaciones internacionales. Ver SORENSEN (1973), pp. 379-380; BELSKY *et. ál.* (1989), pp. 378-379; FRONTAURA (1999), p. 206; FUENTES (2000), pp. 419-420; ZAPPALÀ (2001), p. 599; REECE y SMALL (2003), p. 20; CAPLAN (2003), p. 748; CASSESE (2005), pp. 98-100; AKANDE (2004), p. 409; DUPUY (2006), pp. 126-127; RÍOS (2007), p. 5; OLASOLO *et. ál.* (2016), p. 257.
- 263 La inmunidad que beneficia a los agentes diplomáticos proviene del derecho internacional consuetudinario, sin embargo, ha sido recogida en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 abril de 1961. Su artículo 29 señala que “la persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad”. Por su parte, el artículo 31.1 agrega que el agente diplomático “gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor”.
- 264 El informe preliminar de la Comisión de derecho internacional sobre la materia, de 2008 (Documentos oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CN.4/601 párrafo 102 letra g), concluyó que “[l]a inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es de carácter procesal y no sustantivo. Constituye un impedimento la aplicación de la responsabilidad penal, aunque en principio no la excluye”.
- 265 Como explica CAPLAN (2003), p. 754, el reconocimiento de una inmunidad absoluta en este periodo se debe a que los Estados interactuaban en tiempos de paz de manera muy limitada, predominantemente a través de su cúpula diplomática o de cooperación militar, por lo que las disputas se solucionaban con diplomacia más que con adjudicación de jurisdicción.

que pertenece, por lo que se protegen los actos oficiales que estos hayan efectuado, es decir, es una inmunidad **funcional** en atención a la naturaleza del acto que se ha llevado a cabo, y que se conoce como inmunidad *ratione materiae*. Junto a ella existe otra inmunidad, más amplia, de la que gozan ciertos representantes del Estado en atención a la especial función que desempeñan, como los diplomáticos, y que se denomina inmunidad *ratione personae* o **personal**. En virtud de ella, el agente estatal no puede ser enjuiciado en los tribunales de otro país, ni aun por sus actos privados²⁶⁶, es decir, aquellos ejecutados fuera de su función oficial, tendientes a satisfacer el interés personal de un gobernante en ejercicio. Esta es una inmunidad que beneficia al funcionario estatal **mientras esté en ejercicio de sus funciones**, pero no lo ampara una vez que concluye su misión.²⁶⁷

Con posterioridad, en base al paulatino reconocimiento y aceptación del carácter de *ius cogens* del que gozan los crímenes de lesa humanidad, sobre todo a propósito de los horrores sufridos tras las guerras mundiales, y la creación del Tribunal Penal Internacional de Núremberg, se agudizó la postura de que la inmunidad soberana que pudiera beneficiar a ciertas personas de gobierno no podía constituir un impedimento para proseguir juicios en su contra en relación a la comisión de ese tipo de delitos.²⁶⁸

266 En un comienzo, ello era una forma de extraer la actividad comercial de la esfera de la autoridad soberana y la responsabilidad legal que eventualmente podría aparecer en la actividad económica, pues la conducta comercial o de naturaleza privada de un Estado extranjero no afrenta la dignidad del Estado. SORENSEN (1973), p. 419; BELSKY *et. ál.* (1989), p. 380; BIANCHI (1999), p. 263; FOX (1999), p. 207; CAPLAN (2003), pp. 743-758; CASSESE (2005), pp. 100-101; REECE y SMALL (2003), p. 20; STEWART (2005), p. 195; BORNKAMM (2012), p. 779.

267 Cfr. BRADLEY y GOLDSMITH (1999), p. 2136; FRONTAURA (1999), p. 2013; FOX (1999), p. 208; FUENTES (2000), pp. 419-420; WIRTH (2002), pp. 882-883; REECE y SMALL (2003), p. 20; AKANDE (2004), pp. 409-410; BATES (2007), p. 652 nota 6; RÍOS (2007), pp. 10-13; FRULLI (2009), p. 368; GAETA (2009), p. 320; OLASOLO *et. ál.* (2016), pp. 260-263.

268 Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial se crea la Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y la ejecución de penas, la cual emite su reporte con fecha 29 de marzo de 1919 –disponible para consultar en *American Journal of International Law*, vol. 14 N° 1 (1920), pp. 95-154– el cual concluye que la responsabilidad criminal debía extenderse a toda persona responsable de los crímenes de guerra, incluidos los jefes de Estado, pues de prohibirse su persecución se afrentaría a la conciencia de la humanidad civilizada. Respecto de la Segunda Guerra Mundial, destaca el principio 3° de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg (1950), elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas: “El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional”.

Según los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (art. 7.2), del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art. 6.2) y de la Corte Penal Internacional (art. 27.1), la inmunidad por razones del cargo queda excluida en caso de crímenes internacionales.

En síntesis, la inmunidad dimana de la idea de la soberanía estatal. Tradicionalmente, los representantes estatales gozaban de inmunidad contra la jurisdicción extranjera. La finalidad de la inmunidad es garantizar que los representantes estatales desempeñen eficazmente sus funciones oficiales y representen al Estado en las relaciones internacionales.²⁶⁹ Por ello ha surgido el reconocimiento de dos tipos de inmunidad: a) la inmunidad **personal**, que protege los actos de las personas esenciales para la administración de un Estado, sea en su capacidad personal o en su capacidad oficial mientras dure el ejercicio de su mandato; b) la inmunidad **funcional**, que se aplica a los actos oficiales de los representantes estatales en el desempeño de sus funciones en nombre de un Estado, y que se sigue aplicando respecto de esos actos después de que esos representantes hubieran cesado en el ejercicio de sus funciones.

La inmunidad sirve de **impedimento procesal** para la incoación de una acción judicial contra personas protegidas por jurisdicciones extranjeras; el Estado del que el funcionario tiene la nacionalidad puede, no obstante, levantar la inmunidad. Según los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (art. 7.2), del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art. 6.2) y de la Corte Penal Internacional (art. 27.1), la **inmunidad por razones del cargo** queda excluida en caso de crímenes internacionales. Solo el Estatuto de la Corte Penal Internacional excluye expresamente la posibilidad de valerse de la inmunidad personal en el caso de los crímenes internacionales (art. 27.2)²⁷⁰, incluso se interpreta que los Estados deben levantar las inmunidades mediante la promulgación de legislaciones

269 ICRC (2014), p. 2.

270 Artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998: "Improcedencia del cargo oficial.

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella".

adecuadas en su derecho interno, en seguimiento del artículo 88²⁷¹ del Estatuto.²⁷²

La soberanía ya no puede ser invocada para justificar abusos a los derechos humanos; las atrocidades contrarias a ellos no pueden ser calificadas de actos soberanos, ellos no son meras violaciones al derecho internacional, sino que constituyen un ataque en contra de sus bases y valores predominantes. La existencia de un sistema de reglas que los Estados no pueden transgredir implica que, si un acto estatal viola tal sistema, el acto no puede ser reconocido como un acto soberano, y si un acto estatal ya no es reconocido como soberano, el Estado ya no puede invocar en su defensa la inmunidad soberana. Por tanto, una conducta, aunque se enmarque como un acto oficial de Estado, si es ilegal ante el derecho internacional, no puede ser incluida en la inmunidad *ratione materiae*; en otras palabras, los crímenes internacionales de derecho penal internacional no pueden ser considerados conductas oficiales de un Estado y por tanto no están cubiertos de inmunidad.²⁷³ Por otro lado, la inmunidad *ratione materiae* no puede coexistir con las reglas de jurisdicción universal propias de este tipo de crímenes, en cuanto vendrían a quitarles todo sentido.²⁷⁴

En la práctica **jurisprudencial** en torno a la invocación de la inmunidad soberana, se observan ciertas tendencias y un desarrollo evolutivo hacia el reconocimiento de la persecución de crímenes internacionales de gravedad, distinguiéndose la situación de la inmunidad funcional de la persona. Así, prevalece la persecución universal de los crímenes internacionales del derecho penal internacional, aunque hubieran sido cometidos por un funcionario estatal, pues no pueden ser considerados es actos ilícitos como oficiales de

271 Artículo 88 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998: "Procedimientos aplicables en el derecho interno. Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte".

272 ICRC (2014), p. 3. Haciendo la prevención de que, en el artículo 98.1 del Estatuto, se hace una salvedad respecto a la renuncia de la inmunidad de los Estados que no son Partes en el Estatuto.

273 BELSKY *et. ál.* (1989), pp. 390 y 394; BARKER (1999), p. 942; BRADLEY y GOLDSMITH (1999), p. 2183; BIANCHI (1999), pp. 260-261 y 265.

274 ZAPPALÁ (2001), p. 601; WIRTH (2002), p. 888; NAQVI (2003), p. 623; AKANDE (2004), pp. 413-415; AMBOS (2005a), p. 90; BATES (2007), p. 677; AGUILAR y MALDONADO (2008), p. 158; FRULLI (2009), p. 368. Véase también estatutos de los TPI *ad hoc*.

un Estado (inmunidad *ratione materiae*). Sirva a modo de ilustración, en la jurisdicción doméstica, el caso llevado a cabo ante la Corte de Jerusalén en contra de Eichmann²⁷⁵; en el ámbito de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, el caso seguido en contra de Blaskic en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia²⁷⁶; y, en la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, la opinión disidente del juez Cançado en el caso ventilado entre Italia y Alemania sobre la inmunidad de jurisdicción estatal.²⁷⁷

-
- 275 Caso de referencia obligada en la literatura: *Attorney General of Israel v. Eichmann* (1961, caso N° 40/61), en el cual Israel se atribuyó jurisdicción penal extraterritorial acerca de hechos que tuvieron lugar en Alemania, pero no por ser judías algunas de sus víctimas, sino por entender que ciertas conductas, por su gravedad, constituían crímenes de carácter internacional y jurisdicción universal, conforme al derecho internacional consuetudinario. Adolf Eichmann fue procesado por crímenes en contra del pueblo judío, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, ocurridos en Alemania y Europa bajo el régimen de Hitler; ello, en base a la legislación israelí (*Nazis and Nazi Collaborators Punishment Law 5710-1950*) que permitía procesar en Israel a nazis y sus colaboradores por este tipo de crímenes en forma retroactiva y extraterritorial. De acuerdo a los jueces israelitas, el derecho internacional consuetudinario permitía castigar tales conductas en base al carácter universal de los crímenes en cuestión y su carácter específico como diseñados para exterminar al pueblo judío. Estos son crímenes no solo bajo la citada legislación israelí, sino son crímenes que ofenden a la humanidad entera y chocan la conciencia de las naciones, son graves ofensas en contra del derecho internacional mismo (*delicta juris gentium*). Los jueces aluden a la autoridad universal existente para procesar criminales peligrosos durante la Edad Media, y al principio inmemorial de jurisdicción universal respecto de la piratería. Asimismo, menciona a Hugo Groccio como el fundador de las bases de la definición de los crímenes contra la humanidad y de su jurisdicción universal, en sus escritos sobre el derecho a castigar. Y que, en estos casos, no es posible proteger a los representantes de un Estado si han cometido crímenes internacionales. OLASOLO *et. ál.* (2016), p. 264, menciona los casos de Barbie en Francia; Kappler y Priebeke en Italia; Rauter, Albrecht y Bouterse en Países Bajos; Kesslerling ante una corte militar británica en Italia; Von Lewinski ante una corte militar británica en Hamburgo; Pinochet en España y el Reino Unido; Yamashita en los Estados Unidos; Buhler en Polonia, y Miguel Cavallo en México.
- 276 Los jueces de la sala de apelaciones adoptan la posición de que, si bien la inmunidad está bien establecida en derecho internacional y se basa en la igualdad soberana de los Estados, se reconoce como excepción a esta regla general las normas que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. Por tanto, los responsables de esos crímenes no pueden invocar la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales internos o internacionales, aunque hubieran cometido esos crímenes en el desempeño de sus funciones oficiales. Esto demuestra que la naturaleza o la gravedad de un acto ilícito pueden afectar a su calificación como acto ejecutado en el desempeño de funciones oficiales. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Blaskic* (1997, caso N° IT-95-14) párrafo 41. OLASOLO *et. ál.* (2016), p. 264, enfatizan que confirman este precedente, sobre la improcedencia frente a tribunales nacionales extranjeros de la inmunidad funcional por crímenes internacionales, los casos ante el mismo tribunal en contra de Furundzija, Karadzic y Milosevic.
- 277 Indica que los crímenes internacionales perpetrados por el Estado no son actos oficiales del Estado ni tampoco actos privados; son crímenes respecto de los cuales no se puede pretender inmunidad. La distinción entre actos oficiales y actos privados carece de importancia a este respecto, pues en materia de crímenes contra la humanidad no se puede renunciar al derecho a acceso a la justicia o al derecho de reparación por violaciones graves a los derechos inherentes al ser humano; sin estos derechos no hay sistema legal nacional o internacional creíbles. Corte Internacional de Justicia, *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (2012) párrafos 306-308.

Esa evolución del reconocimiento de la excepción de la inmunidad funcional en caso de crímenes internacionales graves fue frenada por la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Arrest Warrant*, en el cual se discute si una orden de detención dictada por Bélgica en contra del otrora ministro de Relaciones Exteriores del Congo, con el objeto de juzgarlo por graves violaciones a las Convenciones de Ginebra y crímenes contra la humanidad cometidos antes de llegar a ser ministro, violaba la inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad de que disfrutaba con arreglo al derecho internacional.²⁷⁸

Sin embargo, agrega que esta inmunidad no es sinónimo de impunidad, pues no se exonera a la persona de su responsabilidad penal ni impide su procesamiento bajo determinadas circunstancias: a) juzgamiento en su propio país; b) renuncia, del Estado al que representa, a la inmunidad; c) después de cesar en el cargo, ante tribunales nacionales, con jurisdicción bajo el derecho internacional, respecto de actos cometidos antes o después de su periodo en funciones oficiales, como también respecto de actos cometidos durante el periodo de desempeño de funciones oficiales de carácter privado; d) antetribunales penales internacionales competentes.²⁷⁹

En efecto, la tendencia habida en tribunales domésticos, ejerciendo jurisdicción universal, ha sido reconocer la inmunidad *ratione personae* incluso cuando se alega que la persona beneficiada con ella ha cometido un crimen internacional, tratándose de jefes de gobierno y jefes de Estado en ejercicio.²⁸⁰

278 La Corte estuvo por afirmar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que entregaba inviolabilidad e inmunidad absoluta a los ministros de Relaciones Exteriores mientras desempeñan su cargo, incluso tratándose de actuaciones penales, pues esta inmunidad no se reconoce en su beneficio personal sino para garantizar el ejercicio eficaz de sus funciones en nombre de su Estado, por lo que no es necesario distinguir entre actos oficiales y actos privados, pues si un ministro de Relaciones Exteriores es detenido en otro Estado por la comisión de un delito, dicha persona se ve claramente impedida por ello de ejercer sus funciones. Corte Internacional de Justicia, *Arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (2002) párrafos 51-55.

279 Corte Internacional de Justicia, *Arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (2002) párrafos 60-1.

280 SORENSEN (1973), p. 381; BARKER (1999), pp. 944-945; BATES (2007), p. 670. AKANDE (2004), p. 411 notas 26-28, menciona una serie de casos, destacándose los intentos de juzgar al primer ministro israelí Ariel Sharon por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra; al presidente chino Jiang Zemin por tortura, genocidio, y otras violaciones a los derechos humanos; al presidente de Zimbabue, Robert Mugabe, por tortura, entre otros. Luego menciona el caso *United States v. Noriega* (117 F.3d 1206, 11th

Luego, la única instancia operativa para el enjuiciamiento por crímenes internacionales de los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de Asuntos Exteriores son los tribunales internacionales penales, pues habría una excepción consuetudinaria a la regla de **inmunidad funcional**, fundada en que las actuaciones penales desarrolladas por los tribunales internacionales en nombre de la comunidad internacional en su conjunto no afectan al principio de igualdad soberana entre los Estados. Ahora, tratándose de la **inmunidad personal**, solo sería posible aceptar su inaplicabilidad si en el acto de creación del tribunal penal internacional se contiene una renuncia implícita o explícita del Estado cuyos representantes van a ser investigados y enjuiciados.²⁸¹ Luego, numerosos altos representantes de los Estados han sido perseguidos, incluyendo los siguientes jefes de Estado: Slobodan Milosevic²⁸² en el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia²⁸³; Charles Taylor en la Corte Especial para Sierra Leona; Khieu Samphan en las Salas Especiales de las Cortes

Cir. 1997) como el único que puede considerarse como denegando la inmunidad a un jefe de Estado, pero subraya que no fue reconocida la inmunidad porque el gobierno de Estados Unidos nunca reconoció al general Noriega como líder de facto de Panamá, como jefe de Estado.

OLASOLO *et. ál.* (2016), p. 261-262, refieren a los casos de persecución de crímenes internacionales ante tribunales nacionales de Alemania, España y Francia en contra de Eric Honecker (Tribunal Supremo Federal alemán, Segunda Sala de lo Penal, 14 diciembre 1984, causa Nº 2 ARs 252/8); Hassan II (Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España, 23 diciembre 1998); Fidel Castro (Sala Penal de la Audiencia Nacional de España, 4 marzo 1999 y 13 diciembre 2007); Muammar Gaddafi (Tribunal de Casación francés, Sala de lo Penal, sentencia Nº 1414, 13 marzo 2001), y Paul Kagame (Auto del Juzgado núm. 4 de la Audiencia Nacional de España, de 6 de febrero de 2008), rechazados debido a su inmunidad personal por ser todos ellos jefes de Estado en ejercicio al abrirse las actuaciones penales. Además, en p. 269, refieren a que ello se ha visto reforzado por las restricciones legislativas introducidas en los últimos años en algunos Estados para limitar el ámbito de actuación de sus tribunales nacionales en base al principio de justicia universal, *v.g.* Ley Orgánica Nº 1/2014 (España), de 13 marzo 2014, que modifica la Ley Orgánica Nº 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial relativa a la justicia universal.

281 OLASOLO *et. ál.* (2016), pp. 269-272; ICRC (2014), p. 3; AKANDE (2004), p. 417. Como lo destaca FUENTES (2000), p. 421, ante los tribunales internacionales penales *ad hoc* creados especialmente para conocer de este tipo de delitos pareciera no tener sentido invocar la institución de la inmunidad de jurisdicción para restarle jurisdicción al tribunal respectivo, pues precisamente se les ha otorgado facultades para conocer los actos de los Estados involucrados.

282 Como destacan OLASOLO *et. ál.* (2016), p. 273, este caso es relevante pues al momento de iniciarse las actuaciones penales en su contra, en 1999, mantenía la posición de jefe de Estado de la República Federal de Yugoslavia. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Milosevic* (2007, caso Nº IT-98-29/1-T), decisión sobre excepciones preliminares, 8 de noviembre de 2001.

283 Además, como destacan OLASOLO *et. ál.* (2016), p. 272, no sería posible "alegar la inmunidad personal frente a órganos jurisdiccionales creados por el Consejo de Seguridad con base en el capítulo VII, pues existe la obligación de cooperar con los mismos".

de Cambodia^{284,285} y Omar Al Bashir²⁸⁶, Muammar Gaddafi²⁸⁷, Laurent Ngagbo²⁸⁸ y Urumu Kenyatta²⁸⁹ en la Corte Penal Internacional, aunque ninguno avanzó a condena del enjuiciado. (Gaddafi murió el mismo año en que se expidió orden de arresto en su contra [2011], el caso de Kenyatta se cerró por falta de pruebas [2011], Ngagbo fue absuelto de cargos [2019], Al Bashir sigue con orden de aprehensión vigente y a la fecha no ha sido entregado a la Corte, aunque se encuentra bajo arresto en Sudán²⁹⁰).

-
- 284 Otrora jefe de Estado de la República de Kampuchea durante el régimen de los yémeres rojos a finales de los años 1970. Cortes de Cambodia, *Prosecutor v. Samphan* (2014).
- 285 AKANDE (2004), p. 417, destaca que la inaplicación de la inmunidad personal para los agentes estatales de Sierra Leona y Camboya se funda en su renuncia por ambos Estados en los acuerdos que suscribieron con el Secretario General de las Naciones Unidas para la creación de dichos tribunales.
- 286 Presidente de Sudán, por conductas genocidas en la región de Darfur. Orden de arresto en su contra, no obstante, permanece en su cargo en tal época, debido a que los Estados no están obligados a arrestarlo mientras Sudán no renuncie la inmunidad de su presidente. Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Omar Al Bashir* (2010, caso N° ICC-02/05-01/09), p. 10.
- 287 Gobernante de Libia por 42 años, fue requerido su arresto en junio de 2011, falleciendo en octubre de ese mismo año, tras su captura. Sigue vigente la captura en contra de su hijo. Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi* (caso N° ICC-01/11-01/11).
- 288 Aunque en 2019 la Trial Chamber I lo absolvió de los cargos en su contra por la situación de presuntos crímenes en Costa de Marfil mientras fue jefe de Estado (2000-2011). Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (caso N° ICC-02/11-01/15).
- 289 Jefe de Estado en ejercicio de la República de Kenia. Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta* (caso N° ICC-01/09-02/11-38). Aunque los cargos fueron retirados en 2011 por falta de prueba.
- 290 "In Sudan, ICC prosecutor says al-Bashir must be tried over Darfur", Aljazeera News, 20 octubre de 2020. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2020].

2.5 Jurisdicción universal y tribunales penales internacionales

2.5.1 La jurisdicción internacional

Si bien la aplicación de la **jurisdicción coercitiva** se limita generalmente al territorio nacional, en derecho internacional se admite que, en determinadas circunstancias, un Estado puede extender el ámbito de aplicación del derecho nacional respecto de sucesos que se producen fuera de su territorio (**jurisdicción extraterritorial**) y juzgarlos.

Se reconocen varios principios que autorizan esta extraterritorialidad:

- El principio de la nacionalidad o **principio de personalidad activa** (actos cometidos por personas que tienen la nacionalidad del Estado en cuestión);
- El **principio de personalidad pasiva** (actos perpetrados contra nacionales del Estado en cuestión); o
- El **principio de protección** (actos que afectan a la seguridad del Estado).

Mientras que estos principios requieren que haya algún tipo de vínculo entre el acto cometido y el Estado que ejerce jurisdicción, no ocurre lo mismo con la **jurisdicción universal**, la cual establece la competencia para conocer de crímenes independientemente del **lugar** en que se hayan cometido, la **nacionalidad** del autor o de la víctima, y el **contexto** en el que se efectuaron (paz o guerra).

Se considera que la jurisdicción universal se aplica a los principales crímenes internacionales, concretamente crímenes **de guerra**, **de lesa humanidad** y **genocidio**, cuya represión por parte de todos los

La jurisdicción universal complementa, a la vez que exceptúa, el principio de territorialidad, declarando la competencia de una jurisdicción nacional para el enjuiciamiento de delitos cometidos fuera de sus fronteras.

Estados está justificada o es una exigencia por ser una cuestión de política pública internacional y de algunos tratados internacionales.²⁹¹

Con posterioridad –temporalmente, en el desarrollo del derecho internacional– surge la **jurisdicción penal supranacional**, para juzgar a quienes hayan cometido este tipo de crímenes graves del derecho penal internacional, en caso que los tribunales nacionales no quieran o no puedan actuar, en circunstancias de que todo Estado está obligado a investigar, perseguir y castigar o extraditar a los autores de estas acciones oprobiosas que están en el territorio bajo su jurisdicción.²⁹²

De esta manera, la jurisdicción universal complementa, a la vez que exceptúa, el principio de territorialidad, declarando la competencia de una jurisdicción nacional para el enjuiciamiento de delitos cometidos fuera de sus fronteras. Las cortes domésticas se ponen al servicio de la comunidad internacional y pueden iniciar procedimientos criminales en contra de presuntos ofensores de este tipo de normas, sin requerir de ninguna especial autorización por parte de algún cuerpo o ente internacional. Ello, porque se parte de la premisa que existe una comunidad internacional concebida bajo valores comunes, por lo que se asume que, en principio, todo Estado tiene interés en tomar medidas para reprimir ofensas contrarias al mantenimiento de los derechos básicos de todos los seres humanos.²⁹³

La aplicación de la jurisdicción universal a un particular crimen internacional se fundamenta en dos factores. Primero, ciertos crímenes

291 ICRC (2014), p. 1.

292 JOYNER (1996), p. 168-169; NEWTON (1996), p. 65; BASSIOUNI (1996b), pp. 63 y 65; KELLEY (1999), p. 364; MOHOR y VARAS (2000), pp. 97-98; FOX (2002), p. 526; DE WET (2004), p. 98; TOMUSCHAT (2005), pp. 131-133; JANIS y NOYES (2006), p. 149; CADENA (2010), pp. 236-237; SANDOVAL (2010), pp. 204-206; STEPHEN (2012), pp. 84-85. Sin embargo, tal como lo manifiesta PHILIPPE (2006), p. 434, los Estados que han tratado de aplicar el principio de jurisdicción universal de manera sistemática y concreta, basándose en su legislación nacional, no han tardado en darse cuenta de que las limitaciones de la diplomacia contrastan con el concepto de jurisdicción universal. Lamentablemente, las razones políticas han prevalecido sobre el razonamiento jurídico en muchos casos. A veces, es inevitable preguntarse si los debates sobre esos principios no son más que un ejercicio académico sin resultados tangibles.

293 JOYNER (1996), pp. 167-171; BASSIOUNI (1996b), p. 66; ARRAU (2005), p. 11; TOMUSCHAT (2005), pp. 123-129; DONOVAN y ROBERTS (2006), pp. 142-143; AGUILAR (2006b), pp. 344 y 358; PHILIPPE (2006), pp. 435-437; RODRÍGUEZ (2007), p. 1.

son tan graves o atroces que forman parte del *jus gentium* o derecho de las naciones, es decir, el crimen internacional es reconocido universalmente como un acto criminal, lo cual es considerado un asunto grave que concierne a toda la comunidad internacional; por tanto, no puede ser dejado a la exclusiva jurisdicción de un Estado que tendría el control sobre él en circunstancias ordinarias, y además debe tenerse presente que el bien jurídico protegido es la dignidad de la humanidad toda, que incluye a la comunidad internacional y excede el simple ámbito de la misma al alcanzar a los individuos mismos.

Segundo, los individuos que cometen este tipo de ofensas dejan de ser considerados en su carácter de nacionales de un Estado y se transforman en *enemigos comunes de la humanidad*, sujetos a la jurisdicción de cualquier Estado; por tanto, se ha de considerar que la efectiva prosecución y castigo de estos crímenes es esencial en cuanto previene la comisión futura de este tipo de actos, protege los derechos humanos y las libertades fundamentales, y promueve la paz y seguridad internacionales.²⁹⁴

No es necesario que la jurisdicción universal esté establecida en algún instrumento internacional, pues se desprende de la gravedad de las violaciones y su ejercicio ha sido fundado en normas consuetudinarias de derecho internacional.²⁹⁵ Sin embargo, si existen normas consuetudinarias y tratados respecto de una misma materia, las Cortes suelen inclinarse por seguir el texto escrito, pues será más específico y preciso que la regla consuetudinaria.²⁹⁶

El primer intento de jurisdicción universal amparada en un instrumento internacional se constata respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. En 1945 se constituyó el Tribunal de Núremberg para juzgar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, y en 1946 el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, en base a los principios de la jurisdicción universal,

294 JOYNER (1996), pp. 153 y 168-171; BIANCHI (1999), p. 250; BRADLEY y GOLDSMITH (1999), pp. 2133-2134; VAN SCHAACK (1997), p. 2278; AGUILAR (2006b), pp. 340, 342 y 358.

295 FOX (2002), p. 527; AGUILAR (2006b), pp. 340 y 346.

296 SIMON (2001), pp. 307 y 311-312; ZAPPALÀ (2001), p. 605.

sin imponerse ninguna limitación a la jurisdicción de estos tribunales. Después, es posible encontrar la regla en los Convenios de Ginebra, pues confieren a todos los Estados parte la competencia de dictar sentencia en caso de violaciones graves del derecho humanitario. Así, el artículo 49.2 del I Convenio, el artículo 50.2 del Convenio II, el 129.2 del Convenio III y el artículo 146.2 del IV Convenio, contienen idéntica disposición:

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y **deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad**. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra parte contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”.

Del mismo modo, existe un avance en cuanto al reconocimiento de la jurisdicción universal en instrumentos internacionales, pero acotada a los Estados parte contratantes del Convenio, en el caso de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos, crueles o degradantes. Los artículos 5° a 9° de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de las Naciones Unidas, establecen el principio *aut dedere aut judicare*, en virtud del cual existe una **obligación de extraditar**; pero en el evento de que una persona no pueda ser extraditada, se encuentra el Estado **obligado** a someter a proceso al responsable del delito si este se encuentra **en su territorio**, sobre la base de la jurisdicción universal.

Además, expresamente se afirma que la Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales, por lo que la competencia universal de los tribunales nacionales para conocer del delito de tortura debe considerarse permitida por el derecho internacional en cualquier circunstancia.

Respecto a los Estados no parte en la Convención, pueden ejercer la jurisdicción universal en base al derecho internacional consuetudinario; así, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha indicado que el derecho de cada Estado para

investigar, perseguir y castigar o extraditar individuos acusados de tortura presentes en el territorio bajo su jurisdicción, es una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* atribuido por la comunidad internacional a la prohibición de la tortura.²⁹⁷

En cuanto a la **esclavitud**, tradicionalmente ha estado sometida a las jurisdicciones territoriales de los Estados. Así, en la Convención de Abolición de la Esclavitud de 1926 se dispone solo que los Estados tomarán las medidas útiles para prevenir y reprimir la esclavitud (artículo 3°), lo cual se repite en el Convenio de Ginebra sobre la Alta Mar, de 1958 (artículo 13). Tampoco el Protocolo de 1953, ni el Convenio complementario de 1956, dicen nada a este propósito.²⁹⁸ Al respecto se ha de considerar que, aunque la jurisdicción universal no se encuentre expresamente establecida en estos instrumentos internacionales que codifican la esclavitud, los hechos delictivos de tal carácter pueden ser perseguidos a través de la jurisdicción universal, pues ello se desprende de una norma de derecho consuetudinario que tienen por objeto impedir la impunidad de este tipo de ilícitos.

Lo propio ocurre respecto del delito de **genocidio**, pues si bien el artículo 6° de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG), no se refiere expresamente a la jurisdicción universal, tampoco la excluye; por tanto, se ha interpretado que puede operar perfectamente respecto de este ilícito de no cumplirse las exigencias del mencionado artículo: “las personas acusadas de genocidio (...) serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Así, de no existir tribunales competentes que juzguen el acto criminal, sea un tribunal nacional, el del lugar de comisión de la conducta, o internacional de acuerdo a la Convención, cualquier Estado podría arrogarse competencia para tomar conocimiento e investigar este

297 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Furundzija (1998), caso N° IT-95-17/1-T) párrafo 156; BOU (2002), p. 285.

298 Fernández Flores de Funés (2005), p. 570.

crimen, basado en el derecho internacional consuetudinario, que confirma que es *opinio iuris* de todos los Estados, como corolario de un interés legal único compartido realmente por todos ellos, que en el caso de la prohibición del genocidio corresponde en principio a todos los Estados dictar sentencia; ello, reforzado con consideraciones tales como la nacionalidad de las víctimas, el carácter de *ius cogens* de la norma, o el efecto *erga omnes* en cuanto a la obligación de persecución y castigo de este tipo de conductas.

Cabe hacer notar que algunos hacen una interpretación limitativa de este precepto, entendiendo que la CPSDG no deja margen a las actuaciones judiciales de terceros Estados, sino que limita la jurisdicción al tribunal del territorio en que se cometió el acto o a la jurisdicción de un tribunal internacional. De acuerdo a Tomuschat, esta interpretación restrictiva es absurda pues colocaría en una peor situación a los Estados parte de la Convención que a aquellos que no la hayan ratificado, ya que estos últimos podrán arrogarse la jurisdicción universal en base al derecho internacional general.

La jurisdicción universal puede ser ejercida libremente por un Estado, a menos que exista un deber convencional de no hacerlo; en ausencia de una clara indicación en ese sentido en esta Convención, la respuesta a si el genocidio es un crimen susceptible o no de jurisdicción universal debe ser buscada en el derecho internacional general.

Por su parte, no se ha de olvidar el deber general de persecución y castigo de este crimen establecido en el artículo 1º de la Convención: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”; así, el negar la jurisdicción universal respecto de este crimen atentaría directamente contra esta disposición de la Convención.

Conforme a Santos, sería el desarrollo del derecho internacional posterior al Convenio el que legitimaría la actuación extraterritorial universal para perseguir a los presuntos autores del delito de genocidio, evolución que vienen refrendada por la filosofía que subyace al propio Convenio, la cual pretende evitar la impunidad del más grave de los crímenes contra la humanidad. Hacer una interpretación

restrictiva del artículo 6° del Convenio, no permitiendo la jurisdicción universal a su respecto, desconocería los avances posteriores que se han alcanzado en la represión de otros crímenes. Con ello se produciría la paradoja de que, para la represión del crimen más grave, la comunidad internacional dispondría de menos instrumentos que para otros de menor entidad, ya que ni siquiera se incluye en el Convenio el principio *aut dedere aut judicare*.²⁹⁹

En cuanto al **desarrollo jurisprudencial**, es posible encontrar un reconocimiento incipiente del principio de jurisdicción universal en el caso Lotus, decidido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927. El fallo asevera que no existe regla de derecho internacional que prohíba a un Estado procesar a un extranjero por actos cometidos fuera de sus fronteras, por tanto, el principio de territorialidad no es exclusivo ni excluyente. Si bien es cierto que en todos los sistemas el principio de territorialidad de la ley penal es fundamental, también lo es que la mayoría extiende su acción a ofensas cometidas fuera de su territorio; la territorialidad de la ley penal no es un principio de derecho internacional absoluto y de ningún modo coincide con la soberanía territorial.³⁰⁰

Por su parte, en el ámbito de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, ha afirmado la jurisdicción universal de los crímenes de tortura y otros del Derecho Internacional Humanitario, pues tratándose de infracciones graves los Estados están obligados a perseguir o extraditar a los presuntos infractores.³⁰¹

La jurisdicción universal no es un principio meramente teórico y ha tenido aplicación práctica en tribunales nacionales extranjeros e internacionales. Por ejemplo, no se puede dejar de mencionar el caso de referencia obligada en la literatura, *Attorney General of Israel v.*

299 Cfr. GÓMEZ (2000), p. 285; TOMUSCHAT (2005), p. 137; SANTOS (2006), p. 9.

300 Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso Lotus (1927, serie A N° 10) pp. 14-16.

301 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso Tadic (1995, caso N° IT-94-1) párrafos 62, 79; Caso Furundzija (1998, caso N° IT-95-17/1-T) párrafo 156; Caso Delacic *et. ál.* (1998, caso N° IT-96-21-T) párrafo 200; Caso Delacic *et. ál.* (2001, caso N° IT-96-21-A) párrafo 165; Caso Hadzihanovic *et. ál.* (2006, caso N° IT-01-47-T) párrafo 148 N° 275.

Eichmann (1961)³⁰²; los casos de genocidio en Bosnia en la década de los noventa³⁰³; la detención de Pinochet en Londres a solicitud del juez español Baltazar Garzón, quien expide órdenes internacionales de detención y autos de prisión provisional incondicional por crímenes internacionales de genocidio y tortura cometidos, principalmente en Chile, durante el periodo en que él era jefe de Estado³⁰⁴; crímenes cometidos en Guatemala, perpetrados entre los años 1978 y 1986 por una diversidad de personas que ejercieron en dicho periodo funciones públicas de carácter civil y militar, perseguidos en España.³⁰⁵

-
- 302 En el cual Israel se atribuyó jurisdicción penal extraterritorial acerca de hechos que tuvieron lugar en Alemania, pero no por ser judías algunas de sus víctimas, sino por entender que ciertas conductas, por su gravedad, constituían crímenes de carácter internacional y jurisdicción universal, conforme al derecho internacional consuetudinario. Adolf Eichmann fue procesado por crímenes en contra del pueblo judío, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, ocurridos en Alemania y Europa bajo el régimen de Hitler, ello en base a la legislación israelí (*Nazis and Nazi Collaborators Punishment Law* 5710-1950) que permitía procesar en Israel a nazis y sus colaboradores por este tipo de crímenes de forma retroactiva y extraterritorial. Corte de Jerusalén, *Attorney General v. Eichmann* (1961, caso N° 40/61). Se ha de destacar que las críticas vertidas al Estado israelí no lo fueron por esta atribución competencial a sus órganos judiciales, sino por su comportamiento expeditivo y falta de respeto a las convenciones internacionales por el secuestro del sujeto reclamado el año 1960 en Buenos Aires por parte de agentes de los servicios secretos israelíes con Iser Harel como jefe de la operación, sin que mediara procedimiento de extradición, y su posterior ejecución en mayo de 1962. GÓMEZ (2000) p. 287 nota 20; TOMUSCHAT (2005) p. 136.
- 303 Los individuos perpetradores comenzaron a ser enjuiciados en Austria y en Alemania. En 1994, una corte austriaca comenzó procedimientos penales, basado en los principios de la jurisdicción universal, para enjuiciar al serbio-bosnio Dusko Cvjetkovic por el crimen de genocidio cometido en Bosnia y Herzegovina. El Tribunal Supremo Austriaco declaró admisible el caso amparándose en la Convención del Genocidio y el artículo 65 de su Código Penal, que establece que los tribunales austriacos pueden ejercer la jurisdicción universal frente a crímenes amparados por el derecho nacional, siempre y cuando la conducta sea punible en el lugar en que el delito fue cometido. Y, si el sospechoso es extranjero en el momento en el que se inicia el proceso, los tribunales austriacos tendrían jurisdicción si: 1) el sospechoso se encuentra en territorio austriaco, y 2) no puede ser extraditado por razones diversas a la propia naturaleza del delito. La Corte Suprema Austríaca, en sentencia de 13 de julio de 1994, sostuvo que las cortes austriacas podían ejercer jurisdicción sobre Cvjetkovic, pues si bien el artículo 6° de la CPSDG nada especificaba respecto a juzgar en cortes de otro tribunal nacional, la Corte considera que la norma presupone el funcionamiento del sistema de justicia criminal en el Estado donde el crimen fue cometido, lo cual no ocurría en el caso, y dado que aún no funcionaba un tribunal penal internacional, el propósito de la Convención sería frustrado si los tribunales austríacos no ejercieran jurisdicción. Tras esta decisión, el 27 de julio de 1994 fue emitida una acusación en contra de Cvjetkovic en el Tribunal del Distrito de Salzburg y prosiguió un juicio por los cargos de genocidio y asesinato. El jurado encontró que la evidencia era insuficiente para determinar su papel en el genocidio bosnio, y fue absuelto de todos los cargos el 31 de mayo de 1995. VAN SCHAACK (1997), p. 2279; REDRESS (1999), pp. 16-17, FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (2004), pp. 42-3; TOMUSCHAT (2005), p. 138; Resolución del Tribunal Supremo Austriaco (*Oberster Gerichtshof*), 150s99/94, 13 de julio de 1994.
- 304 GAMBOA (1999), pp. 80-84; FOX (1999), pp. 207-208; GÓMEZ (2000), pp. 277-280; Audiencia Nacional (España), Auto de la sala penal confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena (1998, rollo de apelación 173/98).
- 305 Tribunal Constitucional español (2005, sentencia N° 237/2005) párrafo 1 de la sección II con los fundamentos jurídicos de la sentencia. Se advierte que el Tribunal Constitucional cita fallos anteriores (STC 21/1997, STC 87/2000) en los cuales ya había puesto de manifiesto que la norma española que atribuye conocimiento a los órganos judiciales españoles de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la ley penal española,

2.5.2 La máxima *aut dedere, aut judicare*

Los Estados tienen la obligación de juzgar a los imputados de graves crímenes internacionales o de extraditarlos, de acuerdo con la máxima *aut dedere, aut judicare*. Por tanto, cuando no se castiga a quien es responsable de estas conductas, so pretexto de falta de tipicidad o inexistencia de penas para la figura delictiva internacional en el derecho interno, no fluye la impunidad sin más: siempre queda a salvo la posibilidad de su conocimiento en foro externo, ya sea en un tribunal nacional extranjero o ante la Corte Penal Internacional.

Así, el objetivo del principio *aut dedere, aut judicare*, la jurisdicción universal y la jurisdicción internacional penal es “luchar contra la impunidad”³⁰⁶, entendida esta como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”³⁰⁷.

Los **cuatro Convenios de Ginebra**, en un artículo común, contemplan un mecanismo idéntico para el enjuiciamiento de personas acusadas de haber cometido infracciones graves. El principio subyacente es el

entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional. El fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes. *Cfr. Íd.*, párrafo 3.

306 *Cfr.* Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas Suplemento Nº 10 (A/62/10) párrafo 356; Cuarto informe del relator especial Galicki, Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.4/648, párrafo 39.

307 Cuarto informe del relator especial Galicki, Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.4/648, párrafo 30 Nº 24. Destaca esta definición de impunidad habida en el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 8 de febrero de 2005 (E/CN.4/2005/102/Add.1). Asimismo, el relator, en *Íd.* párrafos 34-36, 34, afirma que es “innegable que la lucha contra la impunidad de los autores de crímenes internacionales graves es una política fundamental de la comunidad internacional”, y que para combatir la impunidad de los autores de estos crímenes se utiliza la creación de tribunales internacionales (método limitado, dado que los tribunales internacionales tienen necesariamente una jurisdicción restringida) y el ejercicio de jurisdicción por los tribunales nacionales. También, *cfr.* GOODWIN-GILL (1999), p. 209; AGUILAR (2009b), pp. 444-445.

establecimiento de la jurisdicción universal, siendo un rasgo característico la obligación de enjuiciar con la posibilidad alternativa de extraditar al acusado; la obligación de buscar y enjuiciar al presunto infractor parece imponerse con independencia de que exista una solicitud de extradición por otra parte.³⁰⁸ Conforme a un estudio realizado en el seno de la Naciones Unidas, en estos Convenios la obligación de juzgar existe *ipso facto*, en el sentido de que surge tan pronto como se determina la presencia del presunto delincuente en el territorio del Estado de que se trate, con independencia de cualquier solicitud de extradición. Solamente cuando dicha solicitud se efectúa, el Estado tiene ante sí una vía de acción alternativa, que es entregar al presunto delincuente a otro Estado para su enjuiciamiento. En otras palabras, en ausencia de solicitud de extradición, la obligación de juzgar es **absoluta**, pero una vez que se ha presentado la solicitud,

308 Párrafo 2 de los artículos 49, 50, 129 y 146 de los Convenios de Ginebra: "Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes". Cada Convenio contiene un artículo en el que se describe qué actos constituyen infracciones graves, el cual figura inmediatamente a continuación de la disposición sobre la extradición o el enjuiciamiento. En los Convenios de Ginebra primero y segundo, ese artículo es idéntico (arts. 50 y 51, respectivamente): "Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente". Por su parte, el artículo 130 del Convenio tercero tiene el siguiente tenor: "Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio". En tanto, el artículo 147 del Convenio cuarto dispone lo siguiente: "Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario".

el Estado en cuestión puede elegir con carácter **discrecional** entre la **extradición** o el **enjuiciamiento**.³⁰⁹

En relación con las convenciones contra la tortura, ambas combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento, siendo ambiguas respecto de si la obligación de enjuiciamiento surge *ipso facto* o solamente una vez que se haya presentado una solicitud de extradición y esta no se haya concedido. De acuerdo al Estudio de las Naciones Unidas, la interpretación según la cual este tipo de disposiciones impone la obligación de juzgar, con independencia de cualquier solicitud de extradición, puede encontrar apoyo hoy en día en la jurisprudencia del Comité contra la tortura, que asevera que la obligación de enjuiciar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición del mismo, y que la alternativa que se ofrece al Estado existe solo si se ha formulado efectivamente una demanda de extradición, caso en el cual el Estado parte se encuentra en la situación de escoger entre proceder a esa extradición o someter el caso a sus propias autoridades judiciales para iniciar la acción penal, y esto porque la disposición tiene por finalidad evitar la impunidad de todo acto de tortura.³¹⁰

Por tanto, se hace necesario destacar la observación del relator especial en su cuarto informe, en cuanto distingue dos tipos de tratados: a) los tratados que subordinan la obligación de juzgar a que se haya denegado la solicitud de extradición del presunto autor del delito. Esos tratados incluyen una cláusula *aut dedere aut judicare* en el sentido clásico del término; y b) los tratados que obligan a los Estados a ejercer la jurisdicción universal con respecto a los autores de los delitos graves previstos en esos instrumentos sin subordinar esa obligación a que se haya denegado una solicitud previa de extradición. Esos tratados incluyen una cláusula *judicare vel dedere*.³¹¹

309 Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CN.4/630, párrafos 127-128, el cual también destaca que el artículo 88, párrafo 2, del Protocolo Adicional I a los CG insta a los Estados partes a “tomar debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada”, apuntando a la idea de que sería preferible el enjuiciamiento en este último Estado.

310 Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CN.4/630, párrafo 130. Véase arts. 5 a 7 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU), y 12 a 14 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura (OEA).

311 Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.4/648, nota 56.

Por otra parte, también se ha de enfatizar, como se advirtió en el seno de la CDI, que el principio de no extradición de los nacionales, consagrado en varias legislaciones y constituciones, desempeñó un papel crucial en la decisión de los gobiernos de elaborar un mecanismo para juzgar a los autores de delitos, que combinara las opciones de enjuiciamiento por el Estado en que se encuentre la persona o extradición a otro Estado que alegue tener un vínculo especial con el delito.³¹²

El relator especial ha considerado pertinente que la CDI indague si la obligación de extraditar o juzgar “se deriva exclusivamente de los tratados pertinentes o si constituye también una obligación general de derecho internacional consuetudinario, al menos en lo que se refiere a determinadas infracciones internacionales”.³¹³ Afirma que “si bien un grupo amplio y cada vez más numeroso de autores se inclina por configurar la obligación jurídica internacional de *aut dedere aut judicare* como un deber general fundado no solo en las disposiciones de determinados tratados internacionales, sino también en normas consuetudinarias obligatorias *erga omnes*, al menos en lo que se refiere a ciertas categorías de delitos”, no existe consenso en la doctrina entorno a esta cuestión.

Destaca que algunos autores han tratado de demostrar la existencia de dichas normas consuetudinarias a partir de la práctica general derivada de los tratados, concluyéndose razonablemente que, si un Estado ha firmado y ratificado un número considerable de tratados que contienen la fórmula *aut dedere aut judicare*, dicho Estado habrá

312 Cfr. Elementos de base para las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema ‘La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)’; Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.4/L.774, párrafo 15.

313 Considerar la existencia de un derecho internacional consuetudinario en la materia es importante, pues los crímenes de *ius cogens*, como los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, son delitos reconocidos en virtud del derecho internacional consuetudinario (Cfr. Segundo informe del relator especial en la materia; Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.4/585, párrafos 10, 54 y 102-104). Además no se ha de olvidar, tal como lo destaca el relator especial en su tercer informe (Cfr. Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.4/603, párrafo 30), que si bien los tratados internacionales gozan de un reconocimiento general como fuente de la obligación de extraditar o juzgar, ello de modo alguno impide el reconocimiento de las normas consuetudinarias internacionales como posible fundamento de la tipificación de ciertos actos y como fuente de la obligación de extraditar o juzgar de los Estados, cuando menos respecto de las personas que cometan tales actos.

demostrado mediante esa práctica que el principio es una norma consuetudinaria, pues el Estado articula la creencia de que tal principio es una norma aceptada y el instrumento más eficaz para prevenir ciertas conductas.³¹⁴

En 2009, un grupo de trabajo presidido por Alain Pellet propuso un marco general para el examen de la temática por parte de la CDI. En relación a la fuente consuetudinaria del principio, estimaron necesario examinar “si la obligación de extraditar o juzgar encuentra un fundamento en derecho internacional consuetudinario, y en qué medida; si la obligación de extraditar o juzgar está vinculada indisolublemente con ciertos delitos de derecho consuetudinario (por ejemplo, la piratería); si el reconocimiento de una infracción penal como crimen internacional es una base suficiente para la existencia de una obligación de extraditar o juzgar según el derecho internacional consuetudinario; si no es así, ¿cuál es o cuáles son los criterios decisivos? ¿Pertinencia del carácter de *jus cogens* de una norma que erige determinados comportamientos en crímenes?”³¹⁵

En el cuarto informe del relator especial, del año 2011, se avanza en otorgar una respuesta a estas interrogantes. Se constata que en la doctrina se ha demostrado que existe una norma incipiente que exige el enjuiciamiento de quienes cometen delitos de lesa humanidad, en base a práctica de los Estados, resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, declaraciones exhortatorias de las conferencias internacionales e informes del Secretario General de las Naciones Unidas. Sin embargo, en opinión del relator, es “complicado y difícil encontrar y probar la existencia de un fundamento consuetudinario de la obligación en cuestión, en relación tanto

314 Véase Informe preliminar del relator especial, en Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.4/571, párrafos 6, 40 y 41; Observaciones de la Comisión de Derecho Internacional a este informe, en Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas Suplemento N° 10 (A/61/10) párrafos 216 y 231; Informe de la Comisión de Derecho Internacional respecto del Segundo informe del relator especial, en Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Suplemento N° 10 (A/62/10) párrafos 349, 354 y 366; Tercer informe del relator especial, en Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.4/603, párrafos 40 y 125; Observaciones de la Comisión de Derecho Internacional al Tercer informe del relator especial, en Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Suplemento N° 10 (A/63/10) párrafos 319 y 326.

315 Véase marco general propuesto por el grupo de trabajo en Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Suplemento N° 10 (A/64/10) párrafo 204.

con una obligación en general como con categorías específicas y limitadas de crímenes”, y que por tanto es preferible centrarse “en determinar las categorías concretas de crímenes que pueden dar lugar a esa obligación consuetudinaria”. Para este cometido, alude como interesante el intento de la CDI a propósito del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, pues el artículo 9 caracteriza a determinados tipos de crímenes como aquellos que al cometerse generan la necesidad de cumplir la obligación de extraditar o juzgar (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, y crímenes de guerra). También enfatiza que el *ius cogens* puede ser fuente de la obligación de extraditar o juzgar, culminando con la siguiente propuesta de artículo en la materia.³¹⁶

316 Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/CN.4/648 párrafos 74-95. Se señalan, como destacados representantes de la postura de la existencia de una norma incipiente que exige el enjuiciamiento de quienes cometen delitos de lesa humanidad en base a la práctica de los Estados, a Bassiouni, Sadat, Edelenbos, Orentlicher y Roth-Arriaza. Podemos agregar que en el ámbito de las reuniones académicas de internacionalistas destaca, en la última década, el XXIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Granada, 2006), en el cual consta como cuarta conclusión que “la práctica reciente de numerosos Estados manifiesta una tendencia al progresivo reconocimiento de la jurisdicción penal universal en los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura u otros delitos especialmente graves contra los derechos humanos, en los que los Estados tienen el deber de procesar o extraditar a las personas acusadas de los mismos”.

También se indica que se suele citar, como el primer documento en el que se reconoce internacionalmente una obligación dimanante del derecho consuetudinario que impone el enjuiciamiento de los autores de crímenes de lesa humanidad, a la Declaración sobre el Asilo Territorial, de 1967 (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2312, XXII), aunque los antecedentes del proceso de elaboración de esta resolución sugieren que el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad únicamente era una expresión de deseo y no tenía por objeto crear obligaciones jurídicas (“la mayoría de los miembros destacaron que el proyecto de declaración que se estaba examinando no tenía por objeto postular normas jurídicas ni cambiar las normas vigentes del derecho internacional, sino establecer principios humanitarios y morales amplios en los que pudieran confiar los Estados en la labor de unificación de sus prácticas en relación con el asilo”). Luego, el relator alude a la declaración de Eric David en 2009 en la causa ventilada ante la Corte Internacional de Justicia, relativa a Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), en cuanto la norma *judicare vel dedere* es una norma de derecho internacional consuetudinario expresada en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 1973: “1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”.

El relator además señala que hacia el año 2009, en el 64º periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, delegaciones como Hungría, México, Cuba, la República Islámica de Irán y el Uruguay consideraron que la fuente de la obligación de extraditar o juzgar no se limitaba a los tratados internacionales y era de naturaleza consuetudinaria, en particular respecto de los delitos internacionales graves, tales como la piratería, la trata de esclavos, el *apartheid*, el terrorismo, la tortura, la corrupción, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

“Artículo 4. La costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*.

1. Todos los Estados tienen la obligación de extraditar o juzgar a un presunto delincuente si esa obligación deriva de las normas consuetudinarias del derecho internacional.
2. Esa obligación puede proceder, en particular, de las normas consuetudinarias del derecho internacional relativas a (las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra).
3. La obligación de extraditar o juzgar surgirá de toda norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados (*jus cogens*), en forma de tratado internacional o de costumbre internacional, que tipifique cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2”.

2.5.3 La jurisdicción penal internacional

La jurisdicción penal internacional es **supletoria** y **complementaria** a las jurisdicciones nacionales, sea que no se haya podido juzgar en base al principio de la jurisdicción universal o en virtud del principio de territorialidad, una vez operada la extradición. De esta forma, el Tribunal Penal Internacional **no reemplaza**, pero sí **complementa** el esfuerzo de los sistemas nacionales por hacer justicia respecto de quienes sean responsables de graves crímenes internacionales, siempre que el Estado sea parte del Estatuto del tribunal y de esa manera haya prestado su consentimiento en obligarse por su jurisdicción.

Chile es parte del sistema, pues ratificó el Estatuto de Roma.³¹⁷ Los primeros casos conocidos por la Corte fueron situaciones de graves violaciones a los derechos humanos en la República Democrática del Congo, Uganda y Sudán, remitidas por los propios países y por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el caso del Darfur sudanés.

317 Cfr. GÓMEZ-ROBLEDO (2002), p. 945; CASSESE (2003), p. 351; WERLE (2005), p. 74; BEKOU (2012), pp. 677-678; FUENTES (2011), p. 122 y 126; STEPHEN (2012), p. 60. Véase artículo 17 del ETPI.

El primer hito hacia la creación de una jurisdicción penal internacional permanente fue el establecimiento del Tribunal de Núremberg y de Tokio tras la Segunda Guerra Mundial³¹⁸ (1945-1948); más tarde, en 1993-1994, el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En 1998 se adoptó en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual entró en vigor en 2002. La Corte tiene su sede en La Haya, Países Bajos, y posee tres Cámaras separadas: de Asuntos preliminares, de Primera instancia y de Apelaciones.

Principios aplicables al funcionamiento de la Corte

1. Complementariedad. Funciona solo cuando un país no juzga o no puede juzgar los hechos de competencia del tribunal (art. 17 del Estatuto).
2. *Nullum crime sine lege*. El crimen debe estar definido al momento de la comisión y que sea competencia de la Corte (art. 22 del Estatuto).
3. *Nullum poena sine lege*. Un condenado por la Corte solo puede ser penado como ordena el Estatuto (art. 23 del Estatuto).
4. Irretroactividad *ratione personae*. Nadie puede ser perseguido por la Corte por hechos o delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (art. 24 del Estatuto).
5. Responsabilidad penal individual. No serán objeto de la pretensión punitiva las personas jurídicas, salvo como hecho agravante por asociación ilícita.
6. Exención de los menores de 18 años. La Corte no es competente para juzgarlos si eran menores de esa edad al momento de comisión del presunto crimen (art. 26 del Estatuto).

318 Con anterioridad, terminada la Primera Guerra Mundial (1919), los países victoriosos quisieron juzgar al Káiser Guillermo II de Alemania por el crimen de agresión, pero nunca se llegó a un acuerdo sobre la materia.

7. Irrelevancia del cargo oficial como eximente o atenuante. Todos son iguales ante la Corte, aunque así fuera un jefe de Estado (art.27 del Estatuto).
8. Imprescriptibilidad (art. 29 del Estatuto).
9. Responsabilidad por cumplimiento de cargo. No es eximente de responsabilidad penal (art. 31 del Estatuto); responsabilidad de mando (art. 28 del Estatuto); obediencia debida (art. 33 del Estatuto); eventual responsabilidad del Estado no se acaba por la responsabilidad penal del individuo (art. 25.4 del Estatuto).

Investigación y juzgamiento

La investigación de los hechos que fueran constitutivos de delitos se puede iniciar por tres formas (artículos 13-15 del Estatuto):

1. Por remisión de un Estado parte a la Corte de una situación particular.
2. Por solicitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas bajo el Capítulo VII de la Carta de la Naciones Unidas (se aplica el veto invertido).
3. De oficio por el Fiscal de la Corte, quien puede archivar los antecedentes o presentar una acusación. La acusación es revisada por la Cámara de Asuntos Preliminares y a) si es procedente, se acoge la acusación que pasa a ser conocida por la Cámara de Primera Instancia, donde se realiza el juicio; b) una vez absuelto o condenado, tanto el Fiscal como el condenado, en su caso, pueden apelar o casar ante la Cámara de Apelaciones.

Garantías del sometido a investigación

Se encuentran establecidas en el artículo 55 del Estatuto: no declarar contra sí mismo; guardar silencio; no declarar sino en presencia de su abogado; no ser objeto de coacción, intimidación o amenaza; intérprete; legalidad y no arbitrariedad de la privación de libertad; presunción de inocencia; debido proceso.

Penas y cumplimiento

Las penas que puede establecer la sentencia pueden ser de prisión por hasta un plazo no mayor de 30 años, o (por la gravedad de los crímenes) cadena perpetua, además de una multa y el comiso de las especies que sean de propiedad del condenado. El cumplimiento de la pena se puede llevar a cabo en el país sede de la Corte o en otro, de acuerdo con los convenios que se puedan establecer entre la Corte y otros países.

Cooperación de los Estados (arts. 86 y ss. del Estatuto)

Entre los mecanismos contemplados se encuentran el arresto de personas y entrega a la Corte; la detención provisional; prácticas de diligencias probatorias; protección de víctimas y testigos de pruebas; ejecución de las personas privativas de libertad; ejecución de multas y decomisos.

2.6 Relaciones con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional son tres **ramas autónomas**, con aplicaciones en **ámbitos específicos** y con **órganos independientes** entre sí, están **íntimamente vinculadas**, constituyendo **distintas dimensiones** de un **mismo fenómeno**, que en definitiva persigue la protección de los derechos fundamentales de las personas bajo cualquier circunstancia, tiempo o lugar.

Tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Internacional Humanitario prohíben conductas que atentan contra la dignidad de la persona, pero no establecen una sanción para quienes vulneren su prohibición. Por tanto, quedan a merced del derecho penal de las jurisdicciones internas, las cuales suelen exonerar de responsabilidad a los perpetradores mediante reglas de prescriptibilidad o amnistiabilidad, con la concurrente impunidad. En cambio, el Derecho Penal Internacional establece una jurisdicción supranacional, que no solo determina la tipificación de las conductas, sino también explícita su penalidad.³¹⁹

La principal fuente escrita del Derecho Internacional Humanitario, los Convenios de Ginebra de 1949, son tratados con una alta ratificación formal en el mundo y gozan de una amplia aceptación por parte de los Estados, siendo ratificados por 194 Estados.³²⁰ Cada

319 Artículo 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: "Penas aplicables.

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;
b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe".

320 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2006), pp. 6 y 13; CRUZ ROJA AMERICANA (2006), pp. 1 y 4. Refieren a la ratificación de los Protocolos I y II de 1977 que complementan las Convenciones, ampliando las normas humanitarias recogidas en ellas; señala que hasta el año 2006, 166 países habían ratificado el Protocolo I y 162 el II.

uno de estos instrumentos contiene un artículo 3° idéntico³²¹ en los cuatro casos, que plasma un parámetro mínimo de humanidad y cuyo contenido coincide en gran parte con el *núcleo duro* de los derechos humanos, núcleo que nos indica los derechos humanos más fundamentales e imperativos, los cuales se pueden descubrir al identificar aquellos derechos que no pueden suspenderse durante estados de excepción o emergencia.

En el terreno de los conflictos armados, se trata de consagrar la necesidad de un mínimo de trato humanitario; incluso en caso de guerra, “las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto de la persona humana”.³²² Dentro de este mínimo se consideran, especialmente, la protección de la vida y de la integridad física y mental, sin distinción de carácter desfavorable basada, por ejemplo en la raza, el color, el nacimiento, la fortuna, el sexo, etcétera. Queda por tanto prohibido el homicidio en todas sus formas; las mutilaciones; los tratos crueles, humillantes y degradantes; las torturas y suplicios; la toma de rehenes; los atentados a la dignidad personal; las condenas dictadas y las ejecuciones

-
- 321 Artículo 3° común a los CG: “En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las disposiciones siguientes: 1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color; la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. / A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas: a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios; b) La toma de rehenes; c) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los Pueblos civilizados./ 2. Los heridos y enfermos serán cuidados. / Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes. / Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor, por vía de acuerdos especiales, todo o parte de las demás disposiciones del presente Convenio. / La aplicación de las disposiciones que preceden no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes”.
- 322 PICTET (1986), p. 77. Se advierte que la Corte Constitucional de Colombia (en 2001, sentencia N° C-177/01, apartado VI sobre consideraciones y fundamentos del fallo; y en 2008, sentencia N° C-534/08, acápite V sobre consideraciones) ha reconocido que el derecho internacional humanitario coincide con el *núcleo duro* de los derechos humanos, “aquel núcleo intangible y evidente, que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado, pues ellos encarnan aquellas consideraciones elementales de humanidad, por lo que no se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico interno, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *ex-post facto*”.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege los derechos en tiempo de paz; el Derecho Internacional Humanitario, en caso de conflicto armado, mientras que el Derecho Penal Internacional sanciona las violaciones a los derechos humanos.

efectuadas sin previo juicio emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

El artículo 3º común establece normas humanitarias de naturaleza tan fundamental que hoy se les reconoce su carácter de *ius cogens*, norma imperativa y absoluta cuya derogación no es posible bajo ninguna circunstancia y cuya aplicación va más allá de cualquier vínculo convencional existente.³²³ Por su parte, el Derecho Penal Internacional reconoce el carácter de *ius cogens* de numerosos crímenes internacionales cuya prohibición de cometerlos es además una obligación *erga omnes*, es decir, se generan los deberes de perseguir o extraditar a quienes los hayan cometido; también hacen inaplicable los estatutos especiales, las inmunidades y la defensa de la obediencia de órdenes de superiores; y, su jurisdicción es universal.³²⁴

En síntesis, la convergencia entre disciplinas se da por el **bien jurídico protegido**.³²⁵ El Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege los derechos en tiempo de paz; el Derecho Internacional Humanitario, en caso de conflicto armado, mientras que el Derecho Penal Internacional sanciona las violaciones a los derechos humanos.

323 SINCLAIR (1973), pp. 123-124; GOWLLAND-DEBBAS (1994), p. 93; SALINAS (1998), pp. 81-82; PEJIC (2001), p. 61; CRAWFORD (2004), p. 294; DE ORY (2005), pp. 445 y 452; SHELTON (2006), p. 303; Corte Constitucional de Colombia (1995, sentencia N° C-225/95) párrafo 7 del apartado II con los fundamentos jurídicos; CtIDH: Caso Bámaca Velásquez (2000, serie C N° 70) voto concurrente del juez CANÇADO, párrafo 27; Caso Barrios Altos (2001, serie C N° 75) voto concurrente del juez CANÇADO, párrafo 25); *Opinión Consultiva* N° 18 (2003, serie A N° 18) párrafo 29 del voto concurrente del mismo juez.

SCHARF (1996), pp. 43 y 44, destaca que existe responsabilidad penal individual para quienes cometan actos atroces y una obligación estatal de perseguir a los responsables y castigarlos. Obligación absoluta, respecto de la cual no caben cláusulas de exclusión de la ilicitud del hecho ilícito (legítima defensa, contramedidas, estado de necesidad, consentimiento, etcétera), ni exclusiones de la responsabilidad penal a través de mecanismos como la inmunidad, la amnistía, o la prescripción.

Por su parte, la Cruz Roja ha precisado (CRUZ ROJA AMERICANA (2006), p. 1; COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2006), pp. 15-16) que los Estados deben respetar ciertos principios humanitarios, perseguir a los infractores de las normas del DIH e imponerles sanciones efectivas.

324 *Cfr.* v.g. BASSIOUNI (1996b), pp. 63 y 65-66. Respecto de los efectos que se generan de reconocerse el carácter de *ius cogens* de ciertos crímenes internacionales y las dificultades prácticas que han existido para darle plena aplicación, *cfr.* capítulos tercero y cuarto de este trabajo.

325 Por ejemplo, en los delitos de asesinato, de tortura, de exterminio, de genocidio, se protege principalmente el derecho humano a la vida y a la integridad física y psíquica; en los delitos de esclavitud, de encarcelamiento, de desaparición forzada, se protege el derecho humano a la libertad; en los delitos de persecución y de desaparición forzada de personas, de *apartheid*, se protege el derecho a no ser discriminado y a la igualdad ante la ley.

3

Relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional

3.1 Recepción, aplicación y jerarquía de los tratados internacionales en el derecho chileno

3.1.1 Teorías que explican las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno

Las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos de los Estados es un problema clásico, tratado en un intenso y ya antiguo debate académico que ha dividido a la doctrina en dos posiciones confrontadas: **dualismo** y **monismo**.

La pregunta fundamental que hay detrás de esta disyuntiva refiere a si ambos derechos forman un solo sistema normativo o si, por el contrario, forman dos sistemas distintos. ¿Cómo concurren ambos derechos cuando un conflicto requiere la aplicación de normas que operan simultáneamente? ¿Puede un tribunal interno aplicar derecho internacional? Y, en caso de conflicto, ¿cuál de los dos prima? (Montt, 2005, p. 25).

3.1.1.1 Teoría dualista o pluralista³²⁶

Cronológicamente, la más antigua postura es la dualista o pluralista, enunciada por el jurista alemán Triepel a fines del siglo XIX y complementada por el italiano Anzilotti, que considera que el derecho internacional (DI) y el derecho interno son dos sistemas jurídicos diferentes, paralelos, absolutamente separados el uno del otro, que poseen no solo fundamentos de validez, sino también destinatarios, ámbitos territoriales de aplicación y tribunales diferentes; se trata de dos planos que no se tocan, y que carecen del poder de alterar o modificar las reglas del otro.

Como consecuencia, la aplicación del DI en el derecho interno es simplemente el resultado de un llamado de este último en tal sentido y, en caso de conflicto, los tribunales locales han de aplicar

326 ANZILOTTI (1935), pp. 47-55; VERDROSS (1980), pp. 95-96; PASTOR (1991), p. 175; DETTER (1994), p. 166; BENADAVA (2004), pp. 77-78; ARBUET-VIGNALI y PUCEIRO (2005), pp. 391-393; CASSESE (2005), pp. 213-215; MONTT (2005), pp. 24-25; HENRÍQUEZ (2005), pp. 244-245; PAGLIARI (2007), pp. 187-188; VARGAS (2007), pp. 196-197; BROWNLIE (2008), pp. 31-32; SHAW (2008), p. 131; LLANOS (2011), pp. 11-13.

el derecho interno. Se ha de tener en consideración que esta escuela refleja un contenido político que corresponde a la ideología prevalente en el siglo XIX, época en la que se trata de defender y consolidar la soberanía de los Estados independientes, por sobre el idealismo internacionalista. Así, primero fueron dualistas los Estados latinoamericanos del siglo XIX, y luego, en el siglo XX lo fueron los Estados marxistas, pues de esta forma evitaban recibir la influencia liberal o capitalista vía el DI.

Algunos autores prefieren hablar de teorías pluralistas, en vista de la pluralidad de ordenamientos nacionales, razón por la que se puede considerar ambos rótulos como descriptivos de una misma posición doctrinal.

Las normas internacionales tienen sus propias fuentes, diferentes a las del derecho de los Estados: mientras el derecho internacional emana del acuerdo entre Estados, el derecho interno deriva de la voluntad exclusiva de un Estado. Los sujetos a los cuales se dirigen son diferentes: en el uno, a los Estados; en el otro, a los individuos, únicos receptores y destinatarios del derecho interno. Sus tribunales también son diferentes: en el primer caso, se constituyen luego de creado el conflicto y funcionan mientras este exista; en el segundo caso, los entes juzgadores existen con antelación y funcionan ordinariamente. Por último, poseen diferentes ámbitos territoriales de aplicación: la norma interna rige en el ámbito interno y las normas internacionales están hechas para regir las relaciones internacionales.

3.1.1.2 Teoría monista

A la teoría dualista se opone –desde principios del siglo XX– la doctrina monista, expuesta especialmente por el jurista vienés Kelsen. El monismo jurídico concibe las relaciones entre el DI y los derechos internos no como las relaciones de dos ordenamientos jurídicos diferentes y separados, sino formando parte de un único ordenamiento.

Bajo el presupuesto de la unidad del derecho, se propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente. La unidad implica que las normas se hallan subordinadas unas a otras, pero el DI integraría, sin más, el orden jurídico estadual. De esta forma, las relaciones entre el DI y el derecho interno han de ser de subordina-

ción, de manera tal que se pueden plantear dos hipótesis jurídicas: 1) El derecho interno prima sobre el derecho internacional; 2) El derecho internacional prima sobre el derecho interno.

Así pues, en doctrina se distingue entre monismo con primacía del derecho interno o tendencia nacionalista y monismo con primacía del derecho internacional o tendencia internacionalista. La primacía del derecho interno sobre el DI está basada en la teoría de la autolimitación del Estado y en el reconocimiento del derecho internacional por el Estado: “El Derecho internacional en definitiva deriva de la legislación interna de los Estados, pues resulta de acuerdos de los Estados Parte. Por la ausencia de autoridad supraestatal, cada Estado determina libremente cuáles son sus obligaciones internacionales y es, en principio, juez único de la forma de ejecutarlas” (Rousseau, 1966, p. 13).

Por su parte, la primacía del DI sobre el derecho interno se explica porque el primero regula las relaciones entre Estados jurídicamente iguales y en él existen normas que tienen una existencia objetiva, independiente de la voluntad de los Estados: “Es el derecho interno el que deriva del derecho internacional, ya que este último es concebido como un orden jurídico jerárquicamente superior. El derecho interno, siguiendo la fórmula kelseniana, es una derivación o delegación del derecho internacional”.³²⁷

Existen dos vertientes dentro de la doctrina monista, a saber: el *monismo radical o extremo* expuesto por Kelsen y un *monismo moderado o estructurado*, desarrollado por Verdross y Kunz. Para Kelsen, el derecho nacional y el derecho internacional no constituyen dos derechos independientes, sino uno solo, siendo ello posible únicamente a condición de que el fundamento de validez de ambos fuese común. Así se explica que, en principio, no es posible que exista un derecho interno que se oponga al derecho internacional, pues en caso de conflicto el primero adolecería *ipso facto* de nulidad.

327 ROUSSEAU (1966), p. 14; VERDROSS (1980), pp. 96-97; PASTOR (1991) pp. 175-176; DETTER (1994), p. 165; BENADAVA (2004), p. 78; CASSESE (2005), pp. 215-216; PAGLIARI (2007), p. 187; VARGAS (2007), pp. 197-199; BROWNLIE (2008), pp. 32-33; SHAW (2008), pp. 131-132; LLANOS (2011), pp. 14-21.

Para Verdross (1980, p. 97), en cambio, siempre existe la posibilidad de conflicto entre el derecho internacional y el derecho de los Estados, pero se solucionan en virtud de la unidad del sistema jurídico, sobre la base de la primacía del derecho internacional. En efecto, ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico-internacional invocando su derecho interno. De ahí que los órganos internacionales competentes puedan imponer, al Estado que promulgó una ley opuesta al derecho internacional, que proceda a su derogación o, por lo menos, a su no aplicación. De esta forma, la primacía del derecho internacional sostiene que no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, pero ante el derecho internacional ellas tienen la consideración de meros hechos, que pueden ser conformes o contrarios al derecho internacional y, en caso que sean contrarios a este último, dan lugar a una responsabilidad del Estado que las estableció.

Kunz, por su parte, precisa que en el derecho internacional general vigente no hay un procedimiento para invalidar una norma del derecho nacional que esté en contradicción con una norma del derecho internacional supra ordenado. Pero esta violación constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y lo expone a las sanciones del derecho internacional general.

3.1.1.3 Teoría de la coordinación

El debate entre dualistas y monistas es inacabable y sin resolución a favor de una u otra teoría, pues estas doctrinas antagónicas reflejan insuficiencias tanto teóricas como prácticas y sus diferencias conceptuales no parecen haber inspirado divergencias significativas en la aplicación del derecho internacional en los Estados.

En la práctica, se llega a la aplicación moderada de cualquiera de ellas; el derecho internacional no asume una posición a favor o en desmedro de alguna de ellas y a su vez no ha establecido una norma común acerca de la forma de hacer imperativa en el derecho interno la norma emanada del derecho internacional, dejando esto a la normativa doméstica de cada Estado. Así, la relación entre ambos ordenamientos es, fundamentalmente, una cuestión de cada Estado, de cada derecho estatal concreto, más que del sistema político internacional; el derecho internacional se limita a establecer que

los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales, pero no reglamenta la manera como aquellos introducen la norma internacional a su esfera jurídica propia. En otras palabras, al derecho internacional le resulta indiferente el medio, pero no el resultado: la falta de adaptación de la legislación interna a las obligaciones internacionales cuando ello es necesario para su aplicación, genera responsabilidad internacional del Estado.

En definitiva, las teorías solo vienen a disentir en el valor que le asignan a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de normas internacionales; monistas utilizan dicha responsabilidad para afirmar la primacía del derecho internacional, mientras dualistas enfatizan que dicha responsabilidad solo puede conllevar la obligación de pagar una reparación, pero nunca la anulación de la norma de derecho interno.³²⁸

En el siglo XXI, los publicistas evitan la discusión teórica monismo-dualismo, pues los sistemas normativos de los distintos países se han uniformado, aceptando la incorporación interna del derecho internacional, aunque varían en la solución de conflictos normativos entre las diversas fuentes internacionales y las normas del orden interno. También, a un lado quedan las proposiciones de que algún tipo de jerarquía existe entre el orden legal internacional y el orden interno; en cambio, es reconocido que el derecho internacional necesita de la colaboración de los Estados para su implementación y que la cooperación recíproca de ambos sistemas es necesaria.

Así, la tendencia es hacia la integración, la cooperación y la coordinación de los sistemas internacional y nacional, en vez de establecer jerarquías o prevalencias de uno sobre otro. A partir de la segunda mitad del siglo XX surgen las doctrinas coordinadoras, las cuales, aunque con un punto de partida monista –unidad de todos los sistemas normativos– no refieren a subordinación ni a delegación,

328 RIVEROS (1996), p. 407; BENADAVA (2004), p. 79; ARBUET-VIGNALI y PUCEIRO (2005), p. 397; CASSESE (2005), p. 220; FERDINANDUSSE (2006), pp. 132-140; VARGAS (2007), pp. 191-192.

sino de *coordinación* entre derecho internacional y derecho interno, sobre la base de normas superiores que serían de derecho natural.³²⁹

En materia de derechos humanos, esta sincronía entre el orden internacional y el interno, en teoría, debiera ser realizable con mayor facilidad, ya que ambos comparten su fundamentación normativa en la protección del ser humano y su dignidad, y por ende las normas pertenecientes a una y otra esfera se complementan, no se excluyen, sino que concurren de forma acumulativa.³³⁰

3.1.2 Recepción de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico chileno

En el ordenamiento chileno no existe norma constitucional ni legal que, de forma explícita, señale el mecanismo de recepción de las normas internacionales en el orden jurídico nacional, por lo que se habrá de analizar qué postura doctrinaria y mecanismo de incorporación han sido recogidos y aplicados por nuestros tribunales de justicia, y en base a cuáles argumentos doctrinarios.

Para hacer esta indagación, parece útil hacer un análisis por separado de las normas de derecho internacional consuetudinario y de las normas de derecho internacional convencional, pues respecto de las primeras la Constitución chilena omite toda referencia, mientras que en relación con las segundas es posible encontrar algunas disposiciones en materia de tratados internacionales, que sirven de base para una interpretación.

Se puede afirmar que, tradicionalmente, Chile ha optado por el dualismo en materia de derecho internacional convencional, y por el monismo en el caso de las normas de derecho internacional consuetudinario. En el primer caso, opera un mecanismo de transformación del tratado internacional en norma interna a través de los trámites necesarios para su ejecución, a saber, promulgación y publicación

329 PASTOR (1991), p. 176; CASSESE (2005), pp. 216-217; MONTT (2005), pp. 25-27; PUCEIRO (2005), p. 366; PAGLIARI (2007), p. 193; BROWNLIE (2008), p. 33; LLANOS (2011), p. 24; CARRILLO-SANTARELLI (2012), pp. 859-861.

330 DÍAZ (2012), pp. 264-274.

del tratado como ley de la República; en el segundo, los principios generales del derecho internacional y la costumbre internacional se aplican en el ordenamiento jurídico interno, a través de un mecanismo de incorporación automática en base a una tradición judicial arraigada.

Sin embargo, las aseveraciones en torno a la incorporación del derecho internacional convencional han de ser matizadas, pues difícil es encontrar una tendencia uniforme de la jurisprudencia que respalde un mecanismo de transformación. Además, es posible hallar una distinción usual producto de la consideración de la materia sobre la cual versa el instrumento internacional, detectándose la existencia de tendencias monistas tratándose de normas sobre derechos humanos, debido a que el respeto de la dignidad humana es un imperativo en ambos órdenes jurídicos: internacional y nacional.

Además, en el ámbito normativo, tras la reforma constitucional del año 2005 este dualismo ha sido moderado, en cuanto a que el constituyente ha optado por mantener la naturaleza jurídica de la norma internacional, pues de acuerdo con el inciso quinto del artículo 54 N° 1 de la Constitución Política –tras la reforma aludida– “las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

3.1.2.1 Incorporación automática de las normas internacionales consuetudinarias por tradición judicial

Las normas internacionales de origen consuetudinario se incorporan al ordenamiento jurídico chileno de manera **automática**, aunque no exista norma escrita en ese sentido en la Constitución o en legislación complementaria, pues la doctrina, la jurisprudencia y la práctica gubernamental han reconocido la incorporación automática y global del derecho internacional general, de la costumbre internacional y de los principios generales del derecho de manera sostenida y uniforme, desde los inicios de la República.³³¹

331 PRECHT (1967), p. 36; BUSTOS (1984), p. 526; GAETE (1996), pp. 265-269; PRECHT (1996), p. 385; PFEFFER (1997), p. 65; NOGUEIRA (2000), p. 224; MEDINA y NASH (2003), p. 65; MONTT (2005), p. 28; VARGAS (2007), pp. 211-214; AGUILAR (2009a), pp. 113-114; LLANOS (2011), pp. 91-95.

Ya en 1833, el ministro de Relaciones Exteriores de Chile expresaba, en una comunicación dirigida al Encargado de Negocios de Chile en Francia, que “el derecho común de las naciones es una ley de la República en todo aquello en que sus leyes particulares o sus convenciones con las potencias extranjeras no lo han derogado. El Ejecutivo, pues, en tanto la legislatura no lo restrinja, se halla en la necesidad de reconocerlo en toda su extensión que generalmente se le atribuye y si por su sola voluntad estrechase sus límites, se arrogaría facultades que la Constitución del Estado atribuye exclusivamente a la legislatura”.

En el mismo año, el Presidente de la República expresaba al Congreso Nacional que “el derecho común de gentes es en realidad una parte integrante de la legislación del Estado”.³³² Idéntico principio era sostenido, en aquella época, por Andrés Bello al indicar que “en una nación y en una época dada el derecho de gentes sea una parte de la jurisprudencia patria, no admite duda”.³³³

En el ámbito jurisprudencial, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró en 1949 que “los principios del derecho internacional son de general aplicación, tienen una manifiesta preeminencia en el derecho público contemporáneo y suplen el silencio de las leyes ante situaciones no previstas por ella”.³³⁴

Años más tarde, destaca el caso conocido en doctrina como “los barcos daneses”³³⁵, en cuanto los litigantes tratan de eludir la doctrina de la incorporación automática del derecho internacional al interno, indicando que solo los Estados pueden ser sujetos de derecho internacional y, por tanto, los particulares no tendrían la capacidad ni personería suficiente para deducir acciones basadas en normas internacionales, ni los tribunales nacionales podrían aplicar estas reglas. La Corte Suprema, en definitiva, descartó los argumentos esgrimidos por el demandado en contra de la aplicación del derecho

332 BENADAVA (1992), pp. 18-19.

333 BELLO (1932), p. 52.

334 Corte de Apelaciones de Santiago, Lechín y otros con Ministerio del Interior (1949, sentencia N° 85, considerando noveno).

335 Corte Suprema, Lauritzen y otros con Fisco (1955).

internacional por parte de tribunales nacionales, por ser alegados por particulares, al indicar que en el derecho internacional contemporáneo ha adquirido importancia la persona humana como sujeto directo de derechos y deberes internacionales, y que los tribunales tienen el deber de aplicar el derecho internacional, por lo que es inadmisibles sostener que a los individuos les esté vedado hacer valer, ante los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados, las normas del derecho internacional en defensa de sus derechos.

Se ha de destacar la existencia de intentos por hacer alusión a las normas del derecho internacional general o del derecho consuetudinario y su mecanismo de incorporación en la Constitución chilena. Primero, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (que discutió la redacción de la Constitución de 1980) consideró la posibilidad de incluir en su Preámbulo la declaración siguiente: “Chile adhiere a los principios y normas universalmente aceptados del derecho internacional”. Sin embargo, tal declaración fue objeto de una prevención concebida en los siguientes términos: “Los principios y normas universalmente aceptados del Derecho internacional están constituidos por tratados, principios generales de derecho internacional y declaraciones de organismos internacionales. Estimo de la mayor peligrosidad para nuestro país una declaración de esta naturaleza. Chile adhiere y cumple los tratados que suscribe, pero no puede adherir en blanco a acuerdos de organismos internacionales que, si bien en muchas oportunidades tienden a resguardar la comunidad internacional, en otras no constituyen más que acuerdos de carácter político”.

La prevención contribuyó a la eliminación de la declaración del texto constitucional, pero ella se fundamentó en conceptos equivocados respecto de lo que son los principios y normas universalmente aceptados del derecho internacional, respecto de la naturaleza jurídica de las declaraciones y de los acuerdos de los organismos internacionales y respecto de la fuerza obligatoria de los mismos, pues ciertamente no solo son expresión de acuerdos políticos, sino que de verdaderas

normas jurídicas que prescriben conductas no solo para los Estados, sino también para las personas.³³⁶

Con posterioridad, al discutirse la reforma constitucional de 1989, que culmina con la incorporación del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, se planteó también incluir la incorporación automática del derecho internacional consuetudinario a nuestro sistema jurídico, proponiéndose un texto que incluía en general todas las normas internacionales y no solo los tratados internacionales: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile”. El gobierno militar aceptó incorporar la modificación al artículo 5° de la Constitución, pero eliminó la referencia a las normas internacionales en general y la sustituyó por la referencia a los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, por considerar que la frase “que comprometan a Chile” era muy vaga.

La Comisión Técnica de la Concertación de Partidos por la Democracia aceptó sin discusión la enmienda, para no afectar la posibilidad de la reforma; se justificaba así la mala técnica legislativa en aras de obtener la reforma y todo quedaría entregado a la interpretación de la jurisprudencia futura. Además, las normas de la costumbre internacional y los principios se entienden de general aplicación de acuerdo con las normas internacionales; solo se perseguía certeza jurídica, de manera tal que no hubiera duda alguna de que en Chile esas normas regían y regirían.³³⁷

336 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 48, p. 1020, t. I, prevención hecha por Luz Bulnes Aldunate, miembro de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, en *ídem*, sesión N° 409, p. 960, t. XI; BUSTOS (1984), p. 524; PFEFFER (1997), p. 65.

337 CUMPLIDO (1996), pp. 255-257; INFANTE (1996), pp. 279-280; PRECHT (1996), p. 386; CEA (1997), p. 84; TÉLLEZ (1998), p. 186; CUMPLIDO (2003), pp. 367-368; CAMPUSANO (2006), p. 39 nota 36.

3.1.2.2 Incorporación automática de las normas internacionales convencionales sobre derechos humanos por mandato constitucional expreso

De acuerdo con la normativa constitucional chilena, el derecho convencional internacional, para ser aplicado en el orden interno, requiere previamente de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial. Conforme al artículo 32 N° 15, es atribución especial del Presidente de la República “conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere”.

Y según el artículo 54 N° 1 de la Carta Política, son atribuciones del Congreso “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación”.

Si bien el Presidente de la República tiene a su cargo la dirección de las relaciones exteriores, el Congreso, por su parte, representa a la ciudadanía y en esa calidad debe aprobar el tratado antes de que surta efectos respecto de sus representados. La aprobación otorgada por el Congreso es una autorización para ratificar, por ende, no implica la obligación de hacerlo; de ahí que si el Presidente de la República considera inconveniente la ratificación, una vez obtenida la aprobación se abstendrá de verificarla, por ejemplo, si se considera que las circunstancias han cambiado convirtiendo en inconveniente un acto anteriormente ventajoso. Todo esto no es sino una consecuencia de la facultad de dirigir las relaciones internacionales, entregada por la Constitución al Presidente de la República.

Luego, aunque no se señale expresamente el mecanismo de incorporación, se entiende que ello opera en virtud de lo prescrito en el artículo 5° inciso segundo de nuestra Constitución Política. La Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, introduce dicho inciso segundo al artículo de la Constitución: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber

de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Por ejemplo, Cea (1997, p. 83) señala que el derecho internacional convencional se incorporó a la Carta Fundamental de 1980 por la reforma de 1989 en términos globales y automáticos. En el mismo sentido, Rossel (1997, p. 118) estima que el artículo 5° de la Constitución consagra la incorporación automática de los tratados una vez ratificados.

Recordemos que esta disposición fue incluida en virtud de la reforma constitucional del año 1989, *ad portas* de una etapa de transición hacia la democracia tras un largo periodo de un gobierno autocrático. Con la derrota de Augusto Pinochet en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, la Concertación de Partidos por la Democracia estimaba posible ganar las elecciones presidenciales que vendrían, pero le preocupaba la gobernabilidad y el cumplimiento de su programa. Esto, porque la Constitución de 1980 contemplaba un mecanismo para su reforma de difícil concreción y parecía entonces conveniente lograr un acuerdo político con el gobierno, en consideración a que el sistema de reforma constitucional previsto para el periodo de transición parecía más alcanzable; exigía la venia de la Junta de Gobierno y la aprobación por plebiscito.

En este contexto, y con el interés de conquistar una democracia estable, la Concertación consideró relevante reforzar los derechos humanos y suprimir o atenuar el poder de seguridad. La comisión de la Concertación encargada de proponer estas reformas constitucionales, inicialmente, proponía un texto que incluía en general a todas las normas internacionales y no solo a los tratados internacionales: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile”. Pero, Renovación Nacional y el gobierno militar instaron por su actual redacción, es decir refiriendo expresamente a los “tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, pues en su opinión aludir a la costumbre y a los principios generales del derecho internacional creaba un margen de incertidumbre en relación con la materia.

Los negociadores de la Concertación cedieron y no insistieron, para no perjudicar la posibilidad de la reforma, pues todas las normas internacionales tendrían siempre plena aplicación, solo se buscaba certeza para que no hubiera ninguna duda que las normas mencionadas regían y regirían en Chile.³³⁸

La promulgación y publicación de los tratados, previamente a su aplicación y con posterioridad a su aprobación y ratificación, es una costumbre arraigada en nuestro sistema jurídico desde la Constitución Política de 1925, influida por la práctica francesa, pero no son actualmente de proceder legal obligatorio. Estos trámites no cuentan con una reglamentación escrita, por lo que no existe un plazo estipulado para su promulgación y posterior publicación, lo que ha determinado como consecuencia en más de alguna oportunidad la no aplicación de algún tratado por parte de la judicatura nacional, por no estar promulgado o publicado.

Se ha de destacar el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y, vigente internacionalmente desde el 23 de marzo de 1976, recién vino a publicarse el 29 de abril de 1989, trece años después de su promulgación efectuada el 30 de noviembre de 1976. Por este motivo, los tribunales chilenos durante muchos años negaron sistemáticamente que se encontrara incorporado en el plano interno y fuere aplicable a las instancias judiciales, por no haber sido promulgado y publicado, o una vez promulgado, por falta del segundo trámite.³³⁹

La jurisprudencia contemporánea que aplica dicho instrumento internacional, respecto de hechos acaecidos entre 1972 y 1989, no considera relevante su no promulgación o no publicación hacia esas fechas para restarle importancia y negarle aplicación; todo lo contra-

338 PINOCHET (1990), p. 11; NOGUEIRA (1993), p. 57; MEDINA (1994), pp. 41-42; INFANTE (1996), pp. 279-280; BERTELSEN (1996), p. 221; CUMPLIDO (1996), pp. 255-258; DULITZKY (1996), p. 149; NOGUEIRA (1996), pp. 351-352; PRECHT (1996), p. 386; CEA (1997), p. 84; RÍOS (1997), pp. 102, 104 y 112; TÉLLEZ (1998), p. 186; PFEFFER (2003), p. 478; CUMPLIDO (2003), pp. 365-374; TAPIA (2003), p. 353.

339 DETZNER (1988), pp. 68-70; INFANTE (1996), p. 281; PRECHT (1996), p. 398; BRUNA (2003), pp. 337-339; MEDINA y NASH (2003), p. 65; MONTT (2005), pp. 28-29; VARGAS (2007), p. 144; HENRÍQUEZ (2008), pp. 77-81; ZÚÑIGA (2008), pp. 790-791.

rio, considera que “Chile estaba obligado internacionalmente desde su ratificación en 1972”.³⁴⁰

Sin perjuicio de no existir actualmente regulación positiva en la materia, se da cuenta de la existencia de este tipo de normativa en algunas épocas de nuestra historia. El primer antecedente de derecho positivo que exige la promulgación data de 1926, Decreto Supremo N° 328 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Boletín de Leyes y Decretos de 21 de junio de 1926, que fija la promulgación de los acuerdos internacionales. En su artículo 1° señala: “La promulgación de los acuerdos internacionales en los casos que éstos necesiten de aprobación del Congreso, se efectuará después de la ratificación hecha por el Presidente de la República y del canje de los respectivos instrumentos”. Por su parte, el artículo 2° indicaba las menciones del decreto promulgatorio; este individualizaba el tratado, indicando fecha y lugar de su firma, aprobación por el Congreso, y fecha y lugar de ratificación, ordenaba su cumplimiento y que se llevara a efecto en todas sus partes como ley de la República), el cual omitía referencia al trámite de la publicación; sin embargo, se ha de recordar que en esas fechas, hacia 1928, Chile participó a través de sus delegados Alejandro Lira, Alejandro Álvarez, Carlos Silva y Manuel Bianchi, en la Sexta Conferencia Internacional Americana, efectuada en La Habana, donde se acordó el texto de una Convención respecto de los

340 Véase *v.g.* Corte de Apelaciones de Santiago: considerandos cuarto y decimocuarto del voto en contra del abogado integrante Pozo en Urrutia con Ruiz y otros (2007, rol N° 14281-2006); Contra Gómez Aguilar (2006, rol N° 37483-2004) considerando undécimo; Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz (2006, rol N° 14058-2004) considerando vigésimo octavo; Lejderman con Polanco y otros (2007, rol N° 11801-2006) considerando cuarto; Toro y otros con Contreras y otros (2007, rol N° 1579-2007), considerando decimotercero. Sin embargo, es posible encontrar pronunciamientos de jueces que siguen la postura inicial de negarle vigencia interna al Pacto mientras no estuvo publicado, como *v.g.* Montiglio de la CAS (véase *v.g.* Corte de Apelaciones de Santiago, Toro y otros con Contreras y otros; 2007, rol N° 1579-2007, considerando vigésimo tercero de su voto disidente); los jueces de la CS Ballesteros y Segura (véase *v.g.* Corte Suprema: Lejderman con Polanco y otros, 2009, rol N° 696-2008, considerando séptimo de su voto disidente en la sentencia de reemplazo; Urrutia con Ruiz y otros, 2009, rol N° 4691-2007, considerando décimo de su voto disidente en la sentencia de casación; Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz, 2007, rol N° 3808-2006, considerando séptimo del voto en contra de la sentencia de reemplazo; Contreras con Ruiz y otros, 2007, rol N° 6188-2006, considerando octavo del voto en contra en la sentencia de reemplazo), y el abogado integrante de la CS Hernández (véase *v.g.* Corte Suprema: Lejderman con Polanco y otros, 2009, rol N° 696-2008, considerando cuarto de su voto disidente en la sentencia de reemplazo, y Lagos y otros con Guerra y otro, 2008, rol N° 4662-2007, considerando cuarto de su voto disidente en la sentencia de reemplazo), e incluso, fallos de mayoría de la Corte Suprema debido a los cambios de composición de la segunda sala (véase *v.g.* Corte Suprema, Contra Alarcón, 2008, rol N° 3872-2007, considerando duodécimo).

tratados, que si bien no ratificada por Chile, muestra la importancia habida sobre el trámite en la región.³⁴¹

Con posterioridad, bajo el régimen de la Junta de Gobierno presidida por Augusto Pinochet, el Decreto Ley N° 247, de 1973, establecía normas sobre la materia, haciendo obligatorios los trámites de promulgación y de publicación de los tratados internacionales (Diario Oficial, 17 enero de 1974, artículo 5°: "(...) una vez que se haya efectuado el canje o depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y se lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho decreto supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial").

De esta forma se consagra en una norma lo que antes solo exigían la práctica administrativa y judicial, argumentándose que los tratados internacionales debían cumplir con todos los trámites exigidos a una ley para poder ser aplicados. Cabe destacar que el citado decreto no establecía un plazo para dar cumplimiento a los trámites de promulgación y publicación, por tanto, surgían problemas en aquellos casos en que el Presidente de la República no promulgaba o no publicaba un tratado internacional ya ratificado, con lo cual se contraía un compromiso internacional que carecía de eficacia interna (como la del PIDCP). Este decreto fue derogado por el N° 7 del artículo único de la Ley N° 18.903, publicada en el Diario Oficial el 19 de enero de 1990, volviendo a la situación vigente con anterioridad, es decir, a la práctica de promulgar y publicar los tratados internacionales sin que ninguna norma lo ordene en forma expresa, situación que se mantiene hasta hoy.

La norma del artículo 5° inciso segundo hace aplicable, en el derecho interno, los tratados internacionales ratificados y vigentes en el país

341 Artículo 4° de la Convención: "Los Tratados serán publicados inmediatamente después del canje de las ratificaciones. La omisión en el cumplimiento de esta obligación internacional no afectará la vigencia de los Tratados, ni la exigibilidad de las obligaciones contenidas en ellos". *Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936. Recopilación de tratados y otros documentos*. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].

cuando garanticen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, pero no indica expresamente que exista una incorporación automática de estos instrumentos. Ello es posible desprenderlo a través de una interpretación del artículo de la Constitución que se refiere a la aprobación parlamentaria del derecho internacional convencional, artículo 54 N° 1. En efecto, del examen de la normativa aludida es posible dilucidar que el constituyente denota la voluntad de no transformar la norma internacional en interna, sino de respetar en todo momento la naturaleza de la norma internacional y su calidad de tal.

Recordemos que antes de la reforma constitucional del año 2005, el entonces artículo 50 N° 1, que regulaba este tema, señalaba que los tratados internacionales presentados por el Presidente de la República a la aprobación del Congreso antes de su ratificación, se someterían a los trámites de una ley. Así pues, la doctrina chilena tradicionalmente había entendido que el tratado se asimila a una ley y que goza de rango legal, pues el *sometimiento a los trámites de aprobación de una ley* significaba que el tratado debía ser promulgado y publicado como ley de la República; el decreto promulgatorio del tratado venía a constituir una orden de ejecución de la norma internacional, por lo tanto se podía interpretar que el mecanismo de incorporación del derecho internacional convencional al orden interno era el de transformación, mediante el cual la norma internacional se transforma en norma interna y en esa calidad es posible aplicarla en el sistema interno.

Tras la reforma, el artículo –ahora 54 N° 1– agrega que la aprobación de los tratados en el Congreso se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley. A fin de determinar el alcance de esta modificación, se ha de considerar que:

- a. Los trámites de promulgación y publicación son posteriores a la aprobación parlamentaria y ratificación presidencial del tratado, por lo tanto “en lo pertinente” indicaría que la aprobación del tratado en el Congreso se rige por las disposiciones de tramitación de la ley y ello no incluye actos posteriores a la aprobación y ratificación de este; la referencia a la tramitación de la ley es

solo una forma de reglar las etapas de la aprobación parlamentaria del tratado.

- b. La promulgación y la publicación de los tratados constituyen medidas de divulgación a la ciudadanía de los compromisos –derechos y obligaciones– adquiridos por el Estado a nivel internacional, pero no tienen relación alguna con su entrada en vigor: el tratado entra en vigor con el canje o depósito de ratificaciones. Por lo tanto, estos trámites no son en sí mismos condición de validez ni internacional ni interna del tratado y de ninguna manera constituyen actos de transformación, solo son actos informativos; la norma internacional sigue manteniendo su naturaleza o calidad de tal y no se transforma en una norma interna. Luego, es preciso enfatizar que los trámites de promulgación y de publicación de los tratados no están referidos como requisitos para la implementación de la norma internacional en el orden interno, sin perjuicio del inciso noveno del artículo 54 N° 1 de la Constitución, que indica: “deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor”.³⁴²
- c. El inciso quinto del mismo artículo 54 N° 1 enfatiza que la naturaleza del tratado internacional es de norma internacional y que no se transforma en norma interna, pues “las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

342 PRECHT (1967), pp. 39-40; PRECHT (1996), p. 400; HERNÁNDEZ (1997), p. 107; MEDINA y Nash (2003), pp. 70-71; PFEFFER (2003), p. 472; VARGAS (2007), p. 143; LLANOS (2011), pp. 48-49.

3.2 Las normas de *ius cogens* y el orden público internacional

El *ius cogens* son normas imperativas de derecho internacional general indisponibles para los sujetos de derecho internacional, debido a su contenido particular que busca proteger principios elementales del orden internacional contemporáneo, aquellos necesarios para el mantenimiento de la vida de la comunidad internacional en paz y respeto recíprocos entre los Estados con plena salvaguarda de la persona humana, es decir la paz y seguridad internacionales y la dignidad humana.

La existencia de estas normas, y el acuerdo de la comunidad internacional en cuanto a la necesidad de respetarlas, produce un remezón en el clásico principio de Estado soberano, pues limita la autonomía contractual de los Estados e incluso cuestiona enérgicamente los actos internos de los mismos que sean contrarios a estas normas de *ius cogens*.

El *ius cogens*, como norma perteneciente al **derecho internacional general**, a) es oponible a todos los Estados de la comunidad internacional, pues imponen obligaciones y confieren derechos a todos ellos; b) es de origen consuetudinario; c) es de aplicación general porque su contenido atañe a una cuestión de interés general para la comunidad internacional; d) puede ser codificado, manteniendo su autonomía y naturaleza de derecho consuetudinario.

El *ius cogens* como norma perteneciente al **derecho imperativo**, a) es absoluto e inderogable, en virtud del interés general trasunto en la norma, el cual concierne a toda la comunidad internacional; b) es fundamental, esencial o no complementario, en cuanto independiente de la voluntad de los destinatarios; c) es exiguo, porque el derecho internacional carece de órganos centrales que impriman de verticalidad al ordenamiento, tratándose más bien de un derecho de coordinación.

El *ius cogens* es fuente material del derecho internacional público, fundada en la necesidad de protección de los más esenciales bienes

jurídicos de la humanidad, aquellos que permiten que la misma permanezca y no se extinga, a saber: la dignidad humana y la seguridad y paz internacionales.

Es importante subrayar que la norma de *ius cogens* es una fuente material del derecho internacional, pues ello explica la cercanía del concepto con las visiones *iusnaturalistas* del derecho, la jerarquía de este tipo de normas debido a su contenido, y el por qué se integran de forma automática en los ordenamientos jurídicos internos. Desde una perspectiva *iusnaturalista*, se puede ponderar la real importancia de la norma de *ius cogens* en virtud de su contenido y no de su reconocimiento expreso en un instrumento internacional; el *ius cogens* desplaza en su aplicación a otras normas –internacionales o nacionales– que sean contrarias o anulen sus propósitos en razón de su materia (por ello se suele indicar que son “superiores” o de “jerarquía superior”, aunque la terminología empleada no sea la más adecuada en tanto en el derecho internacional no existe prelación de fuentes ni pirámide de fuentes, como en los ordenamientos internos³⁴³); se incorpora el *ius cogens* de manera automática a los derechos internos, pues los fundamentos tras este tipo de normas coincide con los que cada Estado “civilizado” considera esenciales, y siendo de origen consuetudinario y pertenecientes al derecho internacional general, es posible volver a repetir la célebre frase de Blackstone: “El derecho de gentes forma parte del derecho nacional”.

No se trataría de una fuente formal *autónoma* de creación del derecho internacional, pues no constituyen una fuente del derecho internacional diferente, sino que siempre se hace referencia a su origen consuetudinario, a su reconocimiento en tratados internacionales, o a su contenido de principios. El *ius cogens* es un tipo de norma de naturaleza especial, en virtud de los bienes jurídicos que protege, y sus normas pueden revestir forma de cualquiera de las fuentes for-

343 Se concluye que no es preciso, como algunos tratan de afirmar, que el *ius cogens* sea la cúspide de la pirámide normativa del derecho internacional, pues es una categoría de normas, una fuente material no formal del DI, por tanto no se encuentra en la cima de una pretendida pirámide de fuentes sino en su base, sosteniendo al sistema internacional en cuanto valida su existencia y la funda en principios éticos externos al orden legal positivo, que no son otra cosa que comunes intereses compartidos por la comunidad internacional en su conjunto.

males ya conocidas: costumbre internacional, principios generales del DI y tratados internacionales. Las normas de *ius cogens* tienen un origen consuetudinario y los tratados internacionales son declarativos, pero no creadores de normas específicas de *ius cogens*. Mientras que el fundamento de la existencia del *ius cogens* se encuentra en los principios estructurales del derecho internacional: dignidad humana y seguridad y paz internacionales.

Se estima que la norma de *ius cogens* es de origen consuetudinario, porque pertenece al ámbito del derecho internacional general, cuyas normas tienen carácter de derecho consuetudinario; porque la costumbre internacional es la fuente más antigua del derecho internacional y acorde a la descentralización del sistema internacional, y porque la jurisprudencia ha aseverado que el *ius cogens* forma parte del derecho internacional consuetudinario.

Se podría pensar que es imposible afirmar este origen consuetudinario de las normas de *ius cogens* si se considera que a veces los Estados, pese a declarar que aceptan la norma, no actúan generando la correspondiente práctica o llevan a cabo prácticas contrarias o son objetores persistentes, siendo que la costumbre exige como elemento constitutivo un comportamiento habitual o usual. Sin embargo, se precisa que, respecto de las normas de *ius cogens*, el elemento objetivo de la costumbre pierde relevancia frente al elemento subjetivo, constituido en este caso por la *opinio iuris cogentis*. Así, se comprueba –con análisis doctrinario y jurisprudencial– que basta una práctica generalizada, no siendo necesario una práctica individual en cada Estado, pues no se trata del actuar de un Estado concreto sino del actuar imputable al género al cual él pertenece –la comunidad de Estados en su conjunto–; que no se admite, respecto de las normas de *ius cogens*, la figura del objetor persistente; que la mayoría de las normas de *ius cogens* son prohibitivas, por lo que la práctica se constituye a través de un no hacer; que las declaraciones de los Estados también pueden ser consideradas como práctica, no siendo necesario que vayan acompañadas de acciones materiales; que la práctica estatal hoy no es un elemento constitutivo esencial de la costumbre, sino tan solo la prueba de su existencia o un medio de comprobación de la concurrencia de la *opinio iuris*; que las normas de *ius cogens* se originan en normas consuetudinarias cuya *opinio iuris* se basa en la

convicción de existir principios esenciales del derecho internacional comunes a toda la humanidad, lo que tiene mayor relevancia que cualquier práctica estatal.

Consecuencia de este origen consuetudinario de las normas de *ius cogens* es la existencia de una presunción de aceptación por parte de los Estados respecto de aquellas normas bien establecidas, y por tanto los obliga a todos, hayan o no participado en su formación o manifestado expresamente su consentimiento; las normas consuetudinarias son el resultado del consenso general, no del consentimiento, expreso o implícito, de los Estados en particular. Por tanto, los comportamientos no conformes a la regla son violaciones a la misma y no una prueba de la inexistencia de la norma de *ius cogens*, cualquiera sea esta en particular.

Los tratados internacionales que incorporan normas de *ius cogens* no requieren encontrarse ratificados o suscritos por los Estados para que les sean de aplicación obligatoria, pues en este ámbito solo codifican derecho internacional general de carácter consuetudinario que ya era imperativo para la comunidad internacional, antes de la creación y entrada en vigor de tales instrumentos. Por lo tanto, los tratados tienen un efecto declarativo, mas no de producción o creación de la norma de *ius cogens*. De otra forma no se podría explicar cómo los convenios pueden obligar a aquellos Estados que no son parte en ellos, lo cual se produce como consecuencia de ser la norma de *ius cogens* imperativa, general y universal.

De lo aseverado se colige que si la base convencional desapareciera, los Estados seguirían obligados por el derecho consuetudinario a observar las reglas de *ius cogens*, que las reglas consuetudinarias recogidas en una Convención siguen vigentes para los Estados no partes y que las reservas a tratados sobre cuestiones sustantivas carecen de valor, pues a través de este mecanismo los Estados no pueden sustraerse de cumplir las obligaciones impuestas por el derecho internacional general de manera perentoria y con carácter consuetudinario.

La jurisprudencia internacional ha destacado que, tratándose de normas de *ius cogens*, los Estados se encuentran obligados al margen de todo vínculo convencional, por constituir principios de derecho

La doctrina y jurisprudencia, tanto internacional como nacional, han manifestado esta vinculación entre las normas de *ius cogens* y los principios fundamentales del derecho internacional, enfatizando el papel fundante de los valores en este tipo de norma jurídicas.

internacional consuetudinario que no pueden ser transgredidos y porque, aunque dos fuentes del derecho internacional tengan aparentemente idéntico contenido, ambas conservan su propia existencia y su aplicabilidad por separado.

Sin perjuicio de todo lo indicado, la codificación de las normas de *ius cogens* -y ciertamente la de cualquier norma internacional- reporta la ventaja de evitar suspicacias respecto de la existencia de las normas, mientras al mismo tiempo las dota de precisión de su contenido y alcance, haciendo su aplicación práctica más efectiva. Lo importante es, desde un punto de vista teórico, tener claridad en cuanto a que el tratado no constituye o crea la norma de *ius cogens*, sino solo la asegura, garantiza y promueve.

El **fundamento** de las normas de *ius cogens* se encuentra en los principios fundamentales del orden internacional, pues si se analiza cada una de las normas de *ius cogens* hoy día consideradas como tales por la comunidad internacional en su conjunto, se observa que la razón de su ser se encuentra en la importancia que revisten para la subsistencia del derecho internacional como ordenamiento jurídico, la paz y seguridad internacionales, por una parte, y la dignidad humana, por otra. Al respecto, no se ha de olvidar que, tras las guerras mundiales, estos valores se ven impulsados en el orden internacional, introduciéndose una dimensión ética a las relaciones jurídicas internacionales y que las normas de *ius cogens* expresan en términos jurídicos estas aspiraciones.

La doctrina y jurisprudencia, tanto internacional como nacional, han manifestado esta vinculación entre las normas de *ius cogens* y los principios fundamentales del derecho internacional, enfatizando el papel fundante de los valores en este tipo de norma jurídicas. Este sustrato ético infunde la convicción de una necesidad de respeto irrestricto de las obligaciones que emanan de estas normas, constituyéndose en una limitación que se impone a la soberanía de los Estados, pues no pueden soslayarlas bajo pretexto alguno, incluyéndose falta de consentimiento, vínculo convencional, reserva u objeción persistente. Esto explicaría también el que las normas de *ius cogens* se incorporen automáticamente a los ordenamientos internos, pues los valores de respeto a la dignidad humana y el procurar la paz y seguridad

En la doctrina y en la jurisprudencia, se atribuyen a las normas internacionales de *ius cogens* ciertas características, derivadas de su conceptualización como norma imperativa de derecho internacional general. Estas son su imperatividad, generalidad y universalidad.

en el mundo globalizado están arraigados como bastiones de toda sociedad democrática (o “nación civilizada”, en lenguaje del derecho internacional clásico).

En la doctrina y en la jurisprudencia, se atribuyen a las normas internacionales de *ius cogens* ciertas características, derivadas de su conceptualización como norma imperativa de derecho internacional general. Estas son su imperatividad, generalidad y universalidad.

El que una norma de *ius cogens* sea **imperativa** alude a la fuerza de sus mandatos, en cuanto vincula a sus destinatarios sin que estos tengan la posibilidad de desconocerlos o anularlos; no se trata de una mera obligatoriedad ni tampoco indica una inviolabilidad sacrosanta, pero sí denota que el núcleo de esta norma imperativa es el no admitir acuerdo en contrario, es decir, que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes ni renunciadas por ellas. El carácter imperativo de la norma de *ius cogens*, en definitiva, lo que denota es su *inderogabilidad*, y no depende del consentimiento de los Estados sino de su esencia, de aquel sustrato valórico que las erige como necesarias para preservar el orden legal internacional en aquellas áreas en las cuales las consideraciones sociales han de prevalecer por sobre los intereses individuales.

Las normas de *ius cogens* son **generales**, porque se aplican a todos los Estados de la comunidad internacional, siendo normas pertenecientes a la esfera del derecho internacional general que tienen su fundamento en principios de derecho. Así pues, no se puede afirmar la existencia de un *ius cogens* regional, pues el uso de tal expresión solo muestra el mayor desarrollo o énfasis que pudiera tener este tipo de normas en determinadas regiones, o en el seno de ciertos órganos internacionales regionales, pero no alude a la creación de una norma de *ius cogens* a nivel regional que tenga aplicación exclusiva en esa área geográfica. Por tanto, este *ius cogens* regional siempre estará subordinado al *ius cogens* universal.

Las normas imperativas de derecho internacional general son **universales**, en tanto aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Esta terminología, utilizada por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, no implica

que sea necesario un consentimiento expreso de cada uno de los Estados de la comunidad para dar existencia al *ius cogens*; la aceptación y reconocimiento de la norma tienen relación con un proceso declarativo de su existencia no con su creación. El *ius cogens* se funda en un profundo consenso moral, que es meramente ilustrado por la aceptación de la comunidad internacional en su conjunto, por tanto, un Estado puede ser obligado por la norma de *ius cogens*, incluso sin o contra su consentimiento. Además, se presume un consentimiento de la comunidad internacional en su conjunto, debido a la existencia de una *opinio iuris cogentis* respecto de valores esenciales comunes en la humanidad presentes en todo tiempo y lugar, los cuales, de acuerdo con el análisis realizado en la investigación, pueden ser reducidos a dos unidades esenciales dentro de la diversidad: la protección de la dignidad humana y la paz y seguridad internacionales.

De estas tres características principales es posible derivar tres efectos particulares de este tipo de normas: a) como normas imperativas, no admiten acuerdo en contrario, por tanto, en su aplicación son **indisponibles, inderogables, imprescriptibles e inamnistiables**; b) como normas generales, dan origen a **obligaciones** *erga omnes*, por tanto, todos los Estados están obligados a su cumplimiento, a demandar el cese de la violación y a hacer valer la responsabilidad de los infractores; c) finalmente, como normas universales, tratándose de crímenes internacionales de carácter de *ius cogens*, se deriva la jurisdicción universal para la investigación de la violación, la persecución y castigo de sus autores, y la reparación de las víctimas.

En cuanto al efecto de indisponibilidad, inderogabilidad, imprescriptibilidad e inamnistiability de las normas de *ius cogens*, se ha de precisar que se trata de efectos que se producen no solo a nivel internacional, sino también en el ámbito nacional, debiendo los Estados velar porque sus actos internos no menoscaben las normas de *ius cogens* en el sentido de desconocerlas, derogarlas, prescribirlas o amnistiarlas. Las normas de *ius cogens* son **irrenunciables** sin excepción alguna, pues buscan el interés de la comunidad internacional toda y no el interés particular de cada Estado obligado; son **inderogables**, efecto que se encuentra inserto en el concepto de perentorio o de no admitir acuerdo en contrario, cuya sanción prevista para actos que la intenten derogar es la nulidad; son **imprescriptibles** e **inamnis-**

tiables, como consecuencia de su imperatividad y la obligación *erga omnes* que surge de hacer valer la responsabilidad de los infractores.

En relación al surgimiento de obligaciones *erga omnes*, como consecuencia de la generalidad de las normas de *ius cogens*, concluimos que el interés jurídico común que tienen todas las naciones civilizadas de la comunidad internacional en salvaguardar los valores trasuntos protegidos por estas normas, hace surgir la obligación de no transgredirlas, de garantizar su cumplimiento y sancionar su violación –conjuntamente con la demanda de cese de la vulneración– respecto de todos los Estados y no solo respecto de algunos de ellos. Además, estas obligaciones son absolutas en cuanto no permiten el alegato, de concurrir causales de exclusión de la ilicitud de los hechos que vulneran las normas de *ius cogens*, y generan una responsabilidad internacional agravada, pues conjuntamente con la obligación de cesación y no repetición de la conducta por parte del Estado infractor, se generan obligaciones a cargo del resto de Estados que integran la comunidad internacional, consistentes en cooperar para poner término a la violación, no reconocer como lícita la situación creada por la violación grave de la norma imperativa de derecho internacional general, y de no prestar ayuda o asistencia para mantener la situación.

También es necesario destacar de manera concluyente que las obligaciones *erga omnes*, pese generar una especie de *actio popularis* en cuanto cualquiera puede perseguir la responsabilidad de los infractores a las normas de *ius cogens*, en la práctica el ejercicio de esta acción se ve perjudicado por cuestiones procesales en tanto en muchas ocasiones los Estados no han reconocido la competencia o jurisdicción de las cortes internacionales, insistiendo los propios tribunales internacionales que, en materia de competencia, es necesario este consentimiento, por lo que la posibilidad de instar acciones judiciales ante jurisdicciones internacionales no opera de forma automática por el solo hecho de existir una obligación *erga omnes* en relación al deber de sancionar las violaciones a las normas de *ius cogens*.

La **jurisdicción universal**, como consecuencia de ser los crímenes internacionales de *ius cogens* universales, implica que cualquier Estado de la comunidad internacional puede investigar y juzgar a través de sus propios tribunales, a nombre de la comunidad internacional, de

acuerdo a los principios y normas de derecho internacional generalmente aplicables a las personas sospechosas de haber tenido participación en la comisión de delitos graves que vulneren las normas de *ius cogens*, sin importa el lugar de comisión de los ilícitos, quiénes los hayan cometido, quiénes han sido las víctimas o en cuál contexto se perpetraron, pues debido a este estatus, tales conductas representan un atentado en contra de toda la humanidad.

El reconocimiento de este efecto se ha producido a nivel de derecho internacional consuetudinario, por lo que no es necesario un tratado internacional que lo incorpore expresamente respecto de cada una de las normas específicas de *ius cogens* hoy reconocidas. Sin embargo, es usual para que en la práctica opere la existencia de la ratificación de un tratado que lo cristalice o la regulación de la institución a nivel legislativo interno, reforzado ello con consideraciones tales como *v.g.* la nacionalidad de las víctimas, la nacionalidad del presunto culpable, el lugar de comisión de los actos, o intereses particulares comprometidos del Estado persecutor, a fin de evitar una expansión de denuncias en los tribunales nacionales.

En la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, es posible encontrar el reconocimiento de las normas de *ius cogens* en el ámbito del DIPEN, es decir, de aquellos crímenes de lesa humanidad particulares que comparten el carácter de normas imperativas de derecho internacional general, en particular respecto de la prohibición del genocidio³⁴⁴ y de la tortura.³⁴⁵

344 Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Kayishema (1999, caso N° ICTR-95-1-T, párrafo 88); Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: Jelusic (1999, caso N° IT-95-10, párrafo 60); Kupreskic (2000, caso N° IT-95-16-T párrafo 520); Krstic (2001, caso N° IT-98-33, párrafo 541); Stakic (2003, caso N° IT-97-24-T párrafo 500); Brdjanin (2004, caso N° IT-99-36, párrafo 680); Blagojevic (2005, caso N° IT-02-60 párrafo 639).

345 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: Delacic (1998, caso N° IT-96-21-T, párrafo 454); Furundzija (1998, caso N° IT-95-17/1-T, párrafos 144 y 153-157); Kunarac (2001, casos N° IT-96-23-T e IT-96-23/1, párrafo 466; Simic (2002, caso N° IT-95-9/2-S, párrafo 34); Naletilic (2003, caso N° IT-98-34, párrafo 336).

3.3 Responsabilidad internacional estatal por incumplimiento de obligaciones internacionales

La generación de responsabilidad para quien incumpla una obligación jurídica es un principio general de derecho, el cual en derecho internacional se traduce en que todo comportamiento ilícito de un sujeto internacional (violación de una obligación internacional vigente) origina su responsabilidad.³⁴⁶

La responsabilidad internacional es clave en la obligación de los Estados de comportarse conforme al derecho internacional, pues del acto ilícito internacional se derivan consecuencias que generan **obligación de reparación y sanción**.³⁴⁷ En efecto, la función de la responsabilidad internacional es eminentemente reparatoria.³⁴⁸ Este ha sido el contexto en el que se han desarrollado, en materia de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, los deberes de los Estados de no incurrir a través de sus agentes en graves violaciones de derechos humanos (en particular, aquellas constitutivas de crímenes internacionales) frente a quienes se encuentren bajo su jurisdicción, así como a adoptar todas las medidas que estén a su disposición para prevenirlos y, en caso de que finalmente lleguen a producirse, investigarlos, declarar y realizar la responsabilidad internacional penal derivada de los mismos, y reparar a las víctimas.³⁴⁹

La Comisión de Derecho Internacional, órgano de las Naciones Unidas encargado de favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, en su 53° periodo de sesiones de 2001, tras más de 40 años de trabajo, aprobó el texto definitivo del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El texto se compone de 59 artículos y se estructura en cuatro partes: **I parte**, sobre el hecho internacionalmente ilícito del Estado; **II parte**, sobre el contenido de la

346 Corte Permanente de Justicia Internacional, caso de la Fábrica de Chorzow (1928, Serie A N° 17), p. 29.

347 PAGLIARI (2007), p. 463; LLANOS (2007), p. 723.

348 PASTOR (1991), p. 522.

349 OLASOLO *et. ál.* (2016), p. 253.

responsabilidad internacional del Estado; **III parte** sobre modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado, y **IV parte**, que contiene cinco disposiciones generales finales del texto. Si bien aún no se ha transformado en una Convención³⁵⁰, en la práctica los artículos han sido aplicados ampliamente por los tribunales y otros órganos internacionales.³⁵¹

3.3.1 El hecho internacionalmente ilícito

El Proyecto, en su artículo 1º, recoge este **principio general de generación de responsabilidad** por todo hecho internacionalmente ilícito del Estado. Ahora bien, es especialmente importante destacar que esta disposición no se aplica exclusivamente a la responsabilidad de los Estados respecto de otros Estados, lo cual restringiría considerablemente el alcance de la disposición y el desarrollo del derecho internacional. Tampoco distingue entre las obligaciones que emanan de un tratado y las que no, por lo tanto, no se establece una diferenciación categórica entre la responsabilidad por incumplimiento de una obligación contractual o por la comisión de delitos; ni entre obligaciones bilaterales o multilaterales.³⁵²

Los elementos necesarios para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito son, de acuerdo con al artículo 2º del Proyecto: a) comportamiento **atribuible al Estado** y b) que sea **incompatible con sus obligaciones internacionales**. Por tanto, una característica importante a resaltar es que no se requiere en absoluto que exista culpa o dolo por parte del Estado para efectos de determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito.³⁵³

En cuanto a la **atribución** de un comportamiento determinado a un Estado, el capítulo II del Proyecto, artículos 4 a 11, especifica

350 La Asamblea General de las Naciones Unidas, desde que tomó nota del proyecto de artículos, refiere a la posibilidad futura de aprobar su texto como tratado: Resoluciones N°. A/RES/56/83, 12.12.2001; A/RES/59/35, 2.12.2004; A/RES/62/61, 6.12.2007; A/RES/ 65/19, 6.12.2010; A/RES/68/104, 16.12.2013; A/RES/71/133, 13.12.2016; A/RES/74/180, 18.12.2019. Estableció su próxima revisión para el 77º periodo de sesiones (2022).

351 *Vid.* Compilaciones realizadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, A/62/62, 1.02.2007; A/62/62/Add.1, 17.04.2007; A/65/76, 30.04.2010; A/68/72, 30.04.2013; A/71/80, 21.04.2016; A/71/80/Add.1, 20.06.2017; A/74/83, 23.04.2019.

352 CRAWFORD (2009), p. 3.

353 *Íd.*, p. 4.

su alcance refiriéndose a actos de: 1) órganos del Estado (art. 4); 2) persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público (art. 5); 3) órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado (art. 6); 4) persona o grupo de personas bajo la dirección o control del Estado (art. 8); 5) persona o grupo de personas que ejercen de hecho atribuciones del poder público en ausencia o defecto de las autoridades oficiales (art. 9); 6) movimiento insurreccional o de otra índole que se convierta en el nuevo gobierno del Estado o que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración (art. 10); 7) comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio.

Es importante destacar que el acto debe ser calificado de ilícito por el derecho internacional y no por el derecho interno. Por ejemplo, si una ley es contraria a un tratado, será lícita ante el derecho interno, pero ilícita ante el derecho internacional.³⁵⁴

Por otra parte, respecto de la noción fundamental de **ilicitud**, en el capítulo V del Proyecto se enumeran las circunstancias que excluyen la ilicitud, a saber: consentimiento (artículo 20); legítima defensa (artículo 21); contramedidas debido a un hecho internacionalmente ilícito (artículo 22); fuerza mayor (artículo 23); peligro extremo (artículo 24), y necesidad (artículo 25).

También se ha de considerar que existe una categoría concreta de hechos ilícitos: aquellos que, en reemplazo de la problemática categoría de “crímenes internacionales”, ahora se denominan “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general”³⁵⁵. Estas generan una responsabilidad agravada que se caracteriza por no permitir exclusiones de la ilicitud (artículo 26), pues las normas de *ius cogens* son aquellas normas de derecho internacional general que son imperativas, indisponibles e irrenunciables para sus destinatarios.

354 LLANOS (2007), p. 724.

355 CRAWFORD (2009), p. 5.

Por ejemplo, como individuo protegido por la norma de *ius cogens* de prohibición de la tortura, no se puede renunciar a tal protección y **consentir** en tal atentado contra la integridad física y psicológica; o un Estado no podría adoptar como contramedida una que se aparte del cumplimiento de las normas de *ius cogens*, así un genocidio no justifica otro genocidio.³⁵⁶

Luego, se consideran violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general aquellas que constituyen un incumplimiento flagrante o sistemático, es decir, los ataques directos y abiertos en contra de los valores que protege la norma, o aquellos llevados a cabo de forma organizada y deliberada.

Recordemos que las obligaciones internacionales no están todas en un mismo plano, por tanto existe una distinción cualitativa entre diferentes violaciones del derecho internacional, a los efectos de la responsabilidad del Estado; distinto es el caso de una violación de una obligación lesionando a solo un Estado, que la violación de una obligación que es debida a la comunidad internacional en su conjunto, y que habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión todos los Estados tienen un legítimo interés en su protección.

En el caso de las normas de *ius cogens*, emanan obligaciones que existen con relación a la comunidad en su conjunto y, por tanto, conforme al artículo 48 del Proyecto en análisis, cualquier Estado, aunque no sea el directamente lesionado con la violación, puede invocar la responsabilidad del Estado infractor.

Luego, debido al bien jurídico protegido por las normas de *ius cogens* -la paz y seguridad internacionales, y la dignidad de la persona humana-, surge una **responsabilidad internacional agravada** en caso de transgresión.

El violar una norma de *ius cogens* es grave, pues implica un incumplimiento flagrante (se refiere a la intensidad de la violación o sus efectos)

356 Cfr. AGUILAR (2006a), p. 132; KAWASAKI (2007), pp. 10-11; LINDERFALK (2007), p. 868; UNITED NATIONS (2001), p. 85 § 4.

o sistemático (violación que se lleva a cabo de manera organizada y deliberada) a obligaciones que son fundamentales para la salvaguardia de los intereses esenciales de la comunidad internacional. En ciertos supuestos, la gravedad derivará exclusivamente de la importancia suprema del valor protegido por la norma, *v.g.* si se incumple la obligación de abstenerse del uso de la fuerza. En este caso basta con una única vulneración del principio para que el ilícito sea calificado como grave. Otras veces, en cambio, junto a la esencialidad del valor protegido se exige una particular intensidad de la violación para que esta pueda definirse como grave, *v.g.* es lo que ocurre en relación con la obligación de respetar el núcleo o estándar mínimo de los derechos humanos fundamentales, los cuales tienen carácter de imperativos.

Así, los factores que permiten establecer la gravedad de la violación incluyen el intento de transgredir una norma, el alcance y número de violaciones individuales, y la gravedad de las consecuencias para las víctimas. También se ha de considerar que, respecto de algunas normas perentorias, como se denota en las prohibiciones de la agresión y del genocidio, por su naturaleza requieren una violación a larga escala.³⁵⁷

3.3.2 La responsabilidad internacional

Las consecuencias más importantes de la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito son la **obligación de cesación, no repetición y reparación**.³⁵⁸ La obligación de cesación de la conducta ilícita tiene por objeto poner fin a la violación del derecho internacional y salvaguarda la validez continua y efectividad de la norma internacional que ha sido transgredida. Así, se protege tanto

357 Cfr. UNITED NATIONS (2001), p. 113 § 7 y 8; CEBADA (2002), p. 9.

358 Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, artículos 30 y 31:

“Artículo 30. Cesación y no repetición.

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

a) A ponerle fin si ese hecho continúa;

b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31. Reparación.

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.

el interés del Estado directamente perjudicado y los intereses de la comunidad internacional en su conjunto en cuanto a la preservación de las normas de derecho internacional.³⁵⁹

Para la responsabilidad agravada por violación de normas de *ius cogens*, el artículo 41 del Proyecto señala como consecuencias adicionales: 1) **deber de protección**, por el que los Estados deben cooperar para poner fin a la violación a través de medios lícitos³⁶⁰; 2) **deber de abstención**, por el cual los Estados no pueden reconocer como

lícitas este tipo de violaciones, y menos prestar ayuda o asistencia para mantenerla.³⁶¹ Se previene que estas obligaciones adicionales derivadas de la violación se generan no solo respecto del Estado responsable o para el Estado afectado, sino para todos los demás Estados.³⁶² Además, estas se generan sin perjuicio de otras, es decir, al igual que cualquier otra violación de un hecho ilícito, genera las consecuencias para el Estado responsable de cesar en el hecho ilícito, de cumplir con la obligación violada, de dar garantías de no repetición, y de dar reparación a los afectados.³⁶³

La existencia de esta obligación de reconocer las graves violaciones de las normas perentorias del derecho internacional ya ha sido soportada por la práctica internacional y decisiones de la Corte Internacional de Justicia.

359 UNITED NATIONS (2001), p. 89 § 5.

360 La obligación de cooperar solicita a todos los Estados un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de las graves violaciones, lo cual en ocasiones se encuentra ya regulado en el marco de alguna organización internacional, por ejemplo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. SHELTON (2002), pp. 843-844 y CRAWFORD (2004), pp. 296-297, hacen alusión a las acciones llevadas a cabo por el referido Consejo para responder a los actos ilegales en el Sur de África, y a la invasión ilegal de Kuwait por Irak en 1990.

361 Respecto al deber de abstención, y los elementos de "ayuda o asistencia", CRAWFORD (2004), p. 299, opina que deben interpretarse en relación con el artículo 16 del instrumento internacional, que presupone que el Estado conoce "las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito", lo cual no es necesario repetir en el artículo 41, pues es difícil imaginar que un Estado no esté enterado de la ocurrencia de una grave violación de obligaciones cometida por otro Estado.

362 Ello debido a que las normas de *ius cogens* generan obligaciones *erga omnes*, es decir, aquellas existentes de frente a una multitud de Estados, por lo que generan el derecho de todos y cada uno de ellos a velar por el cumplimiento de las normas que las originan, y en caso de incumplimiento, demandar el cese de la violación y a hacer valer la responsabilidad emergente consecuente. Cfr. MERON (1987), p. 355; MARIÑO (2005), p. 827; artículos 1 y 2 de la Resolución 1º del Instituto de DI, en la sesión de Krakow 2005 a propósito del trabajo de la 5º Comisión que estudió el tema Obligaciones y derechos *erga omnes* en el DI.

363 Cfr. CRAWFORD (2004), pp. 292 y 300; CASADO y VÁSQUEZ (2005), pp. 353-354.

En efecto, la Declaración sobre los Principios de DI referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, afirma que los Estados no reconocerán como lícita ninguna adquisición de territorio hecha por medio del uso de la fuerza. Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en la Cuestión relativa a la situación en Rhodesia del Sur, mediante resolución N° 216 de 1965 condena la declaración unilateral de independencia proclamada por una minoría racista de Rhodesia del Sur, y pide encarecidamente a todos los Estados que no reconozcan este régimen ilegal y se abstengan de prestarle asistencia.

Luego, en 1990, respecto a la invasión de Kuwait por Irak, declaró que la adquisición de territorio no tenía validez legal y que era considerada nula e inválida, y exhortó a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocerlo y abstenerse de realizar cualquier acción o transacción que pudiera ser interpretada, directa o indirectamente, como un reconocimiento. De hecho, ningún Estado reconoció la anexión y los efectos fueron subsecuentemente revertidos.³⁶⁴

En cuanto a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, la Opinión Consultiva en el Caso de Namibia exhorta a los Estados a un no reconocimiento de la situación:

“[E]l término del Mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia es oponible a todos los Estados, en el sentido de la exclusión erga omnes de la legalidad de una situación que es mantenida en violación de la ley internacional: en particular, ningún Estado que establezca relaciones con Sudáfrica en lo que concierne a Namibia puede esperar que las Naciones Unidas o sus Miembros reconozcan la validez o los efectos de tal relación, o de las consecuencias de eso. El Mandato habiendo sido terminado por la decisión de la organización internacional

364 Véase Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970; Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones N° 662, de 9 de agosto de 1990; *Cfr.* UNITED NATIONS (2001), pp. 114 y 115 § 7.

en la cual la autoridad de supervisión sobre su administración fue concedida, y habiendo sido declarada ilegal la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia, es dado para todos los Estados actuar en concordancia con aquellas decisiones”.³⁶⁵

En cuanto a la **obligación de reparación**, siguiendo las bases establecidas por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Fábrica de Chorzow³⁶⁶, incluye la eliminación de las consecuencias del acto ilícito, restableciendo a la situación en la que hubiera estado si no se hubiera ejecutado tal conducta; la restitución de la especie, o pago por equivalencia si no fuera posible tal restitución; una indemnización de daños por la pérdida sufrida.

El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional también refiere, para que la reparación sea íntegra, a una indemnización por el daño moral, especificando en su artículo 37 que ello incluso puede consistir en un “reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada”. Así, la total e integral reparación del perjuicio causado por cualquier hecho internacionalmente ilícito tiene por función restablecer la situación existente con anterioridad a la vulneración, o compensar al afectado por las consecuencias adversas de la ilicitud cometida.³⁶⁷

Por otra parte, tratándose de reparación integral en materia de violaciones de derechos humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional, se incluye la **obligación de persecución de las responsabilidades**.³⁶⁸

365 Corte Internacional de Justicia (1971), *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970); párrafo 126.

366 Corte Permanente de Justicia Internacional, caso de la Fábrica de Chorzow (1928, Serie A, N° 17), p. 47.

367 Cfr. UNITED NATIONS (2001), p. 91.

ZEGVELD (2010), pp. 81-82, enfatiza que la reparación es un principio establecido en los sistemas legales internos y aplicable en el DI, aludiendo a su reconocimiento en la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Fábrica de Chorzow (1928), como reparación integral a aquella que invalida los efectos del acto ilegal y reestablece la situación al estado anterior de la violación. Asimismo, destaca la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la construcción de un muro israelí en territorios ocupados por palestinos (2004), en cuanto reconoce la obligación entre Estado e individuos al sostener que Israel debiera pagar compensación a las víctimas de los daños ocasionados por la destrucción de las propiedades debido al muro, por violar normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

368 Así, por ejemplo, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se ha reconocido la obligación de reparar a los individuos cuyos derechos han sido violados, y la Corte Interamericana de

Existe una ampliación del ámbito de los sujetos legitimados para invocar la responsabilidad del Estado infractor; no solo el sujeto directamente afectado, sino cualquier otro, pues el régimen jurídico de responsabilidad dispuesto para estos supuestos tiene su fundamento en la naturaleza de la obligación violada y en la gravedad de la violación. Esto ocurre respecto de las normas de *ius cogens* al proteger intereses esenciales para la comunidad internacional, bienes protegidos de carácter colectivo, por lo que los Estados deben hacer cumplir a terceros (Estados o particulares) la norma de *ius cogens* incluso reprimiendo penalmente las conductas de particulares que la han violado y, finalmente, establecer los mecanismos para, en su caso, otorgar a las víctimas de la violación en cuestión una reparación adecuada.³⁶⁹ En estos casos, incluso la responsabilidad internacional del Estado es conjunta a la responsabilidad individual penal de quien haya ejecutado el crimen internacional de carácter de *ius cogens*. Si bien es imposible la existencia de una responsabilidad penal del Estado, ello no obsta a que la persona que materialmente haya participado en la comisión de un crimen internacional de carácter de *ius cogens* sea sancionada por la comisión del ilícito; la responsabilidad internacional del Estado es conjunta a la responsabilidad penal del individuo.

Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia en relación a la obligación de investigar y sancionar íntegramente la comisión de crímenes internacionales que violan prohibiciones de carácter *ius cogens*. V.g. CtIDH: Caso Gomes (2010, serie C N° 219, párrafo 180); Caso Ibsen (2010, serie C N° 217, párrafos 197-198); Caso Chitay (2010, serie C N° 212, párrafo 193); Caso de la Masacre de las dos Erres (2009, Serie C N° 211, párrafos 140-141); Caso Ríos y otros vs. Venezuela (2009, Serie C N° 194, párrafos 283-284); Caso Perozo (2009, Serie C N° 195) párrafos 298-299; Caso del Penal Miguel Castro Castro (2006, Serie C N° 160, párrafo 404-405); Caso Goiburú y otros (2006, serie C N° 153, párrafos 128-132; Caso La Cantuta (2006, serie C N° 162, párrafos 157-160); entre otros.

369 Cfr. ACOSTA (1995), p. 16; CEBADA (2002), p. 8 nota 21; MARIÑO (2005), p. 828; AGUILAR (2006a), p. 131.

3.4 Rol de las jurisdicciones nacionales en el cumplimiento de las obligaciones internacionales

Las **sentencias internacionales**, a diferencia de las sentencias extranjeras que requieren del procedimiento de *exequatur*, no necesitan un mecanismo interno de ejecución, pues las sentencias dictadas por un tribunal internacional contienen un **reconocimiento de validez** previo y suficiente, que las exime de todo trámite interno de autenticación, pudiéndose exigir su cumplimiento del mismo modo que si se tratara de una sentencia dictada por un tribunal nacional.

Esta validez interna proviene del previo **reconocimiento de competencia** formulado por el Estado parte en el instrumento que las crea³⁷⁰; además, suele reconocerse indirectamente una posible mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de la jurisdicción supranacional sobre la nacional, pues las sentencias internacionales están constituidas por un conjunto de principios y normas establecidas de forma más o menos uniforme, viniendo a formar parte del acervo jurídico internacional con una cierta autoridad implícita, pues los tribunales internacionales están integrados por los jueces mejor calificados, con mayor experiencia, que gozan de prestigio o reconocidas cualidades; el número de jueces que los integran permite inferir que los criterios por ellos sustentados tienen como base análisis exhaustivos, seriamente discutidos y razonados acerca de la cuestión planteada, por lo cual deben tomarse como pautas a seguir por el resto de los juzgadores; son usualmente órganos de decisión última de las controversias, la interpretación que realizan no está sujeta a la revisión de órganos ulteriores, sus resoluciones son definitivas y los criterios en ellas vertidos constituyen una explicación directa y última, acerca de las disposiciones del derecho internacional, conformando así, la norma y su interpretación, el **estándar normativo** cuyo cumplimiento puede ser exigido y que debe ser observado por los Estados.

370 Cfr. MARIÑO (1999), p. 563.

Además, en materia de derechos humanos, debiese existir una posición no de confrontación, sino de **colaboración** entre ambas jurisdicciones, tanto por motivos funcionales como sustantivos; ello contribuye a una similar tutela nacional y supranacional de los derechos fundamentales de la persona.³⁷¹

Por otra parte, las sentencias internacionales gozan no solo de una eficacia *inter partes*, es decir, de efectos jurídicos inmediatos y directos entre las partes en el proceso, sino también tienen **efectos reflejos**, potencialmente irradiadores del orden internacional en el orden jurídico nacional. Luego, es posible utilizarlas como medio de argumentación y fundamentación en las cortes y sentencias nacionales. El Estado que recibe una condena debería no solo procurar el cumplimiento de lo prescrito a favor de las víctimas, sino además sanear las deficiencias o implementar las reformas necesarias para ajustar el orden nacional al internacional. De esta forma, el seguir los criterios de la judicatura internacional podría conllevar una economía procesal, pues se evitaría así futuros casos que se presenten ante las cortes internacionales y que podrían terminar en condenas similares del Estado, por apartarse la jurisprudencia nacional de los criterios ya establecidos en el ámbito internacional.

Las decisiones de los tribunales internacionales han ejercido considerable influencia en el desarrollo del derecho internacional, sobre todo aquellas emanadas de los tribunales de mayor autoridad, en cuanto tienden a ser invocadas como **testimonio autorizado** de las reglas del derecho internacional y a inspirar decisiones judiciales posteriores. Las sentencias de los tribunales internacionales trascienden sus efectos relativos formales e incluso pueden cristalizar una norma de derecho internacional.³⁷²

De esta forma, el **cumplimiento de buena fe** de las normas internacionales y la **imposibilidad** de invocar disposiciones de derecho interno para sustraerse de las obligaciones internacionales, también se ve reflejado en el ámbito jurisdiccional, pues los Estados están

371 Cfr. SAGÜÉS (2003), p. 214; NOGUEIRA (2006a), p. 18.

372 En este sentido, cfr. SAGÜÉS (2003), p. 214; BENADAVA (2004), p. 32.

obligados a cumplir las sentencias de órganos jurisdiccionales internacionales aunque ellas no establezcan la ejecutoriedad interna de tales sentencias.³⁷³ Se ha denominado doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de las cortes internacionales o supranacionales al deber de dar seguimiento a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales internacionales o supranacionales, sin perjuicio del margen limitado de interpretación de que disponen los tribunales nacionales, en cuanto han de realizar una interpretación armonizadora del derecho interno con las obligaciones provenientes del derecho internacional.³⁷⁴

En este cumplimiento, es el propio Estado el que determina los medios a través de los cuales concretará y ejecutará las obligaciones emanadas de estas sentencias, entre ellos, anulaciones de resoluciones judiciales, modificaciones normativas, cambio de conducta de los agentes estatales y cambios de interpretación y aplicación del derecho por los tribunales nacionales en seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Internacional. En cuanto a esta última medida, se ha de destacar que el Poder Judicial también puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, por tanto, debe ser consciente de la importancia del papel que juega en dar cumplimiento y hacer estas sentencias internacionales efectivas.³⁷⁵

373 Cfr. Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2020), p. 6.

374 Cfr. MARIÑO (1999), p. 560; NOGUEIRA (2006b), pp. 364-365; NOGUEIRA (2008a), p. 297; ALDUNATE (2008), p. 130.

375 Como destaca ALFONSO (2010), p. 65, la CADH solo se refiere en el artículo 68 a los efectos de las sentencias respecto de las partes intervinientes en el proceso; en virtud de tal disposición, los Estados parte en el proceso que hayan reconocido la competencia de la CtIDH se obligan a cumplir lo por ella resuelto. La CADH no se refiere a los efectos reflejos o irradiadores de esa sentencia en otros Estados no parte en el proceso o en el mismo Estado respecto de otras víctimas en casos similares. El reconocimiento de efectos más amplios de las decisiones de la Corte lo hacen los Estados, sea mediante norma legal o constitucional o mediante alguna doctrina desarrollada por sus órganos. A continuación, pp. 65-79, el autor informa acerca de la existencia de una norma legal o constitucional que se refiera a los efectos de la jurisprudencia interamericana o sobre la postura asumida por los órganos estatales sobre el particular, en diversos Estados de la región, tales como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Así constata que solo en Perú existe una norma legal que se refiere a la jurisprudencia internacional como herramienta de interpretación del contenido de los derechos constitucionales (Ley N° 28.237, de 2004, Código Procesal Constitucional artículo 5°, la cual recoge la doctrina del Tribunal Constitucional peruano respecto del valor de la jurisprudencia internacional). Similar estudio realiza MARTÍNEZ (2010) respecto de Guatemala, El Salvador y Costa Rica, pero circunscrito al impacto de la jurisprudencia interamericana en el Derecho Penal interno, afirmando que los dos primeros Estados referidos, *Ídem*, p. 103, no asumen una vinculación amplia a la jurisprudencia interamericana, pues *Ídem*, p. 121, Guatemala a través de la Corte de Constitucionalidad no considera vinculante la jurisprudencia de la CtIDH; sin embargo, en algunos casos, la CS y otros tribunales de ese Estado aplican jurisprudencia interamericana. Por su parte, *Ídem*, pp. 111-114, en El Salvador no existe una jurisprudencia clara respecto de los efectos de las sentencias de la CtIDH, aunque algunas sentencias de la CS de este Estado utilizan de-

Las sentencias internacionales son obligatorias, pero no ejecutivas, es decir, no existe un órgano supranacional con capacidad de ejecutarlas y, por tanto, el Estado ha de dar cumplimiento voluntario a las mismas, demostrando un actuar consecuente con los compromisos adquiridos con el derecho internacional. Con todo, existen medios indirectos para incentivar esta ejecución, tales como mecanismos de presión político-moral, *v.g.* la Corte Interamericana de Derechos Humanos presenta a la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos un informe anual en el cual da publicidad a los incumplimientos de los fallos por ella dictados, algo que la mayoría de los Estados prefiere evitar, dadas las implicancias que esto pudiera conllevar, pues la imagen ante la comunidad internacional de un Estado que no respeta los fallos de un tribunal internacional afecta las relaciones con los demás Estado y organismos internacionales, al debilitarse la confianza política y social del propio Estado. Además, afecta en el ámbito económico internacional, pues los inversionistas y las entidades financieras internacionales que ayudan con créditos a estos Estados no se arriesgarían a invertir en un país que no acata las decisiones o los acuerdos internacionales.

Esta teoría del seguimiento de los criterios de las cortes internacionales puede utilizarse por los tribunales nacionales como argumento en la implementación de estándares internacionales en el orden interno, aludiendo a fallos internacionales, y no solo aquellos que condenan al Estado en particular, tratándose de normas de *ius cogens*, pues es útil para mostrar que realmente la norma tiene reconocimiento en otras latitudes (*opinio iuris cogentis*) y cómo han sido interpretadas estas normas en su contenido y efectos en los foros internacionales.

terminados criterios de la CtIDH en sus propias sentencias, en materia de detención preventiva, daño moral, defensa del imputado; mientras tanto, en Costa Rica no solo existe reconocimiento de las decisiones de la CtIDH desde inicios de los 90 en sus tribunales internos, sino también esta jurisprudencia logró influir y moldear el derecho local de Costa Rica al impulsarse reformas legislativas de envergadura en el ámbito penal, que es el área analizada por el autor.

La judicatura chilena ha reconocido la obligatoriedad y efectos en el orden interno de las decisiones judiciales internacionales, y aunque no lo indique expresamente, es usual encontrarse con citas a fallos internacionales³⁷⁶ o con referencias generales a la jurisprudencia internacional.³⁷⁷ En Latinoamérica, suelen también referir a sentencias internacio-

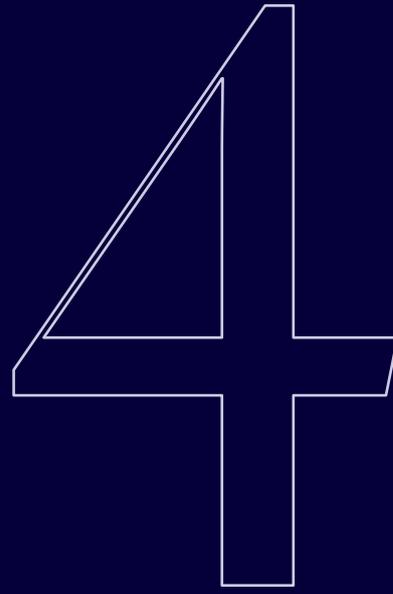
-
- 376 Véase *v.g.* Corte Suprema: *Contra Flores y otro, caso Molco* (2006, rol N° 559-2004, en sus considerandos décimo noveno y vigésimo menciona sentencias de la CtIDH); *Caso Velásquez Rodríguez* (1988, serie C N° 4); *Caso Godínez Cruz* (1989, serie C N° 5); *Caso Blake* (1998, serie C N° 36); *Caso Barrios Altos* (2001, serie C N° 75), y *Caso Almonacid* (2006, serie C N° 154), para apoyar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad; Corte de Apelaciones de Santiago: *Contra Contreras Sepúlveda y otros, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez* (2004, rol N° 11821-2003) que en su considerando cuadragésimo noveno cita dos sentencias de la CtIDH; *Caso Velásquez Rodríguez* (1988, serie C N° 4) y *Caso Godínez Cruz* (1989, serie C N° 5), destacando la interpretación que en ellas se hizo del artículo 1° párrafo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; considerando quincuagésimo, que menciona sentencia dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en *Treatment of Polish nationals and other persons of Polish origin or speech in the Danzig territory* (1932, serie A/B N° 44, p. 24) para enfatizar el reconocimiento como principio del derecho internacional, de la imposibilidad de un Estado de invocar sus normas internas para sustraerse de las obligaciones internacionales; luego en el considerando octogésimo cuarto hace referencia al *Caso Barrios Altos* (2001, serie C N° 75) para indicar que la CtIDH, ha interpretado que la prescripción y la amnistía son incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 377 Véase *v.g.* *Ministro de Fuero: Gallegos con Fernández* (2007, rol N° 2182-1998) considerando cuarto; *Contreras con Ruiz y otros* (2005, rol N° 120.133 K) considerando quinto; *Aguirre con Astudillo y otros* (2005, rol N° 2182-1998) considerando cuarto; *Riquelme con Lecaros y otros* (2005, rol N° 2182-1998) considerando noveno, y Corte de Apelaciones de Santiago, *Contreras con Ruiz y otros* (2006, rol N° 146-2006) prevención 5° del voto concurrente de ZEPEDA, aluden a “la práctica de los tribunales nacionales miembros de la Organización de las Naciones Unidas, además de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad”; Corte de Apelaciones de Santiago: *Ríos con Pinochet y otros* (2007, rol N° 7668-2006) considerando decimocuarto, donde refiere a la “reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; *Ortiz con Fisco de Chile* (2009, rol N° 7985-2007) considerando decimocuarto alude a la “jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura de las Naciones Humanas” en cuanto la obligación de investigar, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas de crímenes internacionales de carácter *ius cogens* como la tortura; Corte Suprema: *Lagos y otros con Guerra y otro* (2008, rol N° 4662-2007), considerando tercero del voto disidente del abogado integrante Hernández, menciona a la “jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional”.

nales en sus fallos, especialmente, la jurisprudencia argentina³⁷⁸,
y la colombiana.³⁷⁹

378 Véase *v.g.* Corte Suprema de la Nación Argentina: Girolodi (1995, causa N° 32/93, expediente G. 342 XXVI) en su considerando decimosegundo menciona la Opinión Consultiva N° 11 de la CtIDH (1990, serie A N° 11) para destacar que “la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; Contra Nicolaidis (2000, causa N° 10.326/96, expediente C. 786) voto de Boggiano en el cual se refiere al reconocimiento de las obligaciones *erga omnes* hecho por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* (1970); Contra Simón y otros (2004, causa N° 17.768) párrafo VIII.C del dictamen del Procurador General de la Nación Becerra cita la Opinión Consultiva N° 10 de la CtIDH (1989, serie A N° 10) para destacar el pleno valor vinculante de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como fuente de obligaciones internacionales; también menciona los casos contenciosos de la CtIDH Velásquez Rodríguez (CtIDH, 1988, serie C N° 4) y Barrios Altos (CtIDH, 2001, serie C N° 75) en cuanto interpretan el artículo 1° párrafo 1° de la CADH; Verbitsky (2005, expediente V. 856. XXXVIII) menciona el caso de la CtIDH, Instituto de Reeducción del Menor (2004, serie C N° 112) para utilizar la interpretación que ahí se hace del artículo 5° de la CADH; Hagelin (2007, expediente H. 381. XLII) párrafo 3 del dictamen del Procurador general de la Nación, Righi.

ALFONSO (2010), pp. 66-67, afirma que la doctrina imperante desarrollada por la Corte Suprema de la Nación Argentina es el de considerar la jurisprudencia americana, pues para interpretar la CADH, necesariamente deben considerar la interpretación y aplicación que sobre esta realiza la CtIDH al resolver los casos sometidos a su competencia, aunque el Estado no haya sido parte del proceso y refiere a los casos Corte Suprema de la Nación Argentina: Contra Arancibia y otros (2004, causa N° 259) párrafo 60, idéntico a Mazzeo y otros (2007, expediente M. 2333. XLII) considerando: “(...) la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (...);” Contra Simón y otros (2005, causa N° 17.768) párrafo 17: “(...) tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...).”

379 Véase *v.g.* Corte Constitucional de Colombia (2002, sentencia N° C-578/02) párrafo 2.2 del apartado V sobre las consideraciones y (2009, sentencia N° C-488/09) apartado VI sobre Consideraciones y Fundamentos, párrafo 6.1.1, que citan la Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del crimen de Genocidio, de la Corte Internacional de Justicia de 1951, para destacar el reconocimiento de la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens*; Corte Constitucional de Colombia (1992, sentencia N° C-574/92) párrafo c) del apartado V sobre las consideraciones, y (1995, sentencia N° C-578/95) párrafo 3.2 del acápite II sobre los fundamentos del fallo, que refieren a los casos de la Corte Internacional de Justicia, *Corfu Channel* (1949) y *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (1986) para enfatizar la existencia de una estrecha conexión entre el derecho internacional humanitario y el *ius cogens*; Corte Constitucional de Colombia (2007, sentencia N° C-291/07) párrafo D.2.2.1 se refiere al concepto de las obligaciones *erga omnes* explicado por la Corte Internacional de Justicia en el Caso *Barcelona Traction* (1970). En la solicitud de extradición ante la Corte Suprema de Colombia, Montoya (2008, proceso N° 28683) salvamento de voto de Bustos cita el caso de la CtIDH Masacre de Mapiripán (2005, serie C N° 134) para destacar que el Estado colombiano incurrió en responsabilidad internacional y fue condenado por no haber impartido justicia y haber garantizado los derechos de las víctimas, respecto a la búsqueda de verdad, justicia y reparación, en el caso de crímenes internacionales con carácter de *ius cogens*.



Aplicación en Chile del DIH y el DPI

4.1 La aplicación en Chile de los Convenios de Ginebra

4.1.1 Evolución jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad penal

Recordemos que los Convenios de Ginebra de 1949 son los instrumentos internacionales principales que codifican las normas del derecho internacional humanitario, aquellas normas internacionales que regulan las formas en que se pueden librar los conflictos armados y que intentan limitar los efectos de estos, protegiendo especialmente a las personas que no participan en las hostilidades (civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias) y a los que ya no pueden seguir participando en ellas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra).³⁸⁰

Chile ratifica estos Convenios el 12 de octubre de 1950³⁸¹ y les otorga vigencia interna a través del Decreto Supremo N° 752, publicado en el Diario Oficial el 17 de abril de 1951. Luego, en el sistema judicial chileno se han presentado diversos casos en los cuales se ha discutido en torno a la aplicación de los Convenios de Ginebra, a propósito de crímenes de guerra acaecidos durante el gobierno militar de Augusto Pinochet Ugarte, especialmente en los periodos en que rigió la declaración de estado de sitio por conmoción interior, pues si bien no existía una declaración formal y expresa de guerra civil, se interpretaba al estado de sitio como estado de guerra para efectos de la aplicación de los tribunales militares de tiempos de guerra.

En efecto, el artículo 1 del Decreto Ley N° 5 de 1973, indica: “Declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse ‘estado o tiempo de guerra’ para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”. Luego el estado de sitio

380 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2014).

381 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2014).

por conmoción interna estuvo vigente entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, y entre el 6 de noviembre de 1984 y el 17 de junio de 1985. En complemento, el artículo 418 del Código de Justicia Militar estableció que “se entiende que hay estado de guerra o que es tiempo de guerra, no solo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho la declaración oficial”.

En una primera etapa (1990-1998), los sentenciadores negaban su aplicación por considerar que no se cumplía con el supuesto para ello, a saber, la existencia de un conflicto bélico efectivo³⁸²:

1. De los artículos 2º y 3º comunes a los cuatro Convenios de Ginebra, resulta de manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos, que surjan dentro del territorio de algunas de las Altas Partes contratantes, tratándose de un efectivo conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas.
2. No es posible sostener que al interior del país existieron fuerzas armadas (FF. AA.) disidentes o grupos organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercieran sobre una parte del territorio nacional un control suficiente que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, por lo que resultan inaplicables los Convenios de Ginebra.
3. Mediante Decreto Ley N° 3 de 1973 se declaró en estado de sitio por conmoción interna el territorio nacional, lo que no importó el reconocimiento de un estado de tiempo de guerra en el país, lo cual se dispuso solo con el objeto de dar aplicación a la normativa

382 DÍAZ (2006), pp. 307-308, refiriendo a casos judiciales emblemáticos, entre otros: Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Romo Mena (1994, rol N° 38683-94); Corte de Apelaciones de Temuco, Contra Rivera González y otro (2004, rol N° 333-2004); Corte Suprema, Almendras y otros (2003, rol N° 4054-2001); Contra Rivera González y otro (2005, rol N° 457-2005).

penal militar, tanto sustantiva, procesal y orgánica, según se deja expresamente consignado en el Decreto Ley N° 5 de 1973, pero no hace declaración alguna de guerra interna y su propósito fue, evidentemente, de carácter jurisdiccional a fin de permitir la represión de ciertos ilícitos por los tribunales militares, atendida la situación de subversión existente a la fecha, limitándose a señalar que el estado o tiempo de guerra lo es para solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo. De esta forma, en Chile el *estado de guerra* solo constituyó una ficción legal que no era reflejo de la realidad experimentada en esa época.

4. Los actos preventivos, previos o preparatorios de un estado de tiempo de guerra no necesariamente lo constituyen o desembocan en este, por cuanto el acaecimiento de “graves trastornos internos” podrá permitir la actuación de los “tribunales de tiempo de guerra, sin que signifique que el país esté en estado o tiempo de guerra”. La actuación de los tribunales de tiempo de guerra se enmarca en los actos preventivos de dicho tiempo o estado de guerra, al estar dirigido a disuadir actuaciones contrarias a las autoridades constituidas, ya que de hacerlo se les aplicaría la normativa que dicho estado contempla en la legislación penal militar, la que es más rigurosa.

Luego, en una segunda etapa (1998-2005), aceptan aplicarlos para fundar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, al interpretar que la declaración de estado de sitio como estado de guerra realiza una ficción legal de guerra que hace aplicable el uso de tal normativa internacional como debido contrapeso a una legislación especial abusiva y cercenadora de los derechos de las personas. Así, se reconoce que la imprescriptibilidad de estos crímenes es un principio perteneciente al derecho internacional consuetudinario que encuentra su consagración convencional en el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra de 1949, el cual señala que estos crímenes quedan prohibidos “en cualquier tiempo y lugar”. De esta forma, la prescripción, tanto en lo que se refiere a la persecución del delito como a la imposición de la sanción que en su caso corresponda,

nunca puede oponerse como causal de exención de la responsabilidad penal³⁸³:

1. El artículo 5º inciso segundo de la Constitución de 1980, aplicable en esta época, ordena a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales. Mientras que las disposiciones de los Convenios de Ginebra protegen los derechos humanos de los contendientes en caso de guerra externa o conflictos entre fuerzas organizadas de carácter interior de un Estado.
2. En la fecha en que se cometieron los ilícitos existía un conflicto armado, invocándose para probarlo el Decreto Ley N° 5 de 1973, que señala que debe entenderse estado o tiempo de guerra al estado de sitio decretado por conmoción interna para los efectos de la aplicación de la penalidad, de tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar.³⁸⁴ Entre esa legislación aplicable en un estado o tiempo de guerra, e incluso en conflictos armados sin carácter internacional, se encuentran los Convenios de Ginebra de 1949.
3. El artículo 418 del Código de Justicia Militar, vigente a la fecha, establecía: “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no solo 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”.

383 BUSTOS (2000); HORVITZ (2006); DÍAZ (2006), pp. 309-310, refiriendo entre otros a los siguientes casos: Corte Suprema, Desafuero Pinochet Ugarte (2000, rol N° 1920-2000) prevenciones Ministro Benquis, párrafo 2-5º y Contra Rivera González y otro (2005, rol N° 457-2005) párrafos 1-2 del voto disidente de los ministros señores Enrique Cury y Jaime Rodríguez Espoz, quienes estuvieron por rechazar el recurso de casación interpuesto por los condenados en segunda instancia; Corte de Apelaciones de Temuco, Contra Rivera González y otro (2004, rol N° 333-2004).

384 De acuerdo con el artículo 1º del referido decreto: “Declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”.

4. Había conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas que operaban en forma abierta o clandestina y durante todo el periodo rigieron los tribunales, los procedimientos y las penalidades de tiempo de guerra. Asimismo, había una acción militar al mando de un jefe especialmente nombrado al efecto, con atribuciones para dictar bandos.
5. Los artículos 146, 147 y 148 de los Convenios son de aplicación amplia aun fuera del estado de guerra: es el repudio de toda acción delictual que lleve a la comisión de “homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos” y es obvio que si estos delitos no pueden cometerse durante una guerra, mucho menos pueden ser cometidos durante el tiempo de paz. El convenio internacional estableció una garantía de esos derechos fundamentales del ser humano que no pueden ser quebrantados en ninguna circunstancia.
6. El Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

4.1.2 Evolución jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad civil

En una tercera etapa (2006 en adelante), en tribunales chilenos se discute sobre la prescripción de las acciones civiles reparatorias en casos de crímenes de lesa humanidad, y en especial sobre la interpretación de los jueces chilenos al aplicar los Convenios de Ginebra de 1949. Aquí también es posible observar una evolución jurisprudencial que transita de una postura negacionista de la aplicación de los Convenios de Ginebra a otra que considera conforme a cánones de interpretación del derecho internacional, como principio básico la **reparación integral** de las víctimas (o sus familiares) de violaciones a la dignidad humana, por tanto, la imprescriptibilidad de estos crímenes es aplicable no solo tratándose de responsabilidad penal, sino también de la civil.

En el periodo 2006-2014 prevaleció la postura de la prescripción de las acciones civiles reparatorias en casos de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Luego, a partir del 2015, la tendencia jurisprudencial mayoritaria reconoce la imprescriptibilidad integral de las acciones que persiguen la sanción de los crímenes de lesa humanidad.

Ante esta dicotomía, se hace necesario enfatizar que en el ámbito de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos, la aplicación interna de las normas internacionales se ha de realizar con una interpretación de sus disposiciones conforme a los parámetros de interpretación propios del derecho internacional. Y, por tanto, en el ámbito específico del Derecho Internacional Humanitario, la aplicación interna que realicen los tribunales de justicia domésticos ha de interpretar tales normas conforme a criterios teleológicos y sistemáticos, y no desde una perspectiva local que aplica criterios propios del sistema jurídico doméstico, desconociendo el plexo normativo internacional. En específico, los jueces que apliquen el estatuto de responsabilidad establecido en los Convenios de Ginebra para concluir si procede o no la prescripción de las acciones civiles que emanan de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario.

Es pertinente destacar que este cambio de paradigma, aunque las sentencias internas no lo declaren, puede deberse a la condena al Estado de Chile en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *García Lucero* (2013), por la tardanza en la investigación de hechos de tortura de los que tomó conocimiento al momento de postular al programa de pensiones de exonerados políticos el Sr. Leopoldo García en el año 1993. En la causa se establece la importancia y deber de los Estados de indemnizar a las víctimas de delitos de lesa humanidad como medio de reparación, y el hecho de no encontrarse impedido de solicitar su revisión o determinación en sede judicial, no obstante, el haber accedido a programas de especiales de indemnización por ley.

Asimismo, cabe destacar que Chile ha sido recientemente condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Órdenes Guerra* (2018), por transgredir el derecho de acceso a la justicia en perjuicio de familiares de víctimas de secuestro o detención, tortura

y desaparición forzada o ejecución durante el gobierno militar. Ello por el rechazo de los tribunales, entre 1997 y 2001, de demandas de indemnización de perjuicios en aplicación de la prescripción establecida en el Código Civil, siendo que los hechos que ocasionaron el daño son actos calificados como crímenes de lesa humanidad.

4.1.2.1 La prescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias (2006-2014)

A favor de la prescripción de estas acciones civiles, se arguyen razones de paz social y de certeza jurídica, pues se afirma que estas “constituye[n] un principio general del derecho” que “adquiere[n] presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que, por ley o en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones”.³⁸⁵

Luego, no se considera que la imprescriptibilidad de la acción penal arrastre de suyo la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias que surgen de la comisión del ilícito, y, por consiguiente, se aplica el plazo de cuatro años desde la perpetración del acto para establecer la prescripción de las acciones, conforme a la regla del artículo 2332 del Código Civil chileno sobre responsabilidad extracontractual, pues se considera que “tratándose de acciones de contenido patrimonial, no es posible desentenderse de las normas generales que gobiernan la materia corresponde también aplicar las reglas del derecho común contenidas en el Código Civil en materia de prescripción extintiva, máxime cuando existe norma expresa que señala que las reglas relativas a ella se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”.³⁸⁶

385 Corte de Apelaciones de Santiago: Zúñiga y otros con Contreras y otros (2017, rol N° 2348-2015), párrafo 4. Corte Suprema: Ávila c. Fisco de Chile (2009, rol N° 3540-2007), párrafo 9; Castillo y otros c. Fisco de Chile (2014, rol N° 16331-201), párrafo 7; Contra Estado de Chile (2011, rol N° 6299-2009), párrafo 11; Felber y otros c. Fisco de Chile (2015, rol N° 25921-2014), párrafo 7; Martínez y otros c. Fisco de Chile (2006, rol N° 6049-2005), párrafo 13; Rivas y otros con Fisco (2010, rol N° 7105-2008), párrafo 9; Salgado c. Fisco de Chile (2014, rol N° 7888-2014), párrafo 7; Vásquez c. Fisco de Chile (2014, rol N° 4700-2013), párrafo 9.

386 Corte de Apelaciones de Santiago: Abarzúa y otros con Fisco de Chile (2013, rol N° 2791-2011), párrafos 1-4; Ortega con Fisco de Chile (2008, rol N° 8917-2003), párrafo 1; Zúñiga y otros con Contreras y otros (2017, rol N° 2348-2015), párrafo 1. Corte Suprema: Rivas y otros con Fisco (2010, rol N° 7105-2008), párrafos 5 y 10-12; Ávila c. Fisco de Chile (2009, rol N° 3540-2007), párrafos 7 y 11-12; Castillo y otros c. Fisco de Chile (2014, rol N° 16331-2013), párrafos 3 y 8-9; Contra Estado de Chile (2011, rol N° 6299-2009), párrafos 7 y 12-13; Felber y otros c. Fisco de Chile (2015, rol N° 25921-2014), párrafos 5 y 8; Martínez y otros c. Fisco de Chile (2006, rol N° 6049-2005),

Los tribunales chilenos, para considerar estas acciones civiles imprescriptibles, exigen la existencia de una norma expresa que declare la improcedencia de la prescripción, y específicamente, se afirma la existencia de un vacío en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales respecto a la prescripción de las acciones civiles reparatorias, por lo que no cabría presumir que el derecho internacional se opone a reconocer efectos jurídicos al transcurso del tiempo: “[E]n ausencia de [estas reglas], corresponde estarse a las del derecho común, referidas específicamente a la materia la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra debe entenderse necesariamente referida a infracciones del orden penal”.³⁸⁷

Por otra parte, se estima que otros instrumentos internacionales, aunque se refirieran a la imprescriptibilidad de las acciones por vulneraciones a la dignidad humana, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no serían aplicables si no se encontraban vigentes en el momento de la comisión de los delitos.³⁸⁸

También, la Corte Suprema chilena ha estimado que el Estado ya ha dado cumplimiento al resarcimiento a través de beneficios otorgados por intermedio de las leyes N° 19.123 y 19.980, y que no se puede demandar indemnización por los mismos hechos que dieron lugar a los beneficios.³⁸⁹

párrafos 14-17; Salgado c. Fisco de Chile (2014, rol N° 7888-2014), párrafos 4 y 8-9; Vásquez c. Fisco de Chile (2014, rol N° 4700-2013), párrafos 5 y 10-11.

387 Corte de Apelaciones de Santiago: Ortega c. Fisco de Chile (2008, rol N° 8917-2003), párrafo 2.
Corte Suprema: Ávila c. Fisco de Chile (2009, rol N° 3540-2007), párrafo 9; Castillo y otros c. Fisco de Chile (2014, rol N° 16331-201), párrafos 4-6; Contra Estado de Chile (2011, rol N° 6299-2009), párrafo 8; Felber y otros c. Fisco de Chile (2015, rol N° 25921-2014), párrafo 6; Martínez y otros c. Fisco de Chile (2006, rol N° 6049-2005), párrafo 20; Rivas y otros con Fisco (2010, rol N° 7105-2008), párrafos 6-7; Salgado c. Fisco de Chile (2014, rol N° 7888-2014), párrafos 5-6.

388 Corte de Apelaciones de Santiago: Abarzúa y otros c. Fisco de Chile (2013, rol N° 2791-2011), párrafo 4; Zúñiga y otros c. Contreras y otros (2017, rol N° 2348-2015), párrafo 2.
Corte Suprema: Ávila c. Fisco de Chile (2009, rol N° 3540-2007), párrafo 9; Martínez y otros c. Fisco de Chile (2006, rol N° 6049-2005), párrafos 18-19; Vásquez con Fisco de Chile (2014, rol N° 4700-2013), párrafos 6-8.

389 La Ley N° 19.123, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1992 y actualizada el 10 de diciembre de 2009, crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y establece pensión de reparación y otros beneficios en favor de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, que se individualizan en el Volumen Segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, de conformidad al procedimiento establecido en la misma ley.
La Ley N° 19980, publicada en el Diario Oficial el 9 de noviembre de 2004 y actualizada el 10 de diciembre de 2009, modifica la Ley N° 19.123, ampliando beneficios.

Por otra parte, en ciertas ocasiones, los tribunales no dan a lugar a la demanda civil en contra del Fisco de Chile por crímenes de lesa humanidad que hayan impetrado funcionarios públicos, pues estiman que los tribunales penales son incompetentes para conocer de las indemnizaciones de perjuicios solicitadas, porque solo excepcionalmente se puede demandar civilmente en sede penal, pero exclusivamente en relación a los mismos hechos y procesados por la comisión de los delitos investigados, no extendiéndose al tercero civilmente responsable que en este caso sería el Estado.³⁹⁰ Sin embargo, cabe tener presente que sobre la procedencia y alcances del ejercicio de la acción civil en juicio penal, tampoco existe uniformidad de interpretación, pues la Corte Suprema chilena también ha sostenido que “la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal presenta como única limitación que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad”.³⁹¹

4.1.2.2 La imprescriptibilidad integral de las acciones que persiguen la sanción de los crímenes de lesa humanidad (2015-)

El núcleo central del argumento de esta tendencia jurisprudencial descansa en la convicción de que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad rige tanto para el ámbito civil como para el ámbito penal, pues la acción indemnizatoria no puede ser determinada a partir de las normas del derecho privado. Si bien las acciones se refieren a cuestiones patrimoniales, atienden a finalidades diferentes, pues las normas internacionales sobre derechos humanos reconocen, respetan y promueven la dignidad del hombre, debiéndose compensar adecuadamente a las víctimas y sobrevivientes de violaciones graves a los derechos humanos.³⁹²

390 Corte Suprema, Lejderman con Polanco y otros (2009, rol N° 696-2008), párrafos 38-43; Corte de Apelaciones de Santiago, Toro y otros con Contreras y otros (2007, rol N° 1579-2007), párrafos 20-23.

391 Corte Suprema, Lagos y otros con Guerra y otro (2008, rol N° 4662-2007), párrafos 34-37; Corte de Apelaciones de Santiago, Toro y otros con Contreras y otros (2009, rol N° 695-2008), párrafos 36-40.

392 Corte de Apelaciones de Santiago: Carrasco c. Fisco de Chile (2007, rol N° 6715-2002), párrafo 1; Fuenzalida y otros con Fisco de Chile (2008, rol N° 9663-2003), párrafo 2; Montiel c. Fisco (2007, rol N° 325-2002),

Más adelante, los fallos chilenos que siguen esta línea afirman la existencia de un verdadero estatuto internacional de imprescriptibilidad integral, válido no solo en lo penal, sino también en el ámbito civil, respecto de las indemnizaciones debidas en razón de la comisión de crímenes de lesa humanidad, pues “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior carece de sentido, frente a [una norma de] *ius cogens*, sostener la imprescriptibilidad para el ámbito [penal] y desestimarla para el [civil], aduciendo para ello que éste es patrimonial, así como también el derecho a la indemnización reclamada, y por lo mismo privada y renunciable”.³⁹³

Luego la Corte enfatiza que la fuente de este estatuto de responsabilidad internacional integral es el derecho consuetudinario, y en especial los principios básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, los cuales gozan de carácter de *ius cogens*, normas imperativas de derecho internacional general que derivan su vinculatoriedad no del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario. Por tanto, la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos, y ello ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de transgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por respondera criterios claramente ligados al interés privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada solo en la segunda mitad del siglo XX.³⁹⁴

párrafo 1; Muller y otro con Fisco (2007, rol N° 1211-2002), párrafo 6; Valencia c. Fisco de Chile (2007, rol N° 3595-2002), párrafo 4.

Corte Suprema: Rivas y otros con Fisco (2010, rol N° 7105-2008), párrafos 1-2; Contesse y otros c. Orozco y otros (2017, rol N° 5989-2017), párrafo 42.

393 Corte de Apelaciones de Santiago: Chacaltana y otros c. Fisco de Chile y otros (2016, rol N° 1100-2015), párrafo 14; Muller y otro con Fisco (2007, rol N° 1211-2002), párrafo 27; Toro y otros con Contreras y otros (2009, rol N° 695-2008), párrafo 40; Valencia con Fisco de Chile (2007, rol N° 3595-2002), párrafo 3.

Corte Suprema: Araneda y otros con Moren y otros (2017, rol N° 97856-2016), párrafo 11; Boettiger y otros c. Contreras y otros (2015, rol N° 30598-2014), párrafos 24-25; Lagos y otros con Guerra y otro (2008, rol N° 4662-2007), párrafos 42 y 48; Pereira y otros c. Luzoro y otro (2017, rol N° 1568-2017), párrafo 21.

394 Corte de Apelaciones de Santiago: Carrasco c. Fisco de Chile (2007, rol N° 6715-2002), párrafo 1; Contra Gómez Aguilar (2006, rol N° 37483-2004), párrafo 18; Fuenzalida y otros c. Fisco de Chile (2008, rol N° 9663-2003), párrafos 1 y 5; Lejderman c. Polanco y otros (2007, rol N° 11801-2006), párrafo 11; Montiel c. Fisco (2007, rol N° 325-2002), párrafo 2; Muller y otro c. Fisco (2007, rol N° 1211-2002), párrafos 7 y 25; Quiñones

En efecto, el concepto de reparación que interesa en estos casos es el incorporado a partir de la segunda mitad del siglo XX, a través de normas de carácter supraestatal del derecho internacional de los derechos humanos. Allí se ha reconocido la reparación integral como un derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos y a su vez una obligación del Estado, cuando ha incumplido su deber de garantía y protección de tales derechos.

Recordemos que antes de las guerras mundiales, el concepto jurídico de reparación fue construido desde el punto de vista de las relaciones entre particulares, a partir del reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual como una de las fuentes de las obligaciones y la máxima: “el que causa un daño debe repararlo”, es decir, como un deber general de reparar los daños que se causen a otras personas, por acción o por omisión, cuando no existe un deber jurídico de soportar tales daños.

Posteriormente, la teoría de la responsabilidad extracontractual fue ampliada al contexto de las relaciones entre Estado y particulares, en lo que se conoce como la doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado, que hoy en día goza de una elaboración conceptual amplia tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Este enfoque tradicional concibe la reparación básicamente desde un punto de vista económico, que incluye daño emergente, lucro cesante, y daño moral, pero no solo se valora exclusivamente en términos económicos para efectos de la reparación, sino que además es prescriptible.³⁹⁵

También, la Corte Suprema chilena refiere como argumento complementario a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha reconocido y desarrollado este principio básico

c. Fisco de Chile (2010, rol N° 7816-2009), párrafo 14; Toro y otros con Contreras y otros (2009, 695-2008), párrafo 42; Valencia c. Fisco de Chile (2007, rol N° 3595-2002), párrafo 2; Vergara c. Fisco de Chile (2009, rol N° 2495-2008), párrafo 11.

Corte Suprema: Contra Flores y otro (Caso Molco) 2006, párrafo 5; Lagos y otros con Guerra y otro (2008, rol N° 4662-2007), párrafos 9-10 y 13; Contra Pinto, Caso Chena (2007, rol N° 3125-2004), párrafo 14.

395 Así, fallos chilenos recientes rechazan la posibilidad de exoneración de responsabilidad civil por aplicación del derecho interno, y enfatizan que el derecho internacional (Convenios de Ginebra 1949 y Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969) ha recogido el criterio que “todo daño ha de ser reparado” (Corte de Apelaciones de Santiago, Lobos y otros con Fisco [2018, rol N° 7997-2017], párrafos 15-16).

de reparar en caso de graves violaciones a la dignidad de la persona humana, a partir del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obligación que no se anula ni aún en caso de conflictos armados: “cuando ha habido una violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación”.³⁹⁶

Por otra parte, la Corte Suprema agrega que otorgarles un tratamiento desigual en materia de prescripción a las acciones penal y civil que emanan de la comisión de un crimen de lesa humanidad es discriminatorio y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama. Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de este tipo de crímenes resulta improcedente, por cuanto la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4° que las disposiciones especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código, lo que es pertinente a las nuevas realidades y situaciones emergentes, como sucede en este caso, al tratarse de una materia con postulados diversos y a veces en pugna con los del derecho privado regulador de las relaciones en un plano de igualdad y de autonomía de las personas para obligarse, pues es una rama representativa de la supremacía de su finalidad centrada en la dignidad de la persona a quien se debe servir, por lo que se aparta de los postulados que son propios del derecho privado.³⁹⁷

396 Corte de Apelaciones de Santiago: *Contra Barría* (2007, rol N° 21783-2003), párrafo 19; *Contra Gómez Aguilar* (2006, rol N° 37483-2004), párrafos 13 y 18; *Fuenzalida y otros c. Fisco de Chile* (2008, rol N° 9663-2003), párrafo 1; *Lejderman c. Polanco y otros* (2007, rol N° 11801-2006), párrafo 11; *Montiel c. Fisco* (2007, rol N° 325-2002), párrafo 3; *Muller y otro c. Fisco* (2007, rol N° 1211-2002), párrafos 8-12 y 24-25; *Pereira y otros c. Luzoro y otro* (2017, rol N° 1568-2017), párrafo 22; *Valencia c. Fisco de Chile* (2007, rol N° 3595-2002), párrafo 6.

397 Corte Suprema: *Araneda y otros con Moren y otros* (2017, rol N° 97856-2016), párrafo 9; *Arévalo y otros con Rubilar y otros* (2015, rol N° 27178-2014), párrafo 12; *Arratia y otros c. Corbalán y otro* (2016, rol N° 20567-2015), párrafo 16; *Atencio y otros c. Espinoza y otros* (2016, rol N° 28637-2016), párrafo 17; *Contra González y otros* (2016, rol N° 20166-2015), párrafo 21; *Corbalán y otros c. Espinoza y otros* (2016, rol N° 62032-2016), párrafo 17; *Drouilly y otros c. Krassnoff y otros* (2016, rol N° 17887-2015), párrafos 23-25; *Eltit y otro c. González y otros* (2016, rol N° 173-2016), párrafo 15; *Figuroa c. Fisco de Chile* (2016, rol N° 83348-2016), párrafo

Luego, respecto de los beneficios otorgados a través de las Leyes N° 19.123 y 19.980, la Corte también ha indicado que estos no son impedimento para reparar materialmente el daño moral sufrido como consecuencia de la comisión de un crimen de lesa humanidad cuya certeza se obtiene recién con el proceso. La “pensión de reparación es compatible con otras indemnizaciones que judicialmente pudiere impetrarse y obtenerse por los beneficiarios”.³⁹⁸

5; Flores y otros c. Olguín y otros (2016, rol N° 15963-2016), párrafo 7; Gómez y otros c. Fisco de Chile (2016, rol N° 7741-2015), párrafos 15-17; Lastra c. Fisco de Chile (2017, rol N° 11767-2017), párrafo 5; Marcone c. Fisco de Chile (2015, rol N° 22856-2015), párrafos 5-7; Núñez c. Estay y otros (2016, rol N° 23572-2015), párrafo 20; Pinochet c. Salas y otros (2017, rol N° 8642-2015), párrafo 70; Sepúlveda c. Fisco de Chile (2016, rol N° 37993-2015), párrafos 5-7.

398 Corte de Apelaciones de Santiago: Chacaltana y otros con Fisco de Chile y otros (2016, rol N° 1100-2015), párrafo 15; Montecinos c. Fisco de Chile (2015, rol N° 5992-2015), párrafo 3; Quiñones c. Fisco de Chile (2010, rol N° 7816-2009), párrafo 20; Toro y otros con Contreras y otros (2009, rol N° 695-2008), párrafo 45; Vergara c. Fisco de Chile (2009, rol N° 2495-2008), párrafo 15.

Corte Suprema: Boettiger y otros c. Contreras y otros (2015, rol N° 30598-2014), párrafo 22; Brevis c. Fisco de Chile (2017, rol N° 100751-2016), párrafo 9; Contra Arredondo y otros (2017, rol N° 62036-2016), párrafo 41; Lagos y otros con Guerra y otro (2008, rol N° 4662-2007), párrafos 49-50; Garcés y otros c. Espinoza y otros (2017, rol N° 82246-2016), párrafo 9; González c. Arellano (2008, rol N° 4723-2007), párrafo 14; Lastra c. Fisco de Chile (2017, rol N° 11767-2017), párrafo 5; Pereira y otros c. Luzoro y otro (2017, rol N° 1568-2017), párrafo 15; Villalobos c. Moren y otro (2016, rol N° 23573-2015), párrafo 22.

En cuanto a si es posible extender la responsabilidad civil al Estado en el caso de la comisión de estos crímenes, la Corte indica que este no puede eludir su responsabilidad de reparación, pues se trata de delitos cometidos por militares en el ejercicio de su función pública, en que durante un periodo de extrema anormalidad institucional representaban al gobierno de la época, y en que se abusó de aquella potestad y representación, produciendo ofensas de gravedad. La reparación integral el daño no solo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado.³⁹⁹

399 Corte Suprema: Aguilera y otros con Manríquez y otro (2016, rol N° 9031-2015), párrafo 14; Álvarez y otros c. Moren y otros (2015, rol N° 31945-2014), párrafo 24; Caballero y otros c. Salazar (2017, rol N° 12226-2016), párrafo 31; Maturana y otros c. Manzo y otros (2016, rol N° 7372-2016), párrafo 14; Meza y otro c. Contreras y otros (2015, rol N° 32161-2014), párrafos 5-6; Moreno y otro c. Manríquez y otros (2017, rol N° 82511-2016), párrafo 17; Pinto c. Fisco de Chile (2016, rol N° 796-2016), párrafo 4; Valencia y otros con Fisco (2015, rol N° 1092-2015), párrafos 3-5.
Corte Suprema: Sardy c. Fisco de Chile (2016, rol N° 3975-2016), párrafos 5-7; Sepúlveda y otro c. Consejo de Defensa del Estado (2018, rol N° 2471-2018), párrafo 5; Tapia y otros c. Moren y otros (2017, rol N° 62036-2016), párrafo 40.

4.2 Ratificación del Estatuto de Roma en Chile: reconocimiento de una jurisdicción supranacional

El tratado que contiene el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su rectificación fue suscrito por el Gobierno de Chile el 11 de septiembre de 1998, conforme lo autoriza el artículo 32 N° 16 de la Constitución chilena. En cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 50 N° 1 de la Carta, el Presidente de la República sometió el referido tratado a la aprobación del Congreso Nacional mediante Mensaje N° 146-339, de 4 de enero de 1999, aprobándose el proyecto de acuerdo en enero de 2002.

Sin embargo, en esta materia debemos rememorar el fallo del Tribunal Constitucional de 8 abril 2002, en resolución de requerimiento de inconstitucionalidad para la aprobación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (rol N° 346). En votación dividida, el fallo acogió el libelo de inconstitucionalidad y, en lo resolutivo, declaró que “el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, (...) para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa”, en tanto significaría el traspaso de atribuciones jurisdiccionales a una entidad supranacional, vulnerando la soberanía nacional. Tres serían las transferencias inconstitucionales: 1) la transferencia de una parte de la jurisdicción de los tribunales nacionales; 2) la transferencia de parte de la potestad legislativa para declarar indultos y amnistías generales, y 3) la transferencia de la potestad presidencial para conceder indultos particulares.⁴⁰⁰

El Tribunal Constitucional consideró que el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece una jurisdicción que puede ser correctiva y sustitutiva de las nacionales (considerando 31°). Sobre esa base, estimó que dicho Estatuto viene a prorrogar a una jurisdicción nueva, no contemplada en nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de abrir procesos penales por delitos cometidos en Chile,

400 BASCUÑÁN y CORREA (2002), p. 131.

lo que importaría una transferencia de soberanía no autorizada por el artículo 5º inciso primero de la Constitución.

Ahora bien, en concepto del Tribunal Constitucional, el reconocer jurisdicción penal internacional a la referida Corte implica una transferencia de soberanía, básicamente por dos razones. Primero, porque el ejercicio de la soberanía solo corresponde a las autoridades que la Constitución establece, entre las que no se cuenta la Corte Penal Internacional, y segundo, porque entre las diversas funciones públicas que la Carta entrega a las autoridades que ella establece, se cuenta la función jurisdiccional, que viene a ser un aspecto de cómo se ejercita la soberanía nacional (considerandos 41º, 42º y 43º).⁴⁰¹

Además, la sentencia ha considerado que algunas disposiciones del Estatuto de Roma “coarta las atribuciones del Presidente de la República para dictar indultos particulares, e igualmente priva al órgano legislativo de su facultad de dictar leyes sobre indultos generales y amnistías”, pues permitirían a la Corte Penal Internacional desconocer en sus sentencias, indultos o amnistías previamente concedidas por las autoridades nacionales competentes (considerando 79º). Estima el Tribunal Constitucional que tal atribución de la Corte Penal Internacional atentaría contra el ejercicio de la soberanía nacional por el órgano colegislador y por el Presidente de la República, en oposición a lo establecido en el inciso primero del artículo 5 de la Carta (considerando 81º).⁴⁰²

Luego, la aprobación del Estatuto que crea la Corte Penal Internacional se posibilitó a través de reforma constitucional que incorporó el año 2009 la disposición transitoria 24º a la Constitución Política de la República de 1980, actualizada el año 2005.⁴⁰³ En esta disposición se remarca la soberanía del Estado en la manifestación de tres aspectos: 1) la jurisdicción penal de la Corte será subsidiaria; 2) la cooperación y asistencia con la jurisdicción penal de la Corte se regirá por los procedimientos establecidos por la ley chilena, y 3)

401 Biblioteca del Congreso Nacional (s.d.).

402 Biblioteca del Congreso Nacional (s.d.).

403 Artículo agregado por el artículo único de la Ley Nº 20.352, publicada en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2009.

la jurisdicción penal de la Corte se podrá ejercer solo respecto de crímenes ejecutados con posterioridad a la entrada en vigencia en Chile del Estatuto.

Finalmente, se promulga mediante Decreto N° 104 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 6 julio de 2009.

Con posterioridad, se dicta la Ley N° 20.357 (18 julio 2009), que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra en la ley chilena, con la finalidad de garantizar que los tribunales chilenos, en aplicación de legislación nacional, puedan ejercer su competencia para los crímenes contra el derecho internacional de competencia de la Corte Penal Internacional.

Con esta implementación, si bien es un avance muy relevante en la materia, el objetivo declarado no se cumple a cabalidad, pues en algunos aspectos el legislador chileno innova, haciendo que el ámbito de aplicación de la ley sea más estrecho que la competencia de la Corte Penal Internacional, por lo que no cumple con el cometido de conveniencia jurídica de implementar, como precaución, un sistema de persecución penal de estos crímenes, y así evitar que la Corte Penal Internacional pudiera ejercer su competencia complementaria sobre hechos acaecidos en Chile.⁴⁰⁴

Así, en lo relativo a **crímenes de lesa humanidad**, en el derecho nacional el ámbito de punibilidad queda constreñido si se lo compara con el derecho internacional, pues respecto del ataque generalizado o sistemático contra una población civil, si proviene de una organización sin las características que la ley chilena solicita (“grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que favorezca la impunidad de sus actos”), tales conductas quedarían sin persecución y eventual castigo, por lo que la Corte Penal Internacional podría legítimamente actuar ejerciendo su competencia sobre ellas.⁴⁰⁵ En cuanto a los

404 CÁRDENAS (2010).

405 CÁRDENAS (2010), pp. 27-28, explica que el tenor literal de la descripción de los grupos armados en la Ley N° 20.357 está tomado en parte del segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agos-

crímenes de guerra, sin bien la mayoría de los supuestos de competencia material de la Corte Penal Internacional son punibles en la ley chilena, existen conductas que la Corte puede conocer tanto en cuanto a crímenes de guerra en conflictos armados internacionales como en cuanto a crímenes de guerra en conflictos sin ese carácter, en la ley chilena solo pueden castigarse en relación con la primera hipótesis.⁴⁰⁶ Solo en materia de **genocidio** son punibles, conforme a la ley chilena, todas las conductas que caen bajo la competencia material de la Corte Penal Internacional, cumpliéndose así con el objetivo de declarado de la ley chilena.⁴⁰⁷

Por otra parte, es dable destacar que, una interpretación de esta ley conforme al derecho internacional no solo es posible, sino necesaria⁴⁰⁸, ya que utiliza terminología y formulaciones propias del derecho internacional, en tanto busca proteger los mismos bienes jurídicos que en el derecho internacional, a saber: la paz y seguridad internacionales.⁴⁰⁹ Así por ejemplo, la Corte Suprema usualmente refiere al derecho internacional al determinar el concepto de **crimen de lesa humanidad**, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos –vinculando al bien jurídico protegido dignidad humana–, otros tratados internacionales tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, el Estatuto del Tribunal para Ruanda, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y en general, a la jurisprudencia de los tribunales y otros organismos internacionales.⁴¹⁰

Por otra parte, si bien cobra importancia la creación de un órgano supranacional de carácter permanente como lo es la Corte Penal Internacional para la persecución de los crímenes más execrables para la humanidad, su jurisdicción está sometida a varias limitaciones de

to de 1949, que en cualquier caso se refiere al Derecho Internacional Humanitario, cuyas violaciones graves constituyen crímenes de guerra, y no a los crímenes de lesa humanidad.

406 CÁRDENAS (2010), p. 41.

407 *Íd.*, p. 31.

408 CÁRDENAS (2013), p. 124.

409 CÁRDENAS (2013), p. 134.

410 Corte Suprema: *Contra de la Cruz* (2018, rol N° 21596-2017), párrafos 8-10; *Contra Flores* (2017, rol N° 95109-2016), párrafos 5-6; *Carátula reservada* (2014, rol N° 1686/2013), párrafos 13-15; *Carátula reservada* (2014^a, rol N° 3641-2014), párrafos 6-7; *Contra Castro y otras* (2016, rol N° 43472-2016), párrafos 6-7.

distinta naturaleza que condicionan su ejercicio⁴¹¹, lo que hace sino confirmar la necesidad de reforzar la vigencia del principio de justicia universal en las legislaciones nacionales. Además, el modelo que sigue la Corte es el de la subsidiariedad, por tanto, las jurisdicciones nacionales tienen preferencia en el enjuiciamiento de los hechos delictivos. Por tanto, ambas jurisdicciones, la jurisdicción supranacional de la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a través del principio de justicia universal, son en la actualidad imprescindibles en la persecución de los mismos fines, la protección de los intereses más relevantes de la comunidad internacional, evitando la impunidad de los crímenes de mayor gravedad.⁴¹²

411 RODRÍGUEZ (2007) pp. 3-7 y CADENA (2010) pp. 239-241, se refieren a las limitaciones de tipo político, temporales, competenciales y derivadas del principio de oportunidad y de complementariedad. Véase artículos 1, 5, 11, 12 y 17 del ETPI.

412 *Cfr.* BIANCHI (1999), p. 250; GÓMEZ (2000), p. 305; AKANDE (2004), p. 408; ARRAU (2005), pp. 14-15; PHILIPPE (2006), p. 439 y 447-449; RODRÍGUEZ (2007), pp. 2-3, 8 y 23; FUENTES (2011), pp. 122 y 126.

4.3 Crímenes de *ius cogens* en los tribunales de justicia chilenos

4.3.1 Imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir crímenes de *ius cogens*

Durante la década de los 90, común fue la alusión por parte de los querellantes, en las causas de conocimiento de crímenes de *ius cogens*, a las disposiciones atinentes habidas en los Convenios de Ginebra, aduciendo a la existencia de un conflicto armado interno en la época que gobernaba Augusto Pinochet. Así la discusión no se centraba en si eran aplicables o no en Chile las normas del *ius cogens*, sino respecto de la posibilidad de aplicación de tales Convenios a estos hechos acaecidos en periodos bajo declaración de estado de sitio.⁴¹³

Luego, en el primer lustro del siglo XXI, de forma menguada se impulsa la implementación, aplicación y reconocimiento pleno de los efectos de las normas de *ius cogens* que prohíben la comisión de ciertos crímenes internacionales. Estas decisiones, para justificar la existencia de un derecho internacional consuetudinario que impide la aplicación judicial de la prescripción de crímenes de *ius cogens*, sin ser necesario la ratificación de convenciones internacionales que incluyan la imprescriptibilidad, enfatizan que el derecho internacional de los derechos humanos preside una concepción sistemática fundada en la razón que considera un sistema jurídico mundial respetuoso de la dignidad de la persona humana, en consideración del desarrollo de la materia a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Así, la jurisprudencia alude al Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg, a la Carta de las Naciones Unidas, a la Carta de la Organización de Estados Americanos, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Convención para la sanción del delito de genocidio, a los Convenios de Ginebra, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la Convención contra la Tortura, a la Con-

413 Véase al respecto nuestro artículo DÍAZ (2006).

vención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la Convención Interamericana contra la Tortura, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En refuerzo, refieren a la Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes Contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, a la Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, al Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional, y al fallo de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el caso Barrios Altos.⁴¹⁴

Más tarde, se vigorizan estos intentos en nuestro sistema jurídico, con la dictación del fallo de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en contra de Chile, el año 2006, en el caso Almonacid, en el cual la Corte afirma que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad es aplicable aunque no se encuentre ratificada.⁴¹⁵ Así, nuestra Corte Suprema reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, indicando que la mencionada Convención cristaliza este principio; el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido, por lo que no es necesario que la Convención se encuentre ratificada en Chile; es aplicable por constituir derecho consuetudinario y gozar del estatus de norma de *ius cogens*, normas internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico chileno. También, suelen aludir a

414 Corte de Apelaciones de Santiago: Barría y otros con Schernberger y otros (2005, rol N° 15765-2004) considerandos 5° a 8°; Contra Vallejos (2006, rol N° 7797-2006) considerando 9°; Contra Gómez Aguilar (2006, rol N° 37483-2004) considerandos 8° a 12° y 15°; Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz (2006, rol N° 14058-2004) considerandos 26° a 30° y 33°; Estado de Chile y otros con Rivera (2006, rol N° 5937-2006) considerandos 1° a 5° y 8°; Contra Burgos y otros (2006, rol N° 24471-2005) considerandos 10° a 24°.

415 Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago: Ríos con Pinochet y otros (2007, rol N° 7668-2006) considerandos 12° a 20°; Villagra con Contreras y otros (2008, rol N° 13447-2006) considerandos 1° a 3°; Jiménez y otros con Fisco de Chile y otros (2009, rol N° 3947-2008) considerando 5°; Rifo con Krassnoff y otros (2009, rol N° 1070-2009) considerando 5°.

las primeras sentencias de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, v.gr. en los casos Velásquez Rodríguez (1988, serie C N° 4), Godínez Cruz (1989, serie C N° 5) y Blake (1988, serie C N° 36).⁴¹⁶

Sin embargo, con posterioridad al fallo Almonacid siguen existiendo fallos nacionales que niegan la aplicación del derecho internacional consuetudinario y de las normas de *ius cogens* que impiden la invocación de las causales de exoneración de responsabilidad penal, pues estiman que la imprescriptibilidad si bien instada en el derecho internacional a partir de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial, no es efectivo que fuera un principio de general reconocimiento a la época de comisión de los hechos⁴¹⁷; además, insisten en que no se pueden aplicar en Chile la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional por no encontrarse ratificados en aquella época, sin reconocer que solo cristalizan derecho internacional consuetudinario.⁴¹⁸ Creemos que ello se debe,

-
- 416 Corte Suprema: Contra Flores y otro, caso Molco (2006, rol N° 559-2004) considerandos 12° a 28°; Estado de Chile y otros con Rivera (2007, rol N° 6525-2006) considerando 1° de la sentencia de reemplazo; Contreras con Ruiz y otros (2007 rol N° 6188-2006) considerandos 28° y 29° de la sentencia de reemplazo; Lagos y otros con Guerra y otro (2008, rol N° 4662-2007) considerandos 8° a 11° de la sentencia de reemplazo; Contra Contreras y otros (2008, N° 6212-2007) considerando 9° de la sentencia de casación y 17° a 24° de la sentencia de reemplazo; Lejderman con Polanco y otros (2009, rol N° 696-2008) considerandos 9° a 11° de la sentencia de reemplazo; Urrutia con Ruiz y otros (2009, rol N° 4691-2007) considerandos 20° a 24° de la sentencia de casación y 4° a 6° de la sentencia de reemplazo; Contreras con Contreras y otros (2009, rol N° 4329-2008) voto en contra de Dolmestch; Munizaga con González y Sanhueza (2010, rol N° 9474-2009) considerandos 25° y 26°; Sindicato con Pinochet y otros (2011, rol N° 8314-2009) considerandos 29° y 30°; Corte de Apelaciones de San Miguel, Contra Pinto (2008, rol N° 1462-2007) considerando 12°.
- 417 Corte Suprema: Contra Alarcón (2008, rol N° 3872-2007) considerando 17°.
- 418 Cfr. Corte Suprema: Contreras con Contreras y otros (2009, rol N° 4329-2008) considerando 10° de la sentencia de reemplazo (jueces Segura, Rodríguez, Ballesteros, Dolmestch y Torres); Riquelme con Lecaros y otros (2007, rol N° 6626-2005) considerando 8° de la sentencia de reemplazo; Aguirre con Astudillo y otros (2007, rol N° 2079-2006) considerando 6° del voto disidente de Segura en la sentencia de reemplazo; Contreras con Ruiz y otros (2007, rol N° 6188-2006) considerando 8° del voto disidente de Segura en la sentencia de reemplazo; Estado de Chile y otros con Rivera (2007, rol N° 6525-2006) considerando 7° del voto disidente de Segura y Ballesteros en la sentencia de reemplazo; Contra Flores y otro, caso Molco (2006, rol N° 559-2004) considerandos 12° y 13° del voto disidente de Ballesteros: "(...) la CICGLH (...) no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. El ETPI (...) no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal"; Corte de Apelaciones de Santiago: Contra González, Baigorri, Hernández, Pinochet y otros (2008, rol N° 1772-2008) voto en contra de Maggi, apartados e) y f); Corte de Apelaciones San Miguel: Contra Cevallos y otros (2008, rol N° 5174-2007) disidencia de Montiglio, considerando 25°.

La Constitución Política no contempla disposición alguna que se refiera a la incorporación del derecho internacional consuetudinario al ordenamiento interno, y que por una práctica judicial que data de los orígenes de nuestra República, se ha entendido que este tipo de fuente del derecho internacional tiene una incorporación automática al ordenamiento jurídico interno.

fundamentalmente, a las variaciones existentes en la composición de la segunda sala penal de la Corte Suprema.

Recordemos que la Constitución Política no contempla disposición alguna que se refiera a la incorporación del derecho internacional consuetudinario al ordenamiento interno, y que por una práctica judicial que data de los orígenes de nuestra República, se ha entendido que este tipo de fuente del derecho internacional tiene una incorporación automática al ordenamiento jurídico interno. Tampoco es efectivo que se requiera un tratado internacional ratificado y vigente que reconozca la imprescriptibilidad de estos delitos para que pueda recogerse el principio, tratándose de normas de *ius cogens*, pues todas tienen un origen consuetudinario, su recepción en instrumentos internacionales solo conlleva una serie de utilidades prácticas, pero no es un requisito indispensable para que este tipo de normas reciban el debido reconocimiento en los ordenamientos internos.

Se ha de destacar que todo el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Penal como sistemas protectores de la dignidad de la persona humana, recibe su impulso tras los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial, por tanto, la génesis de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad no niega que este sea un principio general reconocido en el derecho internacional, todo lo contrario: es su cristalización.

Por otra parte, no es cierto que otros instrumentos internacionales no consagren la imprescriptibilidad, por ejemplo:

- a. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en su artículo 7° inciso primero, expresamente señala que la acción y la pena tratándose de este crimen no prescribirán (“La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción”), mientras que el inciso segundo no reconoce la posibilidad de la prescripción, sino que solo es una forma de compatibilizar las legislaciones internas con la internacional antes que el Estado parte haga las modificaciones pertinentes en su normativa para dar cumpli-

miento al inciso primero (“Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el periodo de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”).

- b. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional, en su artículo 29, reconoce la imprescriptibilidad respecto de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de genocidio y el crimen de agresión.

4.3.2 Aplicación de la media de prescripción o prescripción incompleta

Sin perjuicio de ser la tendencia mayoritaria conducente a la no aplicación de la institución de la prescripción en casos de crímenes de lesa humanidad, como causal de extinción de la responsabilidad penal en el orden interno, si se acepta la aplicación de la denominada **media de prescripción**, prescripción gradual, parcial o incompleta, que se recoge en el artículo 103 del Código Penal chileno⁴¹⁹, pues se la concibe como una circunstancia atenuante especial a tener en consideración al momento de determinar la pena que se impondrá a los responsables de este tipo de crímenes, cuyos colofones inciden solo en el rigor del castigo, pero deja entregado a la discrecionalidad del tribunal la determinación del quantum de la sanción, disminuyendo en uno, dos o tres tramos la penalidad asignada por la ley.

El fundamento de su aplicación descansa, a juicio de los juzgadores, en el supuesto humanitario de resultar objetable una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, pero con una pena menor. Al respecto, se considera que el *ius cogens* no impide su aplicación,

419 Su inciso primero prescribe: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”. Por su parte el artículo 95 de la misma recopilación legal, al definir el inicio del cómputo del plazo de la prescripción, lo ubica en “el día en que se hubiere cometido el delito”.

incluso debido a su carácter de regla de orden público y a la redacción terminante del artículo el tribunal la reconoce y aplica, aunque la parte beneficiada con ella no la hubiere alegado en juicio.⁴²⁰

Aunque pareciera imponerse este criterio, advertimos que en algunos casos no se acoge la minorante, por tratarse de un delito de carácter permanente como el **secuestro**, pues al no existir fecha cierta de consumación del delito se hace imposible comenzar el cómputo del plazo para efectos de la aplicación de esta institución⁴²¹, lo cual es acorde con uno de los criterios utilizados para afirmar la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales subsumibles en la categoría de secuestro calificado, delito de carácter permanente cuya consumación no se termina de verificar sino hasta que aparece el secuestrado o es posible determinar fehacientemente su fallecimiento.

Con todo, también en estos casos de secuestros calificados existen fallos de la Corte Suprema que dan lugar a la media de prescripción, por lo que han sido criticados⁴²², entre otras razones, porque

-
- 420 Corte Suprema: *Contra Barría y otros* (2007, rol N° 1489-2007) considerandos 10° y 11° de la sentencia de reemplazo; *Contra Cardemil y otros* (2007, rol N° 3587-2005) considerandos 19° a 25° de la sentencia de reemplazo; *Contreras con Ruiz y otros* (2007, rol N° 6188-2006) considerando 30° de la sentencia de reemplazo; *Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz* (2007, rol N° 3808-2006) prevención de Rodríguez y considerando 18° de la sentencia de reemplazo; *Estado de Chile y otros con Rivera* (2007, rol N° 6525-2006) considerando 2° de la sentencia de reemplazo; *Contra Medina* (2008, rol N° 2422-2008) considerandos 3° a 24° de la sentencia de reemplazo; *Lazo y otro con Contreras y otros* (2008, rol N° 6212-2007) considerando 33° de la sentencia de reemplazo; *Vergara con Sanhueza y otros* (2008, rol N° 6308-2007) considerando 10° de la sentencia de reemplazo; *Toro y otros con Contreras y otros* (2009, rol N° 695-2008) considerando 29° de la sentencia de reemplazo; *Nehgme y otros con Araneda y otros* (2009, rol N° 4427-2007) considerando 19°; *Contreras con Contreras y otros* (2009, rol N° 4329-2008) voto disidente en la sentencia de reemplazo de Dolmestch; *Lejerman con Polanco y otros* (2009, rol N° 696-2008) considerando 22°; *Meza y otro con Manzo y otros* (2009, rol N° 3378-2009) considerandos 27° a 29°; *Munizaga con González y Sanhueza* (2010, rol N° 9474-2009) considerandos 35° a 45°; *Sindicato con Pinochet y otros* (2011, rol N° 8314-2009) considerandos 39° a 49°; *Contra Krassnoff Martchenko Miguel y otros* (2011, rol N° 3680-2011) considerando 25° de la sentencia de reemplazo; *Contra Aravena y otro* (2012, rol N° 5720-2010), considerando 14° de la sentencia de reemplazo; *Programa Continuación de la Ley 19123 con Leiva* (2012, rol N° 10434-2011) considerando 15°.
- 421 Corte Suprema: *Gallegos con Fernández* (2008, rol N° 6574-2007) considerando 6° de la sentencia de reemplazo; *Contra Medina* (2008, rol N° 2422-2008) voto disidente de Rodríguez en la sentencia de casación; *Contreras con Contreras y otros* (2009, rol N° 4329-2008) voto disidente de Rodríguez en la sentencia de casación; Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Contreras Sepúlveda y otros*, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez (2004, rol N° 11821-2003) considerando 114°.
- 422 *Cfr. v.g. NOGUEIRA* (2008b), p. 581, quien afirma que “[s]i no procede aplicar la prescripción por ser delitos imprescriptibles, tampoco puede aplicarse la media de prescripción (...) No pueden aplicarse instituciones diseñadas para delitos comunes a crímenes de lesa humanidad y contra los derechos humanos, ya que ellos constituyen un tipo especial, al cual no se le aplican las reglas comunes y se rigen por el derecho internacional”. Así pues, en p. 584 afirma que “[l]a aplicación de la media de prescripción (...), implica a su vez, la aplicación

no utilizan estos criterios para efectos del cómputo del plazo, sino que por ejemplo, el año 2007, los jueces estimaron, a efectos de la aplicación de la media de prescripción en un delito de secuestro calificado, “que la consumación se ha producido al prolongarse el encierro o la detención por más de noventa días, pudiendo iniciarse el cómputo de la media prescripción a partir de esta fecha, es decir, a contar del día noventa y dos, teniendo en cuenta para ello que, aún en su prolongación en el tiempo, o incluso en el caso de resultar un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena determinada por este tipo calificado es siempre la misma: la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, sin alteración de su disvalor”.⁴²³

Al año siguiente, en otro caso, enfatizaron que “el parámetro fundacional a considerar para los efectos de iniciar el cómputo de la institución en estudio, gira en torno del ataque al bien jurídico tutelado en tanto, por cierto, sostenido en forma voluntaria por el agente o hechor”, por tanto, en el caso en juzgamiento, habiéndose dado principio de ejecución al delito en septiembre de 1973, se concluye que el sustento de voluntad que surte efectos sobre la antijuridicidad no ha podido operar más allá del 16 de marzo de 1996, data esta en que al acusado se le concedió el retiro absoluto de la institución de Carabineros, y se considera a esta como fecha de inicio del cómputo de la media prescripción.⁴²⁴

de una pena no proporcionada al crimen cometido y la sanción constituye solo una apariencia de justicia (...) sanciones en ciertos casos irrisorias y absolutamente desproporcionadas que son cumplidas en libertad”. AGUILAR (2009b), p. 450, comparte el mismo parecer respecto de la no aplicación del derecho penal doméstico a figuras criminales de regulación internacional, indicando que la aplicación de la media de prescripción a hechos que son desapariciones forzadas de personas calificadas como secuestros, habiéndose reconocido su imprescriptibilidad total es una incoherencia que denomina “el sí, pero no’ de la jurisdicción”. Y en cuanto a la desproporcionalidad de la pena atendida la gravedad del delito, concuerda GALDÁMEZ (2011), pp. 213-214. Por su parte, FERNÁNDEZ y SFERRAZZA (2009), pp. 187-190, critican la aplicación de la prescripción gradual en casos de secuestros calificados en relación con el fundamento que inspira esta institución y al cómputo del plazo. Con todo, en *ídem.*, pp. 312-330, se encuentra un cuadro con fallos pronunciados por la CS entre el 30 de julio de 2007 y enero de 2009, en los cuales se ha aplicado la prescripción gradual dando cuenta de la pena decretada y los beneficios alternativos a la pena privativa de libertad concedidos, lo que comprueba los asertos de NOGUEIRA, AGUILAR y GALDÁMEZ indicados más arriba. Por su parte, REQUA (2012), pp. 93 y 94, lo califica como una contradicción de la jurisprudencia.

423 Corte Suprema: Contra Cardemil y otros (2007, rol N° 3587-2005) considerando 26° de la sentencia de reemplazo.

424 Corte Suprema: Contra Medina (2008, rol N° 2422-2008) considerandos 14° y 15° de la sentencia de reemplazo.

4.4 Rol del sistema judicial chileno en la aplicación de sanciones penales internacionales

A la fecha no ha habido casos en contra de algún chileno en la Corte Penal Internacional, por lo que no existe aplicación directa de sentencia internacional que imponga una sanción penal internacional. Ello no significa que el sistema judicial chileno esté ajeno a la aplicación de estándares internacionales del Derecho Penal Internacional o de participar en la persecución de crímenes internacionales de gravedad. En efecto, recordemos la estrecha relación que existe entre Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto las tres disciplinas tienen por objeto la protección de la dignidad humana.

Sí es posible, en cambio, observar la existencia de casos en contra de Chile fallados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y relacionados con la investigación y sanción de crímenes internacionales de *ius cogens*, a propósito de los ocurridos en el gobierno de Augusto Pinochet. El primero de ellos, sobre la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y la no reparación a sus familiares, el caso Almonacid (2006), implicó un avance en la jurisprudencia de los tribunales nacionales hacia el desplazamiento y la inaplicabilidad de la amnistía en los casos de crímenes de lesa humanidad.⁴²⁵

Luego, los casos García Lucero (2013) y Órdenes Guerra (2018) discurren sobre la indemnización de los daños derivados de delitos de lesa humanidad, especialmente sobre la imprescriptibilidad de la acción civil derivada de tales crímenes y el no impedimento de su revisión judicial, tratándose de la existencia de programas administrativos de reparación.⁴²⁶

Adicionalmente, en el Caso Maldonado (2015), el Estado es responsable por la demora en iniciar la investigación por los hechos de tortura en

425 GUTIÉRREZ (2014), p. 41; MEZA-LOPEHANDÍA (2019), p. 3.

426 MEZA-LOPEHANDÍA (2019), p. 1.

contra de las víctimas y se le ordenó continuar y concluir, en un plazo razonable, la investigación de los hechos; además de revisar y anular las sentencias condenatorias emitidas por los consejos de guerra fundadas en declaraciones obtenidas mediante acciones de tortura.

Cabe destacar que en estos casos, si bien la Corte Interamericana constata los hechos acaecidos durante el gobierno militar, no se pronuncia sobre el estado de sitio en Chile y la ficción legal de estado de guerra, pues los hechos por los que se declara la responsabilidad del Estado de Chile no son esos sino aquellos posteriores, efectuados dentro de la competencia temporal de la Corte Interamericana y relativos a la denegación de justicia en los procesos judiciales posteriores a 1990, para la investigación, sanción y debida reparación de tales crímenes internacionales cometidos con anterioridad. Recordemos que la Corte no tiene competencia temporal para conocer directamente las violaciones a derechos humanos cometidas con anterioridad al 11 de marzo de 1990, por expresa declaración realizada por Chile al momento de hacer el depósito de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴²⁷

4.4.1 La inaplicabilidad judicial del Decreto ley 2191

En Chile, bajo el gobierno militar de Augusto Pinochet, se dictó en 1978 el Decreto Ley N° 2191, cuyo artículo 1° concede amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hubieran incurrido en actos delictuosos entre el 11 de septiembre de 1973 y hasta el 10 de marzo de 1978. Si se considera que los hechos ilícitos –muertes y secuestros– configuran las figuras de crímenes de lesa humanidad, nos encontramos ante el inconveniente que la aplicación de esta Ley de Amnistía impide el reconocimiento del efecto de inamnistabilidad de las normas de *ius cogens* que prohíben la comisión de este tipo de conductas.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, ha sostenido una posición cambiante a través del tiempo respecto de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía de 1978. En una primera etapa, se aplicó el decreto tan pronto como se advirtiera que los hechos investigados revestían el

427 OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS UDP (2014), p. 17; SUÁREZ (2016), pp. 424-425; MEZA-LOPEHANDÍA (2019), p. 2.

carácter de los delitos incluidos en el periodo establecido por el mismo, sin considerar necesario agotar la investigación respecto de la comprobación del delito o la determinación de la persona del delincuente. A partir de 1998, se determina que para aplicar la amnistía debe estar comprobada la existencia del delito y determinada la persona del delincuente clara e indubitadamente, como única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los hechos investigados, por lo que era necesario **investigar** hasta probar la procedencia de la amnistía.⁴²⁸

Al siguiente año, se considera que en el caso de detenidos desaparecidos, ya sea calificando el hecho como **secuestro** o como **detención ilegal**, no corresponde la aplicación de la amnistía, pues dichos ilícitos son **delitos permanentes** y por tanto continúan cometiéndose con

428 Cfr. ZÚÑIGA (2006), pp. 30-31; NOGUEIRA (2005), p. 41; MATUS (2006), p. 281; REQUA (2012), pp. 82-87. Nótese que, el análisis judicial completo de los intentos por conseguir castigo en los hechos conocidos como "caso calle Conferencia", son muestra fiel de este cambio de paradigma. Instalada la democracia en el año 1990, se originó la primera discusión acerca de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía como legislación irregular preconstitucional. Se presentó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, a propósito de una causa en conocimiento ante jurisdicción militar (causa rol Nº 533-78). La Corte resolvió que el decreto no violaba la Constitución (véase Corte Suprema, Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Nº 27.640, 1990, considerandos 27º y 28º). Tras esta sentencia, la Corte Marcial el 24 de enero de 1992 confirmó el sobreseimiento total y definitivo, en causa rol 553-78 de la Segunda Fiscalía del Juzgado Militar de Santiago. Luego, el año 1998, se interpone querrela por el delito de genocidio u homicidios calificados múltiples, en subsidio, en contra de Augusto Pinochet y quienes resulten responsables. El año 2002 se decreta sobreseimiento total y definitivo en esta causa respecto de Manuel Contreras, por estimarse que la cosa juzgada emanada del fallo de la causa rol 533-78, por su naturaleza impide que quien ha sido sobreseído pueda ser perseguido nuevamente por los mismos hechos (Ministro de Fiero, Marín con Pinochet, 2002, rol Nº 2182-1998). La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia Marín con Pinochet (2005, rol Nº 47806-2002), sin embargo, la Corte Suprema, en Marín con Pinochet (2007, rol Nº 5131-2005) estimó que no era posible sobreseer, pues la primera exigencia para la dictación de un sobreseimiento definitivo es la circunstancia de encontrarse agotada la investigación, y esta recién se iniciaba al momento de decretarse el sobreseimiento censurado; si bien se habían practicado diligencias en relación a los hechos, no era posible sostener que las mismas se encontraran agotadas (considerandos 4º a 10º). En relación con la cosa juzgada, si la ley autoriza el sobreseimiento definitivo cuando el hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado, para la configuración de la cosa juzgada en materia penal se requiere únicamente de la identidad del hecho punible y del "actual procesado", alcanzando solo a quienes han sido partes en el proceso anterior (el actual procesado debe haberlo sido también en la anterior causa). Por tanto, en los autos rol Nº 553-78 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, que motiva la cosa juzgada esgrimida en la causa iniciada el año 1998, no se determinó ningún responsable de los hechos investigados y carece de procesados, habiéndose dictado un sobreseimiento en términos generales, sin especificar algún delito en particular. Por tanto, no solo no existe agotamiento de las diligencias de la investigación, sino que también la CS estima la falta de identidad entre las dos causas. La intervención que en ciertas desapariciones de personas le cupo a Manuel Contreras, dictaminó la Corte Suprema, debe ser acuciosa, diligente y completamente investigada por el tribunal correspondiente, disponiendo todas las diligencias que tiendan a tal fin, hasta agotar la investigación y determinar las personas responsables (considerandos 12º a 16º).

posterioridad al periodo temporal comprendido por el decreto ley.⁴²⁹ Además para declarar improcedente la amnistía, se asienta con mayor frecuencia la postura que aplica los Convenios de Ginebra de 1949 tratándose de ilícitos cometidos durante el tiempo en que el país estuvo bajo declaración de estado de sitio, pues se considera que la ficción de estado de guerra no solo opera respecto de la utilización de la jurisdicción penal de tiempo de guerra, sino también que permite la implementación de toda la normativa aplicable a casos de conflictos armados, entre ella estos Convenios; lo cual había sido expresamente negado con anterioridad.⁴³⁰

La tendencia contraria, para contrarrestar esta interpretación de la inamnistiabilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad por aplicación de los Convenios de Ginebra, enfatiza que el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra permite la aplicación de las amnistías en virtud del artículo 6.5, según el cual “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.⁴³¹

Sin embargo, se genera el problema de cómo compatibilizar esta norma con el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, que **impide** a los vencedores en un conflicto armado internacional o no internacional **pactar una exoneración de su responsabilidad penal** por los crímenes internacionales cometidos. Luego, se ha interpretado que el sentido del artículo 6.5 del II Protocolo no es favorecer la amnistía por hechos susceptibles de ser calificados como violaciones al Derecho

429 Corte de Apelaciones de Santiago: Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez) (2004, rol Nº 11821-2003), párrafo 76 c); Corte Suprema: Contra Contreras Sepúlveda y otros, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez (2004, rol Nº 517-2004), párrafo 30.

430 Cfr. NOGUEIRA (2005), p. 41; ZÚÑIGA (2006), p. 3; DÍAZ (2006). La sentencia del caso de desaparición forzada de Sandoval Rodríguez, en materia de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, aplica los Convenios de Ginebra; *vid.* Corte Suprema: Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez) (2004, rol Nº 517-2004) considerando 34º.

431 *Vid. v.g.* Corte de Apelaciones de San Miguel: Contra Pinto y otro (2004, rol Nº 907-2004) considerando 6º; Corte de Apelaciones de Santiago: Contra Alarcón (2007, rol Nº 1064-2007) considerando 14º del voto disidente del ministro Mera.

Internacional Humanitario, entre ellos los crímenes internacionales, sino que apunta a hechos vinculados al conflicto propiamente tal, como el recurso de las armas, la rebelión, entre otros que tienen en general carácter de **delitos políticos** o **conexos con delitos políticos**.

El Protocolo Adicional II fue diseñado para asegurar una mayor protección a las víctimas de conflictos armados no internacionales, desarrollando y complementando el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra; si el artículo 6.5 permitiera las amnistías para evitar la prosecución de los más detestables abusos cometidos contra los derechos humanos en conflicto armado, ello sería inconsistente con el objetivo principal del protocolo. Si bien el Derecho Internacional Humanitario **no prohíbe las amnistías** totalmente, pues autoriza aquellas otorgadas en beneficio de las personas que participaron en las hostilidades y dadas por cuerpos democráticamente elegidos, **excluye las autoamnistías** dictadas por quienes cometieron crímenes de guerra y de lesa humanidad.

E incluso, bajo la existencia de las primeras y el reconocimiento de su validez, es necesario igualmente investigar los hechos, pues tanto la sociedad como los familiares de las víctimas tienen derecho a conocer la verdad acerca de lo sucedido, así como los motivos y circunstancias en que los aberrantes crímenes acaecieron, en orden de prevenir su repetición y hacer posible las indemnizaciones pecuniarias correspondientes.

Por tanto, se impone la perspectiva que rechaza las amnistías en blanco –aquellas que impiden todo tipo de investigación– y es generalmente aceptado que las amnistías no pueden ser aplicadas a aquellos casos en los cuales el derecho internacional obliga a los Estados a procesar; *v.gr.*, las amnistías son ilegales respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad –en especial del genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas– no solo por la existencia de instrumentos internacionales que contienen la doctrina *aut dedere aut judicare* (obligación de extraditar o juzgar), sino que además,

al ser crímenes con carácter de *ius cogens* corresponde a ellos, como una obligación *erga omnes*, la de procesarlos.⁴³²

Actualmente, así es entendido en nuestros tribunales, que sostienen que no cabe duda de que el Decreto Ley N° 2.191 de 1978 tiene el carácter de una autoamnistía, por lo que puede ser claramente identificado como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, con el evidente propósito de procurar su impunidad.

Las amnistías o leyes de punto final tienen por objeto la superación de las heridas del pasado, pero la forma y los contenidos del perdón, en el marco del derecho, tienen ciertas limitaciones que surgen del propio compromiso del Estado con su población y del derecho internacional (calidad de normas de *ius cogens*). Los autoperdones o impunidad están al margen de la ética y del derecho.⁴³³

4.4.2 La indemnización civil como forma de reparación a las víctimas o sus familiares

En el caso García Lucero (2013), la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado de Chile por no haber iniciado de oficio y en un plazo razonable⁴³⁴, sin mediar una querrela⁴³⁵, una investigación sobre las torturas que la propia víctima denunció ante instancias oficiales del Estado (carta del Sr. García Lucero para postular a la pensión del programa de exonerados políticos en 1993)⁴³⁶ y por no haber sancionado a los responsables. Infringió con ello los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1

432 Cfr. INFANTE (1996), p. 296; CASSEL (1996), pp. 208 y 218-219; GARCÍA (1998), pp. 73-74; NAQVI (2003), pp. 604-605, 617 y 620; NOGUEIRA (2005), pp. 51 y 57; BOTERO (2006), p. 308; HORVITZ (2006), pp. 221-222; LAPLANTE (2009), pp. 941-942; GALDÁMEZ (2011), pp. 220-221; Bernales (2019), p. 294; CtIDH, Barrios Altos (2001, serie C N° 75) párrafos 10 y 11 del voto separado del juez Cançado; GAVRON (2002), p. 102.

433 Corte Suprema: Contra Pinto, caso Chena (2007, rol N° 3125-2004) considerando 24° de la sentencia de casación; Contra Gómez (2008, rol N° 1528-2006) considerandos 25° y 26°.

434 Las diligencias investigativas se iniciaron 16 años después, en octubre de 2011. CtIDH, Caso García Lucero, 2015, resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia, párrafo 1.

435 CtIDH, Caso García Lucero, 2013, párrafo 121, “[el] deber estatal de investigar los hechos, que es una obligación de medio y no de resultado, pero que debe ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios”.

436 CtIDH, Caso García Lucero, 2013, párrafo 126.

del mismo cuerpo normativo y los artículos 1.6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En cuanto a la cuestión de la reparación por las torturas sufridas, la Corte consideró que la víctima no agotó las instancias internas respecto de la negativa a que se le otorgara la pensión de reparación contenida en la Ley N° 19.992.⁴³⁷ Además, señaló que la alegada prescripción de las indemnizaciones civiles en casos de delitos de lesa humanidad no había sido suficientemente probada.⁴³⁸

Así, se destaca en la jurisprudencia interamericana el fortalecimiento de la idea del derecho a la verdad, no solo en relación con el deber propio del Estado de investigar y sancionar los crímenes de lesa humanidad, sino también incluyendo la obtención de una justa e integral reparación a las víctimas sobrevivientes y a sus familiares.⁴³⁹

Como medida de ejecución del fallo para dar cumplimiento a la resolución de la Corte de continuar y concluir en plazo razonable la investigación por los hechos de tortura que el Sr. García Lucero fue víctima, en enero de 2014 la Corte de Apelaciones de Santiago designó como ministro en visita extraordinario al magistrado Mario Carroza para continuar con la investigación de la causa rol N° 1261-2011⁴⁴⁰, la cual finaliza con sentencia condenatoria en contra de Carlos Minoletti Arriagada, con fecha 5 de abril de 2017, como autor del delito de secuestro calificado.⁴⁴¹ Sin embargo, la solicitud de extradición a Estados Unidos⁴⁴² ha sido infructuosa.

437 Esto porque la referida ley “no incorporó disposiciones que establecieran que, de accederse a las reparaciones respectivas, las personas beneficiarias renunciaban a la posibilidad de entablar otras acciones” (CtIDH, Caso García Lucero, 2013, párrafo 192). Además, “es razonable en relación con el derecho de víctimas de graves violaciones de derechos humanos de acceder a la justicia para solicitar una declaratoria judicial de responsabilidad estatal, ya sea para que se efectúe una determinación individual de daños o, en su caso, para cuestionar la suficiencia o efectividad de reparaciones recibidas con anterioridad” (CtIDH, Caso Órdenes Guerra, 2018, párrafo 100).

438 OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS UDP (2014), p. 17; CUBIDES *et. ál.* (2015), p. 33; MEZA-LOPEHANDÍA (2019), p. 3.

439 BERNALES (2019), p. 294.

440 CtIDH, Caso García Lucero (2015), resolución de supervisión de cumplimiento, párrafo 6.

441 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2017), p. 64.

442 Solicitud autorizada por la Corte Suprema (2017, rol N° 37255-2017).

Por su parte, en el caso Órdenes Guerra (2018), el Estado de Chile es declarado responsable por transgredir el derecho de acceso a la justicia en perjuicio de familiares de víctimas de secuestro o detención, tortura y desaparición forzada o ejecución durante el gobierno militar. Ello por el rechazo de los tribunales, entre 1997 y 2001, de demandas de indemnización de perjuicios en aplicación de la prescripción establecida en el Código Civil, siendo que los hechos que ocasionaron el daño son actos calificados como crímenes de lesa humanidad.⁴⁴³ También, reiteró lo indicado en el caso García Lucero respecto de los procedimientos administrativos de indemnización.⁴⁴⁴

Si bien los tribunales de justicia chilenos habían cambiado el paradigma de interpretación de la indemnización civil por delitos calificados de crímenes de lesa humanidad a la imprescriptibilidad integral (responsabilidad penal y civil) antes de la dictación de este fallo⁴⁴⁵, estaría pendiente la posibilidad de “revertir la injusticia relativa sufrida por quienes vieron negados sus derechos a reparación por vía judicial, antes del cambio de criterio”⁴⁴⁶, no obstante “que las personas afectadas no puedan interponer nuevas demandas, debido a que la cosa juzgada lo impide”.⁴⁴⁷

Respecto de la compatibilidad con las indemnizaciones otorgadas por ley en procedimientos administrativos, no obstante que el Consejo de Defensa del Estado se opone a la reparación por vía judicial invocando que el daño ha sido ya reparado, la Corte Suprema ha reconocido el carácter complementario entre ambas formas de reparación, aceptando que el otorgamiento de pensiones no impide interponer una demanda de indemnización del daño moral en tribunales.⁴⁴⁸ Se destaca la observación efectuada por el Centro de Derechos Humanos, en relación con la acostumbrada intervención del Consejo de Defensa del Estado oponiéndose a la reparación de los familiares de las víctimas o de las víctimas sobrevivientes, pues

443 Cfr. CtIDH, Caso Órdenes Guerra (2018), párrafo 89.

444 MEZA-LOPEHANDÍA (2019), pp. 3-4.

445 Revisar detalle en acápite sobre aplicación de los Convenios de Ginebra, en este mismo capítulo.

446 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2019), p. 58.

447 *Íd.*, p. 42.

448 *Íd.*, pp. 40-41.

en sus argumentos “minimizan o relativizan el sufrimiento de quienes fueron violentados por el mismo Estado”, acto “incoherente y contradictorio con las obligaciones internacionales del Estado”, y que “constituye un nuevo agravio para las víctimas y sobrevivientes que acuden a los tribunales”.⁴⁴⁹

4.4.3 La revisión de las sentencias de los consejos de guerra

A diferencia de lo que ocurre en derecho comparado⁴⁵⁰, en Chile no existe una norma que regule la ejecución de las sentencias internacionales en general⁴⁵¹, o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular.⁴⁵² Sin embargo, ello no implica que el Poder Judicial esté exento de contribuir al cumplimiento de estas sentencias.

Así, por ejemplo, a propósito del caso Maldonado (2015), la Corte Suprema hizo ejecución del fallo revisando sentencias condenatorias emitidas por los Consejos de Guerra del gobierno militar, por basarse en pruebas obtenidas mediante actos de tortura.

En 2015, Chile fue declarado responsable en este caso, por vulnerar el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debido a la demora en la investigación de hechos de torturas acaecidos en el gobierno militar en contra de miembros de las Fuerzas Armadas tras la irrupción de los militares en el Gobierno.⁴⁵³ Luego, se resuelve como una medida de reparación que “el Estado debe continuar y concluir, eficazmente, en un plazo razonable y con las debidas diligencias, las investigaciones relacionadas con los hechos de tortura en perjuicio de las víctimas de este caso, con el objetivo de identificar, y en su caso procesar y sancionar a los responsables”.

⁴⁵⁴

449 *Íd.*, p. 117.

450 DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2020), pp. 17-57.

451 DÍAZ (2012), p. 274; SCHÖNSTEINER y COUSO (2015), pp. 323-333.

452 SUÁREZ (2016), p. 432, precisa que funciona a través de prácticas que involucran la certificación de la sentencia por parte del Subsecretario de Relaciones Exteriores y se comunica a los ministerios de Justicia y Hacienda, para los fines que sean pertinentes.

453 MEZA-LOPEHANDÍA (2019), p. 3.

454 CtIDH, Caso Maldonado (2015, serie C Nº 300), párrafo 155.

Para estos efectos, precisa la Corte, el Estado chileno deberá atender los siguientes aspectos:

- “ a. asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas y sus familiares en todas las etapas de estas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana;
- b. por tratarse de una violación grave de derechos humanos y en consideración de las particularidades y el contexto en que ocurrieron los hechos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación;
- c. garantizar que las investigaciones y procesos por los hechos del presente caso se mantengan, en todo momento, bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y
- d. divulgar públicamente los resultados de los procesos para que la sociedad chilena conozca la determinación judicial de los hechos objeto del caso”.⁴⁵⁵

Hacia 2017, en la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia, se constató que la investigación realizada en causa rol N° 179-2013 del 34° Juzgado del Crimen de Santiago ha continuado, pero no ha concluido.⁴⁵⁶

Por otra parte, también por vulnerar la garantía de protección judicial, se ordena un mecanismo efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias que fueron dictadas en perjuicio de las víctimas en procesos penales ventilados ante los consejos de guerra del gobierno militar, condenándolos con base en confesiones obtenidas bajo tortura. Para dar cumplimiento a esta medida de satisfacción, el Consejo de Defensa del Estado solicitó al fiscal de la Corte Suprema presentar un

455 *Íd.*, párrafo 156.

456 CtIDH, Caso Maldonado (supervisión 2017), párrafo 6.

recurso de revisión para anular las sentencias por supuesta “traición a la patria” dictadas por los consejos de guerra, el cual fue resuelto el 3 de octubre de 2016, por sentencia definitiva de la segunda sala de la Corte Suprema, invalidándolas.⁴⁵⁷

Como medida de no repetición, la Comisión solicitó que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, con el objeto de adecuar la legislación y las prácticas chilenas a los estándares interamericanos en materia de tortura y protección judicial, así como medidas para prevenir la repetición de hechos similares a los relacionados con el presente caso.⁴⁵⁸ Luego, la Corte dictaminó que el mecanismo de revisión de las sentencias que se establezca debe ser puesto a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los consejos de guerra durante la dictadura militar chilena.⁴⁵⁹

En este contexto, destacan fallos de la Corte Suprema del año 2018 y 2019, que revisan y anulan fallos de consejos de guerra de Antofagasta y Pisagua (sentencias roles N° 8.745-2018 y 15.074-2018), y de Ñuble y Concepción (sentencias roles N° 4176-2019 y 6889-2019), aunque las causas no se han iniciado de oficio por el Estado, sino sobre las víctimas sobrevivientes.⁴⁶⁰

457 Corte Suprema, Carátula reservada (2016, rol N° 27543-2016); CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2017), p. 63: “La sala penal dejó sin efecto las sentencias fraudulentas históricas contra 78 ex miembros de la Fuerza Aérea. El fallo citó las Comisiones Rettig y Valech, además del mencionado fallo de la Corte IDH, para establecer que los consejos de guerra convocados tras el golpe de Estado actuaron en contra de la Constitución Política de 1925, desconociendo, además, el debido proceso”.

458 CtIDH, Caso Maldonado (2015, serie C N° 300) párrafo 168.

459 CtIDH, Caso Maldonado (2015, serie C N° 300) punto resolutivo 9.

460 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2019), p. 58.



Bibliografía

Bibliografía

A

1. Abril Stoffels, Ruth (1998): "La asistencia humanitaria y los principios jurídicos recogidos en el Derecho Internacional Humanitario", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* N° 89 (Madrid, Gráficas Juma).
2. Acosta Estévez, José B. (1995): "Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos", en *Anuario de derecho internacional* (vol. 11); pp. 3-22.
3. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2006a): "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de Derecho Internacional Público", en *Ius et Praxis* (vol. 12 N° 1); pp. 117-154.
4. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2006b): "El principio de jurisdicción universal: una propuesta de aplicación en Chile", en *Estudios Constitucionales* (vol. 4 N° 1); pp. 333-366.
5. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008): "Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno", en *Ius et praxis* (vol. 14 N° 2); pp. 147-207.
6. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2009a): "La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador", en *Estudios constitucionales* (vol. 7 N° 1); pp. 91-136.
7. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2009b): "La desaparición forzada de personas: naturaleza, fuentes y jerarquía. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas", en *Estudios constitucionales* (vol. 7 N° 2); pp. 429-463.
8. Aguilar Cavallo, Gonzalo y Maldonado Paredes, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: el caso Fujimori ante la justicia chilena", Llanos Mansilla, Hugo y Picand Albónico, Eduardo (coordinadores académicos), en *Derecho Internacional Público. Estudios de derecho internacional. Libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia); pp. 145-184.
9. Akande, Dapo (2004): "International Law Immunities and the International Criminal Court", en *American Journal of International Law* (vol. 98 N° 3); pp. 407-433.
10. Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago, Legal Publishing).
11. Alfonso, César (2010): "La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur", Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (editores), en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung); pp. 63-79.
12. Alvarez, José E. (2008): "Alternatives to International Criminal Justice"; Cassese, Antonio (editor), en *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (New York, Oxford University Press); pp. 25 – 38.

13. Ambos, Kai (1996): "Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint", en *European Journal of International Law* (vol. 7); pp. 519-544.
14. Ambos, Kai (2005a): *La parte general del Derecho Penal Internacional* (trad. Ezequiel Malarino, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung).
15. Ambos, Kai (2005b): "La construcción de una parte general del derecho penal internacional"; Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Woischnik, Jan (editores), en *Temas actuales del Derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España* (Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung); pp. 13-40.
16. Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel, editores (2003): *Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung).
17. Amnistía Internacional (2003): "El derecho internacional y las obligaciones de los Estados", en *Contra la tortura: Manual de acción* (Madrid, Ed. Amnistía Internacional); pp. 67-98.
18. Andrés Domínguez, Ana Cristina (2006): *Derecho Penal Internacional* (Valencia, Tirant lo Blach); 246 pp.
19. Antokoletz, Daniel (1951): *II Tratado de Derecho Internacional Público* (5ª edición, Buenos Aires, Editorial La Facultad).
20. Anzilotti, Dionisio (1935): *I Curso de Derecho internacional* (Trad. Julio López Olivan, Madrid, Editorial Reus S.A.).
21. Arbuet-Vignali, Heber (2005): "La sociedad y el orden jurídico internacionales", Jiménez de Aréchaga, Eduardo, Arbuet-Vignali, Heber y Puceiro Ripoll, Roberto, en *I Derecho Internacional Público. Principios, normas y estructuras* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria); pp. 23-81.
22. Arbuet-Vignali, Heber y Puceiro Ripoll, Roberto (2005): "Las relaciones entre el derecho internacional público y otros sistemas", Jiménez de Aréchaga, Eduardo, Arbuet-Vignali, Heber y Puceiro Ripoll, Roberto, en *I Derecho Internacional Público. Principios, normas y estructuras* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria); pp. 387-425.
23. Arnould, Valérie (2017): "ICC Monopolisation of the Justice Field. A Court in Crisis? The ICC IN Africa, and Beyond", Egmont Institute, 2017; pp. 15-18. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2020].
24. Arrau C., Fernando (2005): "Los crímenes de lesa humanidad: el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*, la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad", en *Serie Estudios* (Nº 330); 26 pp.
- B**
25. Balint, Jennifer L. (1996): "The Place of Law in Addressing Internal Regime Conflicts", en *Law and Contemporary Problems* (vol. 59 Nº 4); pp. 103-126.
26. Barberis, Julio A. (1970): "La liberté de traiter des Etats et le *jus cogens*", en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* (vol. 30 Nº 1); pp. 19-45.
27. Barker, J. Craig (1999): "Current Developments in Public International Law: I The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet", en *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 48 Nº 4); pp. 937-949.

28. Bassiouni, M. Cherif (1982): "El Derecho Penal Internacional: historia, objetivo y contenido", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* vol. 35 N° 1; pp. 5-42.
29. Bassiouni, M. Cherif (1990): "A functional approach to general principles of international law", en *Michigan Journal of International Law* (vol. 11); pp. 768-818.
30. Bassiouni, M. Cherif (1996a): "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability", en *Law and Contemporary Problems* (vol. 59 N° 4): pp. 9-28.
31. Bassiouni, M. Cherif (1996b): "International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*", en *Law and Contemporary Problems* (vol. 59 N° 4); pp. 63-74.
32. Bascuñán Rodríguez, Antonio y Correa, Rodrigo (2002): "El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno", en *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* N° 1; pp. 129-160.
33. Bates, Ed (2007): "State Immunity for Torture", en *Human Rights Law Review* (vol. 7 N° 4); pp. 651-680.
34. Bekou, Olympia (2012): "Crimes at Crossroads", en *Journal of International Criminal Justice* (vol. 10); pp. 677-691.
35. Belsky, Adam, Merva, Mark y Roht-Arriaza Naomi (1989): "Implied Waiver Under the FSIA: a Proposed Exception of Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law", en *California Law Review* (vol. 77 N° 2); pp. 365-415.
36. Bello, Andrés (1932): *VI Obras Completas. Derecho internacional* (Santiago, Editorial Nascimento); 581 pp.
37. Benadava, Santiago (1992): "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", en *AA.VV., XXI Jornadas Chilenas de Derecho Público (Santiago, 1990): Nuevos enfoques del derecho internacional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile); pp. 9-59.
38. Benadava, Santiago (1997): *Derecho Internacional Público* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur); 377 pp.
39. Benadava, Santiago (2004): *Derecho Internacional Público* (8ª edición, Santiago, Abeledo Perrot); 411 pp.
40. Benvenisti, Eyal (1997): "The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists", en *European Journal of International Law* (vol. 8); pp. 596-612.
41. Bernales Rojas, Gerardo (2019): "El acceso a la justicia en el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en *Revista Ius et Praxis* vol. 25 N° 3; pp. 277-306.
42. Bertelsen Repetto, Raúl (1996): "Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I); pp. 211-222.
43. Bianchi, Andrea (1999): "Immunity versus Human Rights: the Pinochet Case", en *European Journal of International Law* (vol. 10); pp. 237-277.

44. Biblioteca del Congreso Nacional (s.d.): "Historia de la Ley Nº 20.352. Proyecto de reforma constitucional, destinado a permitir el reconocimiento de la jurisdicción de Tribunales internacionales". Disponible [online](#) [fecha de consulta: 10 de enero de 2021].
 45. Bollo Arocena, María Dolores (2004): *Derecho internacional penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión* (Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco/Euskal Eriko Unibertsitatea).
 46. Bornkamm, Paul Christoph (2012): "State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State", en *German Law Journal* (vol. 13 Nº 6); pp. 773-782.
 47. Botero Marino, Catalina (2006): "Derecho Penal Internacional y justicia de transición"; en De Gamboa Tapia, Camila (ed.), *Justicia Transicional: teoría y praxis* (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario); pp. 280-323.
 48. Bou Franch, Valentín (2002): "Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *jus cogens*: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido", en *Anuario de derecho internacional* (Nº 18); pp. 279-303.
 49. Bradley, Curtis A. y Goldsmith, Jack L. (1999): "Pinochet and International Human Rights Litigation", en *Michigan Law Review* (vol. 97 Nº 7); pp. 2129-2184.
 50. Brownlie, Ian (2008): *Principles of Public International Law* (7ª edición, Oxford, Clarendon Press); 784 pp.
 51. Bruna Contreras, Guillermo (2003): "Los tratados internacionales en la Constitución de 1980. Jurisprudencia en la década de 1981-1989", en *Ius et Praxis* (vol. 9 Nº 1); pp. 329-349.
 52. Bustos Valderrama, Crisólogo (1984): "La recepción del derecho internacional en el derecho constitucional chileno", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 11 Nº 2-3); pp. 523-532.
 53. Bustos Valderrama, Crisólogo (2000): "Los crímenes de derecho internacional y los conflictos armados no internacionales", en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* (Nº 2); pp. 143-166.
 54. Butcher, Goler Teal (1986): "Legal Consequences for States of the Illegality of Apartheid", en *Human Rights Quarterly* (vol. 8 Nº 3); pp. 404-442.
 55. Byers, Michael (1999): *Custom, Power and the Power of Rules* (Cambridge, Cambridge University Press); 250 pp.
- C**
56. Cadena Afanador, Walter (2010): "El principio de la jurisdicción universal de los derechos humanos desde la globalización y el constructivismo", en *Prolegómenos: Derechos y Valores* (vol. 13 Nº 25); pp. 235-249.
 57. Campusano, Rafael F. (2006): "Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005", en *Actualidad Jurídica* (Nº 13); pp. 25-41.
 58. Cançado Trindade, Antonio (2001): "Retos y perspectivas de la protección internacional de los derechos humanos al inicio del siglo XXI", en *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile); pp. 375-424.

59. Cançado Trindade, Antonio (2012): "Jus cogens: the Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-law"; 28 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
60. Caplan, Lee M. (2003): "State Immunity, Human Rights, and *Ius cogens*: a Critique of the Normative Hierarchy Theory", en *American Journal of International Law* (vol. 97 N° 4); pp. 740 – 781.
61. Cárdenas Aravena, Claudia (2010): "La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley N° 20.357", *Revista de Derecho* (Valdivia), vol.23 N° 2; pp. 23-44.
62. Cárdenas Aravena, Claudia (2013): "La aplicabilidad del derecho internacional por tribunales chilenos para interpretar la Ley N° 20.357", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20 N° 2; pp. 121-145.
63. Carter, Barry E., Trimble, Phillip R. y Bradley, Curtis A. (2003): *International Law* (4th edition, New York, Aspen Publishers).
64. Carrillo-Santarelli, Nicolás (2012): "Enhanced Multi-level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods", en *German Law Journal* (vol. 13 N° 7); pp. 829-873.
65. Casado Raigón, Rafael y Vásquez Gómez, Eva María (2005): "La impronta del *ius cogens* en el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos", AA.VV., *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Sevilla, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla) Tomo I; pp. 343-360.
66. Cassel, Douglass (1996): "Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities", en *Law and Contemporary Problems* (vol. 59 N° 4); pp. 197-230.
67. Cassese, Antonio (2003): *International Criminal Law* (New York, Oxford University Press); 472 pp.
68. Cassese, Antonio (2008): "Nullum crimen sine lege", en Cassese, Antonio (editor), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (New York, Oxford University Press); pp. 438-441.
69. Cea Egaña, José Luis (1997): "Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República", en *Ius et Praxis* (vol. 2 N° 2); pp. 81-92.
70. Cebada Romero, Alicia (2002): "Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (N° 4); 14 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
71. Centro de Derechos Humanos (2017): *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017* (Santiago, Universidad Diego Portales).
72. Centro de Derechos Humanos (2019): *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2019* (Santiago, Universidad Diego Portales).
73. Cohen, Harlan Grant (2007): "Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources", en *Iowa Law Review* (vol. 93); pp. 65-129.

74. Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza (1965): *Seminario sobre la actividad de la Cruz Roja a favor de las víctimas de los conflictos armados* (Ginebra, Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza).
75. Comité Internacional de la Croix-Rouge (1972): *Comentario al programa de un curso sobre el Derecho Internacional Humanitario* (Genève, Comité Internacional de la Croix-Rouge).
76. Comité Internacional de la Cruz Roja (1975): *Manual de la Cruz Roja Internacional* (11ª edición, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).
77. Comité Internacional de la Cruz Roja (1978): *Informe acerca de la Mesa Redonda de las instituciones laureadas con el Premio Nobel de la Paz* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).
78. Comité Internacional de la Cruz Roja (1979): *EL CICR, la Liga y el informe sobre la Reevaluación del Cometido de la Cruz Roja* (Ginebra, separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo-abril 1978 a enero-febrero 1979).
79. Comité Internacional de la Cruz Roja (1998): *Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).
80. Comité Internacional de la Cruz Roja (2006): *Participación en los tratados de relevancia para el Derecho internacional Humanitario y su aplicación nacional. Avances y actividades en América*. Informe 2006; 72 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
81. Comité Internacional de la Cruz Roja (2014): *Estado de ratificación de los principales tratados de DIH*. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
82. Coursier, Henri (1962): *Curso de cinco lecciones sobre los Convenios de Ginebra* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1962).
83. Crawford, James (2004): *Los Artículos de la Comisión de Derecho internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado* (Trad. Luis Fonseca, Dykinson).
84. Crawford, James (2009): "Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", en *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 10 de enero de 2021].
85. Criddle, Evan J. y Fox-Decent, Evan (2009): "A Fiduciary Theory of *jus cogens*", en *Yale Journal of International Law* (vol. 34 N° 2); pp. 331-387.
86. Cruz Roja Americana (2006): *Hoja informativa: Resumen de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales*; 6 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 10 de enero de 2021].
87. Cruz-Coke Ossa, Carlos (2009): *Instituciones políticas y derecho constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae); 744 pp.
88. Cuervo Pontón, Luis Enrique (1991): "*Jus cogens*, el imperativo categórico del derecho internacional", en *Universitas* (vol. 81); pp. 341-361.
89. Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso; Chacón Triana, Nathalia; Sánchez Baquero, Mayra Nathalia; Pérez Sua, Claudia Paola (2015): "Los desafíos en la materialización efectiva del Control de Convencionalidad (CCV): una experiencia comparada en Chile, Colombia y México", en *Revista VIA IURIS* N° 18; pp. 27-46.

D

90. Cumplido Cereceda, Francisco (1996): "Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I); pp. 255-258.
91. Cumplido Cereceda, Francisco (2003): "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia", en *Ius et Praxis* (vol. 9 N° 1); pp. 365-374.
92. Cury Urzúa, Enrique (1999): *I Derecho penal. Parte general* (2ª reimpression de la 2ª edición, Santiago Editorial Jurídica de Chile); 385 pp.
93. D'Amato, Anthony (2008): "National Prosecution for International Crimes", en Bassiouni, M. Cherif, *III International Criminal Law. International Enforcement* (3ª edición, Martinus Nijhoff Publishers); pp. 285-295.
94. De Ory Arriaga, Carlos (2005): "La Corte Internacional de Justicia y los Derechos Humanos", en AA.VV., *I Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Sevilla, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla); pp. 431-452.
95. De Wet, Erika (2004): "The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and its Implications for National and Customary Law", en *European Journal of International Law* (vol. 15 N° 1); pp. 97-121.
96. De Wet, Erika (2006): "The International Constitutional Order", en *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 55 N° 1); pp. 51-76.
97. Degan, Vladimir-Djuro (2005): "On the Sources of International Criminal Law", en *Chinese Journal of International Law* (vol. 4 N° 1); pp. 45-83.
98. Detter, Ingrid (1994): *The International Legal Order* (Cambridge, Dartmouth).
99. Detzner, John A. (1988): *Tribunales chilenos y derecho internacional de derechos humanos* (Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano); 182 pp.
100. Díaz Tolosa, Regina (2006): "Aplicación de los Convenios de Ginebra por los tribunales de justicia chilenos", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 33 N° 2); pp. 305-327.
101. Díaz Tolosa, Regina (2012) "Derecho internacional y derechos internos: ¿Jerarquía o coordinación?", en *Revista de Derecho Público* N° 77; pp. 263-276.
102. Dirección de Estudios Corte Suprema (2020): "Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional". Disponible [online](#) [fecha de consulta: 16 de enero de 2021].
103. Dobovsek, José (2006): "Breves consideraciones sobre el Derecho Internacional Penal general y sus relaciones con los sistemas penales particulares", en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional* (vol. XV); pp. 45-68.
104. Donovan, Donald and Roberts, Anthea (2006): "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction", en *American Journal of International Law* (vol. 100 N° 1); pp. 142-163.
105. Drnas de Clément, Zlata (2002): "Las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial", en *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*; pp. 1-33.

F

106. Dubois, Dan (2009): "The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?", en *Nordic Journal of International Law* (vol. 78 Nº 2); pp. 133-175.
107. Dugard, John (1970): "Naciones Unidas, Derechos Humanos y el Apartheid", en *Foro Internacional* (vol. 11 Nº 2); pp. 286-307.
108. Dulitzky, Ariel E. (1996): "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano"; en Buergethal, Thomas y Cançado, Trindade Antonio (compiladores), *I Estudios especializados de Derechos humanos* (San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos); pp. 129-166.
109. Dupuy, Pierre-Marie (2006): *Droit international public* (8ème édition, Paris, Dalloz); 849 pp.
110. Fahmi, Aziza M. (1971): "Peremptory Norms as General Rules of International Law", en *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (vol. 22); pp. 383-400.
111. Federación Internacional de los Derechos Humanos (2004): *Informe final de las Acciones Legales para las Víctimas de Crímenes Internacionales. Auspiciando un enfoque de la UE frente a la jurisdicción extraterritorial*; 78 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2020].
112. Ferdinandusse, Ward N. (2006): *Direct Application of International Criminal Law in National Courts* (The Hague, T.M.C. Asser Press).
113. Fernández Flores de Fúnes, José Luis (2005): "De la jurisdicción territorial a la jurisdicción universal", en *I Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*; pp. 569-574.
114. Fernández Neira, Karinna y Sferrazza Taibi, Pietro (2009): "La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos 2009*; pp. 183-192.
115. Fraidenraij, Susana (1998): "Convención sobre prohibición o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados"; en Infante, María Teresa y Cave, Rose (compiladoras): *Nuevos estudios de Derecho Internacional Humanitario* (Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, Colección Estudios Internacionales); pp. 6-14.
116. Ford, Christopher A. (1994): "Adjudicating *jus cogens*", en *Wisconsin International Law Journal* (vol. 13); pp. 145-181.
117. Fox, Hazel (1999): "The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State", en *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 48 Nº 1); pp. 207-216.
118. Fox, Hazel (2002): "Immunity for Acts Unlawful in International Law: The Exhaustion of Local Remedies", en *The Law of State Immunity* (Oxford, Oxford University Press); pp. 517-540.
119. Frontaura Rivera, Carlos (1999): "Territorialidad, prescripción e inmunidad en materia de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia de la Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 26 Nº 1); pp. 203-245.
120. Frulli, Micaela (2009): "Immunities of Persons from Jurisdiction", en Cassese, Antonio (editor), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*

(New York, Oxford University Press); pp. 368-369.

121. Fuentes Torrijo, Ximena (2000): "Las inmunidades de jurisdicción y el Estatuto de la Corte Penal", en *Ius et Praxis* (vol. 6 N° 2); pp. 419-425.
122. Fuentes Torrijo, Ximena (2011): "El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional", en *Estudios Internacionales* (N° 169); pp. 119-140.

G

123. Gaeta, Paola (2007): "On What Conditions Can a State be Held Responsible for Genocide?", en *European Journal of International Law* (vol. 18); pp. 631-648.
124. Gaeta, Paola (2009): "Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?", en *Journal of International Criminal Justice* (vol. 7 N° 2); pp. 315-332.
125. Gaete González, Eugenio Alberto (1996): "Derecho internacional y derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I); pp. 259-275.
126. Galdámez Zelada, Liliana (2011): *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia).
127. Gamboa Serazzi, Fernando (1999): "El caso Pinochet, historial y algunos antecedentes jurídicos que tienen relación con él", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* (vol. 3 N° 3); pp. 77-134.
128. García Ramírez, Sergio (1998): "Dos temas de la jurisprudencia interamericana: proyecto de vida y amnistía", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (vol. 95 N° 2); pp. 61-75.
129. Gilbert, Geoff (1990): "The Criminal Responsibility of States", en *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 39 N° 2); pp. 345-369.
130. Goodwin-Gill, Guy S. (1999): "Crime in International Law: Obligations *erga omnes* and the Duty to Prosecute", en Goodwin-Gill, Guy S. y Talmon, Stefan (ed.), *The reality of International Law. Essays in Honor of Ian Brownlie* (Oxford, Clarendon Press); pp. 199-223.
131. Gómez Campelo, Esther (2000): "El Derecho Penal Internacional ante el caso Pinochet", en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares Curso 1998-1999. Número extraordinario en homenaje al Prof. Dr. Don Luis García San Miguel* (vol. 8); pp. 277-305.
132. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso (2002): "El crimen de genocidio en derecho internacional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (vol. 35 N° 105); pp. 917-946.
133. González, Felipe: "Derechos Humanos y Derecho Humanitario: un análisis comparativo", en *27 Cuadernos de análisis jurídico: Dogmática Constitucional y Derechos Humanos* (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1993); pp. 21-48.
134. González-Ruiz, Cristián D. y Mijares, Víctor M. (2020): "Los fuertes hacen lo que quieren: exponiendo los límites de la Corte Penal Internacional", en *Revista de Direito Internacional* vol. 17 N° 1; pp. 406-416.
135. Gowlland-Debbas, Vera (1994): "Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility", en *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 43 N° 1); pp. 55-98.

H

136. Gavron, Jessica (2002): "Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court", en *International and Comparative Law Quarterly* (vol.51 Nº 1); pp. 91-117.
137. Grossrieder, Paul: "¿Un porvenir para el derecho internacional humanitario y sus principios?", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* Nº 833, marzo de 1999 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999); p. 12.
138. Gutiérrez Ramírez, Luis Miguel (2014): "La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional", en *Estudios Socio-Jurídicos* vol. 16 Nº 2; pp. 23-60.
139. Guzmán Dalbora, José Luis (2008): "Chile"; en Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional* (Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung); pp. 131-158.
140. Haug, Hans (1996): "La neutralidad como principio fundamental de la Cruz Roja", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* Nº 138 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja); pp. 670-673.
141. Heffter, Agosto Wilhelm (1875): *Derecho Internacional Público de Europa* (Trad. G. Lizarraga, Madrid, Librería de Victoriano Suárez).
142. Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2005): "Las transformaciones en el sistema de fuentes del derecho constitucional", en AA.VV., *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público (25-27 noviembre de 2004)* (Santiago, Lexis Nexis); pp. 241-250.
143. Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2008): "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales* (vol. 6 Nº 2); pp. 73-119.
144. Herdegen, Matthias (2005): *Derecho Internacional Público* (Trad. Marcela Anzola, México D.F., Konrad-Adenauer-Stiftung y Universidad Nacional Autónoma de México).
145. Herdegen, Matthias (2010): "La internacionalización del orden constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (vol. 16); pp. 71-81.
146. Hernández, Ángel (1997): *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación. Su recepción en el ordenamiento jurídico español* (Madrid, Tecnos).
147. Horvitz Lennon, María Inés (2006): "Amnistía y prescripción en causas sobre violación de derechos humanos en Chile", en *Anuario de Derechos Humanos* (Nº 2); pp. 217-225.
148. ICRC-International Committee of the Red Cross (2014): "Principios generales del derecho penal internacional". Disponible [online](#) [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2020].
149. Infante Caffi, María Teresa (1996): "Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 Nº 2 y 3, Tomo I); pp. 277-297.
150. Janis, Mark W. y Noyes, John E. (2006): *Cases and Commentary on International Law* (St. Paul-MN, Thomson).

J

K

151. Jessberger, Florian (2008): "International v. National Prosecution of International Crimes"; en Cassese, Antonio (editor), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (New York, Oxford University Press); pp. 208-215.
152. Joyner, Christopher C. (1996): "Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability", en *Law and Contemporary Problems* (vol. 59 N° 4); pp. 153-172.
153. Juste Ruiz, José y Castillo Daudí, Mireya (2002): *Derecho Internacional Público* (Valencia, Punto y coma).
154. Kaplan, Margo (2004): "Using collective interests to ensure human rights: an analysis of the articles on state responsibility", *New York University Law Review* (vol. 79 N° 5); pp. 1902-1933.
155. Kawasaki, Kyoji (2007): "International *jus cogens* in the Law of State Responsibility", en *International Law Journal* (N° 1); pp. 6-22.
156. Kelley, Garland (1999): "U.S. vs. the World: Does Customary International Law Supersede a Federal Statute?", en *Texas Review of Law and Politics* (vol. 3 N° 2); pp. 353-379.
157. Knoop, Geert-Jan Alexander (2004): "International criminal law liability for interrogation methods by military personnel under customary international law and the ICC Statute", en *International Criminal Law Review* (vol. 4); pp. 211-229.
158. Kress, Claus (2010): "*Nulla poena nullum crimen sine lege*", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
159. Kutz, Christopher (2007): "Torture, Necessity and Existential Politics", en *California Law Review* (vol. 95 N° 1); pp. 235-276.

L

160. Lachs, Manfred (1968): "The Law of Treaties (Some General Reflections on the Report of The International Law Commission)", en AA.VV., *Recueil d'Études de Droit International en hommage à Paul Guggenheim* (Genève, Faculté de Droit de l'Université de Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales); pp. 391-402.
161. Lachs, Manfred (1980): "The development and general trends of International Law in our time", en *Recueil des Cours* (vol. 4 N° 169); pp. 13-377.
162. Laplante, Lisa J. (2009): "Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes", en *Virginia Journal of International Law* (vol. 49 N° 4); pp. 915-984.
163. LePard, Brian D. (2010): *Customary International Law. A new theory with practical requirements* (New York, Cambridge University Press).
164. Linderfalk, Ulf (2007): "The Effect of *jus cogens* norms: Whoever opened Pandora's Box, did you ever think about the consequences?", en *European Journal of International Law* (vol. 18); pp. 853-871.
165. Lippman, Matthew (1979): "The Protection of Universal Human Rights: The Problem of Torture", en *Universal Human Rights* (vol. 1 N° 4); pp. 25-55.
166. Llanos Mansilla, Hugo (2007): *II Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. La persona humana ante el derecho internacional vol. 2* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

M

167. Llanos Mansilla, Hugo (2008): *III Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. La persona humana ante el derecho internacional* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
168. Llanos Mansilla, Hugo (2011): *IV Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
169. Mann, F. A. (1990): *Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press).
170. Mariño Menéndez, Fernando (1999): *Derecho Internacional Público. Parte General* (Madrid, Editorial Trotta).
171. Mariño Menéndez, Fernando (2005): "Los límites de la noción formal de orden público internacional", en AA.VV., *I Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Sevilla, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla); pp. 825-831.
172. Martínez Ventura, Jaime (2010): "Jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos y Derecho Penal Internacional. Casos de Guatemala, Costa Rica y El Salvador"; en Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung); pp. 103-122.
173. Matus Acuña, Jean Pierre (2006): "Informe pericial ante CtIDH sobre aplicación jurisprudencial de Decreto Ley 2191 de Amnistía, de fecha 19 de abril de 1978", en *Ius et Praxis* (vol. 12 N° 1); pp. 275-296.
174. McGregor, Lorna (2007): "Addressing the Relationship between State Immunity and Jus Cogens Norms: A Comparative Assessment"; en Kaleck, W.; Ratner, M.; Singelstein, T.; Weiss, P. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (Berlin, Springer); pp. 69-84.
175. McNair, Arnold Duncan (1961): *The Law of Treaties* (Oxford, Clarendon Press).
176. Medina Quiroga, Cecilia (1994): "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico chileno"; en AA.VV., *Constitución, tratados y derechos esenciales* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación); pp. 3-54.
177. Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio (2003): "Parte I. Doctrina. A. El sistema internacional de protección de los derechos humanos y B. Importancia y alcance de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional"; en Defensoría Penal Pública, *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores penales públicos* (Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública); pp. 18-84.
178. Mejías Azuero, Jean Carlo (2008): "Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI N° 22; pp. 181-217.
179. Mera Figueroa, Jorge (2005): *Derechos humanos en el derecho penal chileno* (reimpresión de la 1ª edición de 1998, Santiago, Lexis Nexis).
180. Meron, Theodor (1987): "The Geneva Conventions as Customary Law", en *American Journal of International Law* (vol. 81 N° 2); pp. 348-370.
181. Meron, Theodor (2005): "Revival of Customary Humanitarian Law", en *American Journal of International Law* (vol. 99 N° 1); pp. 817-831.

N

182. Meurant, Jacques (1997): "Dimensión filosófica y religiosa de lo humanitario", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 140 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).
183. Meza-Lopehandía, Matías (2019): "La obligación de reparar por los delitos de lesa humanidad. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Chile"; en Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria, Informe Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados en relación con el proyecto de ley que otorga un aporte único, de carácter reparatorio, a las víctimas de prisión política y tortura reconocidas por el Estado de Chile (Boletín N° 11.619-17). Disponible [online](#) [fecha de consulta: 17 de enero de 2021].
184. Milanovic, Marko (2006): "State Responsibility for Genocide", en *European Journal of International Law* (vol. 17); pp. 553-604.
185. Minagawa, Takeshi (1968): "Jus cogens in Public International Law", en *Hittotsubashi Journal of International Law and Politics* (vol. 6); pp. 16-28.
186. Mohor Abuaud, Salvador y Varas Alfonso, Paulino (2000): "Corte Penal Internacional: evaluación crítica y cuestiones constitucionales", en *Temas de Derecho* (vol. 15 N° 1 y 2); pp. 97-124.
187. Molina Guaita, Hernán (2011): *Derecho constitucional* (11ª edición, Santiago, Abeledo Perrot).
188. Montt Oyarzún, Santiago (2005): "Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 32 N° 1); pp. 19-78.
189. Murphy, Sean D. (2006): *Principles of International Law* (Minnesota, Thomson West).
190. Naqvi, Yasmin (2003): "Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition", en *International Review of the Red Cross* (vol. 85 N° 851); pp. 583-625.
191. Navarro Dolmestch, Roberto (2004): "Los efectos en el sistema chileno de fuentes del derecho penal de la incorporación de los tratados internacionales y del fenómeno de la globalización", en *Ius et Praxis* (vol. 10 N° 1); pp. 77-111.
192. Newton, Major Michael A. (1996): "Continuum Crimes: Military Jurisdiction over Foreign Nationals who Commit International Crimes", en *Military Law Review* (vol. 153); pp. 1-93.
193. Nieto Navia, Rafael (2001): *International Peremptory Norms (jus cogens) and International Humanitarian Law*; 27 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 23 de mayo de 2021].
194. Nogueira Alcalá, Humberto (1993): "Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución chilena", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (vol. 27): Dogmática constitucional y derechos humanos; pp. 49-69.
195. Nogueira Alcalá, Humberto (1996): "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 N° 2 y 3, tomo I); pp. 341-380.

O

196. Nogueira Alcalá, Humberto (2000): "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2001; pp. 163-259.
197. Nogueira Alcalá, Humberto (2005): "Jurisprudencia comentada: Amnistía, prescripción y su armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en Chile", en *Gaceta Jurídica* N° 301; pp. 40-63.
198. Nogueira Alcalá, Humberto (2006a): "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana *Almonacid Arellano vs. Chile* a los operadores jurídicos nacionales", en *Gaceta Jurídica* N° 316; pp. 16-19.
199. Nogueira Alcalá, Humberto (2006b): "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano*", en *Ius et Praxis* (vol. 12 N° 2); pp. 363-384.
200. Nogueira Alcalá, Humberto (2008a): "El boque constitucional de derechos: la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina"; en Llanos Mansilla, Hugo y Picand Albónico, Eduardo (coordinadores académicos), *I Derecho Internacional Público. Estudios de derecho internacional. Libro Homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia); pp. 265-304.
201. Nogueira Alcalá, Humberto (2008b): "Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción", en *Ius et Praxis* (vol. 14 N° 2); pp. 561-589.
202. Observatorio de Derechos Humanos UDP (2014): "Principales hitos jurisprudenciales en causas DDHH en Chile 1990-2013". Disponible [online](#) [fecha de consulta: 17 de enero de 2021].
203. O'Connell, Mary Ellen (2008): *The Power & Purpose of International Law* (New York, Oxford University Press); 391 pp.
204. Odello, Marco (2004): "La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: relación entre derecho internacional y derechos nacionales", en *Foro*, Nueva época; pp. 347-378.
205. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (1991): "El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos", en *Folleto informativo N° 13* (Ginebra, Naciones Unidas).
206. Olasolo, Héctor (2016): "Los fines del derecho internacional penal", en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 29; pp. 93-146.
207. Olasolo, Héctor, Martínez, Juan R. y Rodríguez, Ana María (2016): "La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de asuntos exteriores", en *Revista Chilena de Derecho* vol. 43 N° 1; pp. 251-281.
208. Oppenheim, L. (1966): *II Tratado de Derecho Internacional Público. Controversias, guerra y neutralidad* (7ª edición, Barcelona, Bosch).
209. Orakhelashvili, Alexander (2006): *Peremptory Norms in International Law* (New York, Oxford University Press).
210. Orentlicher, Diane F. (1991): "The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", en *Yale Law Journal* (vol. 100 N° 8); pp. 2537-2615.

P

211. Pagliari, Arturo Santiago (2007): *Curso de Derecho Internacional Público* (Córdoba, Advocatus).
212. Palwankar, Umesh (1994): "Medidas que pueden tomar los Estados para cumplir su obligación de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 121 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).
213. Parker, Karen y Neylon, Lyn Beth (1989): "Jus cogens: Compelling the Law of Human Rights", en *Hastings International and Comparative Law Review* (vol. 12 N° 2); pp. 411-463.
214. Pasquier, André (1985): "Derecho Internacional Humanitario y actividades del CICR para América Latina y el Caribe", en *II Seminario Interamericano sobre seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos en Centro América* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
215. Pastor Ridruejo, José Antonio (1991): *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales* (Reimpresión 3ª edición, Madrid, Tecnos).
216. Paul, Vladimir (1971): "Legal Consequences of Conflict between a Treaty and Imperative Norm of General International Law (*Jus cogens*)", en *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (vol. 21 N° 1-2); pp. 19-49.
217. Paulus, Andreas L. (2005): "Jus cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation", en *Nordic Journal of International Law* (vol. 74 N° 3-4); pp. 297-333.
218. Pejic, Jelena (2001): "No discriminación y conflicto armado", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 841 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).
219. Peña López, Rolando (1961): *II Manual de Derecho Internacional Público* (Concepción, Universidad de Concepción).
220. Pfeffer Urquiaga, Emilio (1997): "Constitución Política de la República y tratados internacionales", en *Ius et Praxis* (vol. 2 N° 2); pp. 63-72.
221. Pfeffer Urquiaga, Emilio (2003): "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno", en *Ius et Praxis* (vol. 9 N° 1); pp. 467-484.
222. Philippe, Xavier (2006): "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* (selección de artículos 2006 N° 861-864); pp. 433-458.
223. Pictet, Jean (1956): *Los principios de la Cruz Roja* (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).
224. Pictet, Jean (1986): *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra, Instituto Henry Dunant).
225. Pinochet Elorza, César (1990): "Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (N° 13); pp. 9-18.
226. Precht Pizarro, Jorge Enrique (1967): "Los tratados internacionales como fuentes del derecho administrativo. Incorporación global y automática de los tratados internacionales al derecho interno chileno", en *Anales de la Fa-*

cultad de Ciencias Jurídicas y Sociales cuarta época (vol. 7 N° 7); pp. 29-61.

227. Precht Pizarro, Jorge Enrique (1996): "Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I); pp. 381-405.
228. Puceiro Ripoll, Roberto (1974): "Desarrollos actuales del *jus cogens*: el fantasma rompe su hechizo", en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional* (N° 3); pp. 49-79.
229. Puceiro Ripoll, Roberto (2005): "Las normas de *jus cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo"; en Jiménez de Aréchaga, Eduardo, Arbuet-Vignali, Heber y Puceiro Ripoll, Roberto, *I Derecho Internacional Público. Principios, normas y estructuras* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria); pp. 359-385.

R

230. Redress (1999): *Universal Jurisdiction in Europe. Criminal Prosecutions in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes against Humanity, Torture and Genocide*; 51 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
231. Reece Thomas, Katherine y Small, Joan (2003): "Human Rights and State Immunity: Is there Immunity from Civil Liability for Torture?", en *Netherlands International Law Review* (vol. 50 N° 1); pp. 1-30.
232. Reisinger, William (2007): "Beyond 'De-Nile' the United Nations' Genocide Problem in Darfur", en *Touro Law Review* (vol. 23 N° 3); pp. 685-730.
233. Requa, Marny A. (2012): "A Human Rights Triumph? Dictatorship-era Crimes and the Chilean Supreme Court", en *Human Rights Law Review* (vol. 12 N° 1); pp. 79-106.
234. Reuter, Paul (1982): *Derecho Internacional Público* (Trad. José Puente Egido, Barcelona, Bosch).
235. Rey Cantor, Ernesto (2006): "El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos", en *Estudios Constitucionales* (N° 2); pp. 299-334.
236. Ríos Álvarez, Lautaro (1997): "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos", en *Ius et Praxis* (vol. 2 N° 2); pp. 101-112.
237. Ríos Rodríguez, Jacobo (2007): "Límites y beneficiarios de la inmunidad de los gobernantes", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (N° 13); 18 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
238. Riveros Marín, Edgardo (1996): "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Notas sobre el caso chileno", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I); pp. 407-410.
239. Roberts, Anthea Elizabeth (2001): "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: a Reconciliation", en *American Journal of International Law* (vol. 95 N° 4); pp. 757-791.
240. Rodríguez Yagüe, Cristina (2007): "Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales Ad Hoc y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (N° 14); 24 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
241. Rousseau, Charles (1966): *Derecho Internacional Público* (Trad. Fernando Giménez Artigas, 3ª edición, Barcelona, Ediciones Ariel).

S

242. Ruiz Moreno, Isidoro (1935): *II Lecciones de Derecho Internacional Público* (Buenos Aires, El Ateneo).
243. Sagüés, Néstor Pedro (2003): "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", en *Ius et Praxis* (vol. 9 N° 1); pp. 205-221.
244. Salinas Burgos, Hernán (1998): "El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos internos. Nuevos Desarrollos", en Infante, María Teresa y Cave, Rose (compiladoras): *Nuevos estudios de Derecho Internacional Humanitario* (Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, Colección Estudios Internacionales).
245. Sandoval Messa, Jaime Alberto (2010): "Jurisdicción universal y legalidad del Estatuto de Roma, frente al derecho interno", en *Prolegómenos: Derecho y Valores* (vol. 13 N° 25); pp. 201-217.
246. Santos Vara, Juan (2006): "La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala", en *Revista electrónica de Estudios internacionales* (N° 11); 21 pp. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
247. Sato, Tetsuo (1987): "Review of Professor Takeshi Minagawa's Kokusaiho Kenkyu with some General Observations on His Contribution to the Science of International Law", en *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* (vol. 15); pp. 13-27.
248. Scarpa, Silvia (2008): *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery* (New York, Oxford University Press); 230 pp.
249. Scharf, Michael (1996): "The Letter of the Law: the Scope of the International Legal Obligation to Persecute Human Rights Crimes", en *Law and Contemporary Problems* (vol. 59 N° 4); pp. 41-61.
250. Scharf, Michael (2001): "The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position", en *Law and Contemporary Problems* (vol. 64 N° 1); pp. 67-117.
251. Scheuner, Ulrich (1967): "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law (*ius cogens*) and its Consequences. Comments on Articles 50, 61 and 67", en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* (vol. 27); pp. 521-532.
252. Schindler, Dietrich (1979): "El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* enero-febrero 1979 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja).
253. Schindler, Dietrich (1999): "Importancia de los Convenios de Ginebra para el mundo contemporáneo", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 836, 31 diciembre de 1999 (Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja); pp. 715-728.
254. Schindler, Dietrich y Toman, J., directores (1958): *The Laws of Armed Conflicts* N° 28 (3ª edición, Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers/Instituto Henry Dunant).
255. Schönsteiner, Judith y Couso, Javier (2015): "La implementación de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* vol. 22 N° 2; pp. 315-355.
256. Shaw, Malcolm N. (2008): *International Law* (6th edition, Cambridge, Cambridge University Press).

257. Shelton, Dinah (2002): "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility", en *American Journal of International Law* (vol. 96 N° 4); pp. 833-856.
258. Shelton, Dinah (2006): "Normative Hierarchy in International Law", en *American Journal of International Law* (vol. 100 N° 2); pp. 291-323.
259. Shiner, Roger A. (ed.) (2005): *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 3. Legal Institutions and the Sources of Law* (Dordrecht, Springer).
260. Silva Bascuñán, Alejandro (2006): *XI Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
261. Simon, Jan-Michael (2001): "Jurisdicción universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*; pp. 283-318.
262. Sinclair, Ian Mac Taggart (1973): *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, University Press).
263. Sorensen, Max (1945): *Manual de Derecho Internacional Público* (México, Fondo de Cultura Económica).
264. Sorensen, Max, ed. (1973): *Manual de Derecho Internacional Público* (Trad. a cargo de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México D.F., Fondo de Cultura Económica).
265. Stanislaw, Nahik: *Compendio de Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra, separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, 1984).
266. Stephen, Christopher (2012): "International Criminal Law: Wielding the Sword of Universal Criminal Justice?", en *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 61 N° 1); pp. 55-89.
267. Stephens, Pamela J. (2004): "A Categorical Approach to Human Rights Claims: *Jus Cogens* as a Limitation on Enforcement?", en *Wisconsin International Law Journal* (vol. 22 N° 2); pp. 245-272.
268. Stewart, David (2005): "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property", en *American Journal of International Law* (vol. 99 N° 1); pp. 194-211.
269. Suárez Crothers, Christian (2016): "Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros vs. Chile, a propósito de la causa 'Fuerza Aérea de Chile Contra Bachelet y Otros'", en *Estudios Constitucionales* vol. 14 N° 2; pp. 419-434.
270. Swinarski, Christophe (1990): *Principales nociones e institutos del DIH como sistema de protección de la persona humana* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- T**
271. Tapia Valdés, Jorge (2003): "Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la CPR de 1980", en *Ius et Praxis* (vol. 9 N° 1); pp. 351-364.
272. Téllez Soto, Claudia (1998): "Valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno", en *Revista de Derecho Universidad Austral* (vol. 9); pp. 179-190.

U

273. Thienel, Tobias (2006): "The Admissibility of Evidence Obtained by Torture under International Law", en *European Journal of International Law* (vol. 17); pp. 349-367.
274. Tomuschat, Christian (2005): "Informe de la Comisión sobre la jurisdicción penal universal presentado en el Instituto de Derecho Internacional, octubre 2002", en *Revista de Estudios Internacionales* (Nº 151); pp. 117-168.

V

275. United Nations (2001): *II Yearbook of International Law Commission part II* (New York, United Nations); 214 pp.
276. Uribe Vargas, Diego (1985): "Problemas de derechos humanos y seguridad del Estado en Centro América y el resto del mundo: una comparación", en *II Seminario Interamericano sobre seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos en Centro América* (San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos); pp. 61-74.
277. Van Boven, Theo (1996): "Appendix C: Review of Further Developments in Fields with Which the Sub-Commission Has Been Concerned", en *Law and Contemporary Problems* (vol. 59 Nº 4); pp. 283-347.
278. Van Schaack, Beth (1997): "The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot", en *Yale Law Journal* (vol. 106 Nº 7); pp. 2259-2291.
279. Vargas Carreño, Edmundo (2007): *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
280. Verdross, Alfred (1980): *Derecho Internacional Público*, 5a. edición alemana, refundida y aumentada con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek (6ª edición, 2ª reimpresión, trad. Antonio Truyol y Serra, Madrid, Aguilar).
281. Vivanco Martínez, Ángela (2006): *II Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

W

282. Weisburd, Arthur (1995): "The Emptiness of the Concept of *jus cogens*. As illustrated by the war in Bosnia-Herzegovina", en *Michigan Journal of International Law* (vol. 17); pp. 1-51.
283. Werle, Gerhard (2005): *Principles of International Criminal Law* (The Hague, T.M.C Asser Press).
284. Whiteman, Marjorie (1977): "*Jus cogens* in International Law, with a projected list", en *Georgia Journal of International and Comparative Law* (vol. 7 Nº 2); pp. 609-626.
285. Wirth, Steffen (2002): "Immunity for Core Crimes? The ICJ's Sentence in the Congo v. Belgium Case", en *European Journal of International Law* (vol. 13); pp. 877-893.
286. Wouters, Jand y Verhoeven, Sten (2005): "The Prohibition of Genocide as a Norm of *ius cogens* and its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide", en *International Criminal Law Review* (vol. 5); pp. 401-416.

Y

287. Yarwood, Lisa (2006): "*Jus cogens*: Useful Tool or Passing Fancy? A Modest Attempt at Definition", en *Bracton Law Journal* (vol. 38); pp. 16-38.

Z

288. Zappalá, Salvatore (2001): "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation", en *European Journal of International Law* (vol. 12); pp. 595-612.
289. Zoglin, Kathryn (1986): "United Nations action against Slavery: A critical evaluation", en *Human Rights Quarterly* (vol. 8 N° 2); pp. 306-339.
290. Zúñiga Urbina, Francisco (2006): "Comentario: sentencia en el caso Molco de la Excm. Corte Suprema de 13 de diciembre de 2006", en *Gaceta Jurídica* (N° 318); pp. 30-34.
291. Zúñiga Urbina, Francisco (2008): "Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Apostillas sobre tratados y Constitución", en *UNED. Revista de Derecho Político* (N° 71-72); pp. 789-827.

Jurisprudencia citada

1. Audiencia Nacional (España), Auto de la sala de lo penal confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena (1998): sentencia 5 noviembre 1998, rollo de apelación 173/98, sumario 1/98 del Juzgado Central de Instrucción N° 6. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
2. Corte Constitucional de Colombia, Revisión oficiosa del 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) (1992): sentencia N° C-574/92, 28 octubre 1992. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
3. Corte Constitucional de Colombia, Revisión de constitucionalidad del 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) hecho en Ginebra 8 de junio de 1977 (1995): sentencia N° C-225/95, 18 mayo 1995, expediente N° L.A.T.-040. Disponible [online](#) [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
4. Corte Constitucional de Colombia, Revisión de constitucionalidad contra el artículo 15 del Decreto 85 de 1989 por el cual se reforma el Reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares (1995): sentencia n° C-578/95, 4 diciembre 1995, recurso n° D-958, *vLex*.
5. Corte Constitucional de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322ª (parcial) del Código Penal, creado por el artículo primero de la Ley 589 de 2000 por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones (2001): sentencia N° C-177/01, 14 febrero 2001, recurso n° D-3120, *vLex*.
6. Corte Constitucional de Colombia, Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) (2002): sentencia N° C-578/02, 30 julio 2002, *vLex*.
7. Corte Constitucional de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174,

- 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999 (2007): sentencia N° C-291/07, 25 abril 2007, Disponible [online](#) en [fecha de consulta: 11 de enero de 2021].
8. Corte Constitucional de Colombia, Revisión constitucional de la Ley 1072 del 31 de julio de 2006, por medio de la cual se aprueba la enmienda al artículo 1° de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados adoptada en la segunda conferencia de examen de los Estados Parte en la convención, el veintiuno (21) de diciembre de dos mil uno (2001), en Ginebra, Suiza (2008): sentencia N° C-534/08, 28 mayo 2008, expediente LAT-292, *vLex*.
 9. Corte Constitucional de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 (parcial) de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal (2009): sentencia N° C-488/09, 22 julio 2009.
 10. Corte de Apelaciones de San Miguel, Contra Pinto y otro (2004): sentencia 11 junio 2004, rol N° 907-2004, *vLex*.
 11. Corte de Apelaciones de San Miguel, Contra Cevallos y otros (2008): sentencia 6 noviembre 2008, rol N° 5174-2007, *Microjuris* MJJ18747.
 12. Corte de Apelaciones de San Miguel, Contra Pinto (2008): sentencia 6 octubre 2008, rol N° 1462-2007, *Microjuris* MJJ18480.
 13. Corte de Apelaciones de Santiago, Lechín y otros con Ministerio del Interior (1949): recurso de amparo, 13 julio 1949, sentencia N° 85, *Gaceta de los Tribunales* 1949, 2° semestre; pp. 443-445.
 14. Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Romo Mena (1994): sentencia 30 septiembre 1994, rol N° 38683-94, *Westlaw* CL/JUR/177/1994.
 15. Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez) (2004): sentencia 5 enero 2004, rol N° 11821-2003.
 16. Corte de Apelaciones de Santiago, Barría y otros con Schernberger y otros (2005): sentencia 6 julio 2005, rol N° 15765-2004, *Westlaw* CL/JUR/3024/2005.
 17. Corte de Apelaciones de Santiago, Marín con Pinochet (2005): sentencia 30 agosto 2005, rol N° 47806-2002, *Westlaw* CL/JUR/2473/2005.
 18. Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Burgos y otros (2006): sentencia 20 abril 2006, rol N° 24471-2005, *Westlaw* CL/JUR/6158/2006.
 19. Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Gómez Aguilar (2006): sentencia 18 enero 2006, rol N° 37483-2004, *Westlaw* CL/JUR/7724/2006.
 20. Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz (2006): sentencia 27 junio 2006, rol N° 14058-2004, *Westlaw* CL/JUR/8497/2006.
 21. Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Vallejos (2006): sentencia 8 noviembre 2006, rol N° 7797-2006, *Westlaw* CL/JUR/281/2006.
 22. Corte de Apelaciones de Santiago, Contreras con Ruiz y otros (2006): sentencia 31 julio 2006, rol nº 146-2006, *Westlaw* CL/JUR/8682/2006.
 23. Corte de Apelaciones de Santiago, Estado de Chile y otros con Rivera (2006): sentencia 8 noviembre 2006, rol N° 5937-2006, *Westlaw* CL/

JUR/6802/2006.

24. Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Alarcón* (2007): sentencia 28 junio 2007, rol Nº 1064-2007, vLex.
25. Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Barría* (2007): sentencia 31 enero 2007, rol Nº 21783-2003, Westlaw CL/JUR/318/2007.
26. Corte de Apelaciones de Santiago, *Carrasco c. Fisco de Chile* (2007): sentencia 10 julio 2007, rol Nº 6715-2002, Westlaw CL/JUR/1339/2007.
27. Corte de Apelaciones de Santiago, *Lejderman c. Polanco y otros* (2007): sentencia 18 diciembre 2007, rol Nº 11801-2006, Westlaw CL/JUR/6802/2007.
28. Corte de Apelaciones de Santiago, *Montiel c. Fisco* (2007): sentencia 31 enero 2007, rol Nº 325-2002, Westlaw CL/JUR/3784/2007.
29. Corte de Apelaciones de Santiago, *Muller y otro c. Fisco* (2007): sentencia 23 marzo 2007, rol Nº 1211-2002, Westlaw CL/JUR/446/2007.
30. Corte de Apelaciones de Santiago, *Ríos con Pinochet y otros* (2007): sentencia 16 agosto 2007, rol Nº 7668-2006, Westlaw CL/JUR/1686/2007.
31. Corte de Apelaciones de Santiago, *Toro y otros con Contreras y otros* (2007): sentencia 19 diciembre 2007, rol Nº 1579-2007, Westlaw CL/JUR/3048/2007.
32. Corte de Apelaciones de Santiago, *Urrutia con Ruiz y otros* (2007): sentencia 2 agosto 2007, rol Nº 14281-2006, Westlaw CL/JUR/3814/2007.
33. Corte de Apelaciones de Santiago, *Valencia c. Fisco de Chile* (2007): sentencia 31 mayo 2007, rol Nº 3595-2002, Westlaw CL/JUR/1012/2007.
34. Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra González, Baigorri, Hernández, Pinochet y otros* (2008): sentencia 14 noviembre 2008, rol Nº 1772-2008, vLex.
35. Corte de Apelaciones de Santiago, *Fuenzalida y otros c. Fisco de Chile* (2008): sentencia 16 mayo 2008, rol Nº 9663-2003, Westlaw CL/JUR/5476/2008.
36. Corte de Apelaciones de Santiago, *Ortega c. Fisco de Chile* (2008): sentencia 18 marzo 2008, rol Nº 8917-2003, Westlaw CL/JUR/7450/2008.
37. Corte de Apelaciones de Santiago, *Villagra con Contreras y otros* (2008): sentencia 10 enero 2008, rol Nº 13447-2006, Westlaw CL/JUR/1310/2008.
38. Corte de Apelaciones de Santiago, *Jiménez y otros con Fisco de Chile y otros* (2009): sentencia 9 octubre 2009, rol Nº 3947-2008, Westlaw CL/JUR/5605/2009.
39. Corte de Apelaciones de Santiago, *Ortiz con Fisco de Chile* (2009): sentencia 3 agosto 2009, rol Nº 7985-2007, Westlaw CL/JUR/8620/2009.
40. Corte de Apelaciones de Santiago, *Riffo con Krassnoff y otros* (2009): sentencia 23 noviembre 2009, rol Nº 1070-2009, Westlaw CL/JUR/3838/2009.
41. Corte de Apelaciones de Santiago, *Vergara c. Fisco de Chile* (2009): sentencia 23 septiembre 2009, rol Nº 2495-2008, Westlaw CL/JUR/7320/2009.

42. Corte de Apelaciones de Santiago, Quiñones c. Fisco de Chile (2010): sentencia 29 octubre 2010, rol N° 7816-2009, Westlaw CL/JUR/8899/2010.
43. Corte de Apelaciones de Santiago, Abarzúa y otros c. Fisco de Chile (2013): sentencia 27 marzo 2013, rol N° 2791-2011, Westlaw CL/JUR/677/2013.
44. Corte de Apelaciones de Santiago, Montecinos c. Fisco de Chile (2015): sentencia 15 diciembre 2015, rol N° 5992-2015, Westlaw CL/JUR/1649/2017.
45. Corte de Apelaciones de Santiago, Chacaltana y otros c. Fisco de Chile y otros (2016): sentencia 4 agosto 2016, rol N° 1100-2015, Westlaw CL/JUR/5569/2016.
46. Corte de Apelaciones de Santiago, Zúñiga y otros c. Contreras y otros (2017): sentencia 7 diciembre 2017, rol N° 2348-2015, Westlaw CL/JUR/7835/2017.
47. Corte de Apelaciones de Santiago, Lobos y otros con Fisco (2018): 2 marzo 2018, rol N° 7997-2017, Westlaw CL/JUR/1036/2018.
48. Corte de Apelaciones de Temuco, Contra Rivera González y otro (2004): 29 diciembre 2004, rol N° 333-2004.
49. Corte de Jerusalén, Attorney General v. Eichmann (1961): sentencia caso criminal N° 40/61, 11 diciembre 1961.
50. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras (1988): sentencia de fondo, 29 julio 1988, serie C N° 4.
51. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz v. Honduras (1989): sentencia de fondo, 20 enero 1989, serie C N° 5.
52. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1989): Opinión Consultiva OC-10/89, 14 julio 1989, serie A N° 10.
53. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeboetoe y otros v. Surinam (1993): sentencia, reparaciones y costas, 10 septiembre 1993, serie C N° 15.
54. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs. Guatemala (1998): sentencia de fondo, 24 enero 1998, serie C N° 36.
55. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides v. Perú (2000): sentencia de fondo, 18 agosto 2000, serie C N° 69.
56. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala (2000): sentencia de fondo, 25 noviembre 2000, serie C N° 70.
57. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos v. Perú (2001): sentencia de fondo, 14 marzo 2001, serie C N° 75.
58. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza v. Bolivia (2002): sentencia de fondo, reparaciones y costas, 27 febrero 2002, serie C N° 92.
59. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (2003): Opinión Consultiva OC-18/03, 17 septiembre 2003, serie A N° 18.

60. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Instituto de Reeduación del Menor" vs. Paraguay (2004): sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2 septiembre 2004, serie C Nº 112.
61. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005): sentencia, fondo, reparaciones y costas, 15 septiembre 2005, serie C Nº 134.
62. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay (2006): sentencia, fondo, reparaciones y costas, 22 septiembre 2006, serie C Nº 153.
63. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile (2006): sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 septiembre 2006, serie C Nº 154.
64. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006): sentencia, fondo, reparaciones y costas, 25 noviembre 2006, serie C Nº 160.
65. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú (2006): sentencia, fondo, reparaciones y costas, 29 noviembre 2006, serie C Nº 162.
66. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ríos y otros vs. Venezuela (2009): sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de enero de 2009, serie C Nº 194.
67. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Perozo y otros vs. Venezuela (2009): sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 enero 2009, serie C Nº 195.
68. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009): excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 24 noviembre 2009, serie C Nº 211.
69. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010): excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25 mayo 2010, serie C Nº 212.
70. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010): sentencia, fondo, reparaciones y costas, 1 septiembre 2010, serie C Nº 217.
71. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010): sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 noviembre 2010, serie C Nº 219.
72. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Lucero y otras v. Chile (2013): sentencia de Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones, 28 agosto 2013, serie C Nº 267.
73. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Lucero y otras v. Chile (2015): resolución de supervisión de cumplimiento, 17 de abril de 2015.
74. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maldonado Vargas y otros v. Chile (2015): sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 septiembre 2015, serie C Nº 300.
75. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maldonado Vargas y otros v. Chile (2017): resolución de supervisión de cumplimiento, 30 de agosto de 2017.

76. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Órdenes Guerra y otros v. Chile (2018): sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 noviembre 2018, serie C Nº 372.
77. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Órdenes Guerra y otros v. Chile (2020): resolución de supervisión de cumplimiento, 21 de julio de 2020.
78. Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide* (1951): Opinión Consultiva, 28 mayo 1951.
79. Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Requerimiento: 1962)* (1970): sentencia, 5 febrero 1970.
80. Corte Internacional de Justicia, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (2002): sentencia, 14 febrero 2002.
81. Corte Internacional de Justicia, *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (2012): sentencia, 3 febrero 2012.
82. Corte Penal Internacional, *Fiscal c. Omar Al Bashir* (2010): Segunda orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 julio 2010 (caso Nº ICC-02/05-01/09).
83. Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta* (caso Nº ICC-01/09-02/11-38).
84. Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (caso Nº ICC-02/11-01/15).
85. Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi* (caso Nº ICC-01/11-01/11).
86. Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso Lotus (1927): sentencia, 7 septiembre 1927, serie A Nº 10.
87. Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso de la Fábrica de Chorzow (1928): sentencia, 13 septiembre 1928, Serie A Nº 17.
88. Corte Permanente de Justicia Internacional, *Treatment of Polish nationals and other persons of Polish origin or speech in the Danzig territory* (1932): Opinión Consultiva, 4 febrero 1932, series A/B Nº 44.
89. Corte Permanente de Justicia Internacional, *Consistency of certain Danzig legislative decrees with Constitution of free city advisory opinion* (1935): Opinión Consultiva Nº 27, 4 diciembre 1935, serie A/B Nº 65.
90. Corte Suprema, Lauritzen y otros con Fisco (1955): sentencia 19 diciembre 1955, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo 52, 2ª parte, sección 1ª; pp. 444 y ss.
91. Corte Suprema, Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Nº 27.640, deducido por Sergio Insunza Bascuñán, en causa rol 553-78 de la Segunda Fiscalía del Juzgado Militar de Santiago (1990): 24 agosto 1990, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVII, 2ª parte, sección 4ª; pp. 64 y ss.
92. Corte Suprema, Desafuero Pinochet Ugarte (2000): 8 agosto 2000, rol Nº 1920-2000, en *Estudios Públicos* Nº 79 (invierno 2000); pp. 509-561.

93. Corte Suprema, Almendras y otros (2003): sentencia de casación, 31 enero 2003 (recurso de casación en el fondo), rol N° 4054-2001.
94. Corte Suprema, Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez) (2004): 17 noviembre 2004, rol N° 517-2004.
95. Corte Suprema, Contra Rivera González y otro (2005): 4 agosto 2005 (recurso de casación en el fondo), sentencia de casación, rol N° 457-2005.
96. Corte Suprema, Contra Flores y otro (Caso Molco) (2006): sentencia de casación, Segunda Sala (Penal), 13 diciembre 2006, rol N° 559-2004, Westlaw CL/JUR/3805/2006.
97. Corte Suprema, Martínez y otros c. Fisco de Chile (2006): sentencia 27 diciembre 2006, rol N° 6049-2005, Westlaw CL/JUR/8401/2006.
98. Corte Suprema, Aguirre con Astudillo y otros (2007): sentencia 3 julio 2007, rol N° 2079-2006, Westlaw CL/JUR/5963/2007.
99. Corte Suprema, Contra Barría y otros (2007): sentencia 27 diciembre 2007, rol N° 1489-2007, Microjuris MJJ16432.
100. Corte Suprema, Contra Cardemil y otros (2007): sentencia de reemplazo, 27 diciembre 2007, rol N° 3587-2005.
101. Corte Suprema, Contra Pinto (Caso Chena) (2007): sentencia de reemplazo, Segunda Sala (Penal), 13 marzo 2007, rol N° 3125-2004, Westlaw CL/JUR/3394/2007.
102. Corte Suprema, Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz (2007): sentencia 30 julio 2007, rol N° 3808-2006, Westlaw CL/JUR/1510/2007.
103. Corte Suprema, Contreras con Ruiz y otros (2007): sentencia 13 noviembre 2007, rol N° 6188-2006, Westlaw CL/JUR/6315/2007.
104. Corte Suprema, Estado de Chile y otros con Rivera (2007): sentencia 5 septiembre 2007, rol N° 6525-2006, Westlaw CL/JUR/1873/2007.
105. Corte Suprema, Marín con Pinochet (2007): sentencia 9 julio 2007, rol N° 5131-2005, Westlaw CL/JUR/1320/2007.
106. Corte Suprema, Riquelme con Lecaros y otros (2007): sentencia 12 noviembre 2007, rol N° 6626-2005, Westlaw CL/JUR/6312/2007.
107. Corte Suprema, Contra Alarcón (2008): sentencia 13 mayo 2008, rol N° 3872-2007, Westlaw CL/JUR/2326/2008.
108. Corte Suprema, Contra Gómez (2008): sentencia 24 enero 2008, rol N° 1528-2006, Microjuris MJJ16521.
109. Corte Suprema, Gallegos con Fernández (2008): sentencia 7 agosto 2008, rol n° 6574-2007, Westlaw CL/JUR/3133/2008.
110. Corte Suprema, González c. Arellano (2008): sentencia de reemplazo, 15 octubre 2008, rol N° 4723-2007, Westlaw CL/JUR/3796/2008.
111. Corte Suprema, Lagos y otros con Guerra y otro, sentencia de reemplazo, Segunda Sala (Penal) (2008): 25 septiembre 2008, rol N° 4662-2007, Westlaw CL/JUR/5028/2008.
112. Corte Suprema, Lazo y otro con Contreras y otros (2008): sentencia 29 octubre 2008, rol N° 6212-2007, Westlaw CL/JUR/1129/2008.

113. Corte Suprema, *Contra Medina* (2008): sentencia 11 diciembre 2008, rol N° 2422-2008, Westlaw CL/JUR/5925/2008.
114. Corte Suprema, *Vergara con Sanhueza y otros* (2008): sentencia 8 septiembre 2008, rol N° 6308-2007, Westlaw CL/JUR/3419/2008.
115. Corte Suprema, *Ávila c. Fisco de Chile* (2009): sentencia Tercera Sala (Constitucional), 14 enero 2009, rol N° 3540-2007, Westlaw CL/JUR/5724/2009.
116. Corte Suprema, *Contreras con Contreras y otros* (2009): sentencia 22 enero 2009, rol N° 4329-2008, Westlaw CL/JUR/5798/2009 (sentencia de casación) y Westlaw CL/JUR/5799/2009 (sentencia de reemplazo).
117. Corte Suprema, *Lejderman con Polanco y otros* (2009): sentencia de reemplazo, 25 mayo 2009, rol N° 696-2008.
118. Corte Suprema, *Meza y otro con Manzo y otros* (2009): sentencia 29 septiembre 2009, rol N° 3378-2009, Westlaw CL/JUR/1855/2009.
119. Corte Suprema, *Nehgme y otros con Araneda y otros* (2009): sentencia 28 enero 2009, rol N° 4427-2007, Westlaw CL/JUR/5825/2009.
120. Corte Suprema, *Toro y otros con Contreras y otros* (2009): sentencia de reemplazo 9 marzo 2009, rol N° 695-2008.
121. Corte Suprema, *Urrutia con Ruiz y otros* (2009): sentencia 28 enero 2009, rol N° 4691-2007, sentencia de casación y de reemplazo, Westlaw CL/JUR/5845/2009.
122. Corte Suprema, *Munizaga con González y Sanhueza* (2010): sentencia 21 diciembre 2010, rol N° 9474-2009, Westlaw CL/JUR/11149/2010.
123. Corte Suprema, *Rivas y otros con Fisco* (2010): sentencia 28 diciembre 2010, rol N° 7105-2008, Westlaw CL/JUR/11380/2010.
124. Corte Suprema, *Contra Estado de Chile* (2011): sentencia 30 noviembre 2011, rol N° 6299-2009, Westlaw CL/JUR/8829/2011.
125. Corte Suprema, *Contra Krassnoff Martchenko Miguel y otros* (2011): sentencia 2 diciembre de 2011, rol N° 3680-2011, Westlaw CL/JUR/8861/2011.
126. Corte Suprema, *Sindicato Campesino La Esperanza del Obrero del Complejo Agrícola y Forestal Panguipulli con Pinochet y otros* (2011): sentencia 27 enero 2011, rol N° 8314-2009, Westlaw CL/JUR/1065/2011.
127. Corte Suprema, *Contra Aravena y otro* (2012): sentencia 7 marzo 2012, rol N° 5720-2010, Westlaw CL/JUR/519/2012.
128. Corte Suprema, *Programa Continuación de la Ley 19123 con Leiva* (2012): sentencia 26 enero 2012, rol N° 10434-2011, Westlaw CL/JUR/211/2012.
129. Corte Suprema, *Carátula reservada* (2014): sentencia 20 marzo 2014, rol n° 1686/2013, *Vlex*.
130. Corte Suprema, *Carátula reservada* (2014a): sentencia, 30 junio 2014, rol N° 3641-2014, *Vlex*.
131. Corte Suprema, *Castillo y otros c. Fisco de Chile* (2014): sentencia, 5 mayo 2014, rol N° 16331-2013, Westlaw CL/JUR/1920/2014.

132. Corte Suprema, Salgado c. Fisco de Chile (2014): sentencia 19 noviembre 2014, rol N° 7888-2014, Westlaw CL/JUR/8690/2014.
133. Corte Suprema, Vásquez con Fisco de Chile (2014): sentencia 30 enero 2014, rol N° 4700-2013, Westlaw CL/JUR/174/2014.
134. Corte Suprema, Álvarez y otros c. Moren y otros (2015): sentencia 15 diciembre 2015, rol N° 31945-2014, Westlaw CL/JUR/7891/2015.
135. Corte Suprema, Arévalo y otros c. Rubilar y otros (2015): sentencia 4 agosto 2015, rol N° 27178-2014, Westlaw CL/JUR/4415/2015.
136. Corte Suprema, Boettiger y otros c. Contreras y otros (2015): sentencia 1 diciembre 2015, rol N° 30598-2014, Westlaw CL/JUR/4415/2015.
137. Corte Suprema, Felber y otros c. Fisco de Chile (2015): sentencia 30 enero 2015, rol N° 25921-2014, Westlaw CL/JUR/516/2015.
138. Corte Suprema, Gómez y otros c. Fisco de Chile (2015): sentencia, 11 enero 2016, rol N° 7741-2015, Westlaw CL/JUR/179/2016.
139. Corte Suprema, Marcone c. Fisco de Chile (2015): sentencia 29 diciembre 2015, rol N° 22856-2015, Westlaw CL/JUR/8219/2015.
140. Corte Suprema, Meza y otro c. Contreras y otros (2015): sentencia 14 mayo 2015, rol N° 32161-2014, Westlaw CL/JUR/2631/2015.
141. Corte Suprema, Valencia y otros c. Fisco de Chile (2015): sentencia 14 septiembre 2015, rol N° 1092-2015, Westlaw CL/JUR/5314/2015.
142. Corte Suprema, Arratia y otros c. Corbalán y otro (2016): sentencia 21 junio 2016, rol N° 20567-2015, Westlaw CL/JUR/4346/2016.
143. Corte Suprema, Aguilera y otros con Manríquez y otro (2016): sentencia 25 enero 2016, rol N° 9031-2015, Westlaw CL/JUR/520/2016.
144. Corte Suprema, Atencio y otros c. Espinoza y otros (2016): sentencia 6 octubre 2016, rol N° 28637-2016, Westlaw CL/JUR/7632/2016.
145. Corte Suprema, Carátula reservada (2016): sentencia, 3 octubre 2016, rol N° 27543-2016, disponible [online](#) [fecha de consulta: 16 de enero de 2021].
146. Corte Suprema, Contra Castro y otras (2016): sentencia 13 octubre, 2016, rol N° 43472-2016, vLex.
147. Corte Suprema, Araneda y otros c. Moren y otros (2017): sentencia 3 julio 2017, rol N° 97856-2016, Westlaw CL/JUR/4281/2017.
148. Corte Suprema, Brevis c. Fisco de Chile (2017): sentencia 8 mayo 2017, rol N° 100751-2016, Westlaw CL/JUR/2677/2017.
149. Corte Suprema, Caballero y otros c. Salazar (2017): sentencia, 11 septiembre 2017, rol N° 12226-2016, Westlaw CL/JUR/6050/2017.
150. Corte Suprema, Contesse y otros c. Orozco y otros (2017): sentencia 18 julio 2017, rol N° 5989-2017, Westlaw CL/JUR/4680/2017.
151. Corte Suprema, Contra Arredondo y otros (2017): sentencia 10 abril 2017, rol N° 62036-2016, vLex
152. Corte Suprema, Contra de la Cruz (2017): rol N° 21596-2017, sentencia 26 marzo 2018, vLex.

153. Corte Suprema, *Contra Flores* (2017): sentencia, 3 julio 2017, rol nº 95109-2016, vLex.
154. Corte Suprema, *Contra González y otros* (2016): sentencia 20 julio 2016, rol Nº 20166-2015, Westlaw CL/JUR/5233/2016.
155. Corte Suprema, *Corvalán y otros c. Espinoza y otros* (2016): sentencia 13 diciembre 2016, rol Nº 62032-2016, Westlaw CL/JUR/8269/2016.
156. Corte Suprema, *Drouilly y otros c. Krassnoff y otros* (2016): sentencia 21 enero 2016, rol Nº 17887-2015, Westlaw CL/JUR/513/2016.
157. Corte Suprema, *Eltit y otro c. González y otros* (2016): sentencia 20 junio 2016, rol Nº 173-2016, Westlaw CL/JUR/4317/2016.
158. Corte Suprema, *Figueroa c. Fisco de Chile* (2016): sentencia 1 diciembre 2016, rol Nº 83348-2016, Westlaw CL/JUR/8944/2016.
159. Corte Suprema, *Flores y otros c. Olgún y otros* (2016): sentencia 1 diciembre 2016, rol Nº 15963-2016, Westlaw CL/JUR/8781/2016.
160. Corte Suprema, *Maturana y otros c. Manzo y otros* (2016): sentencia 13 septiembre 2016, rol Nº 7372-2016, Westlaw CL/JUR/6450/2016.
161. Corte Suprema, *Núñez c. Estay y otros* (2016): sentencia 2 agosto 2016, rol Nº 23572-2015, Westlaw CL/JUR/5505/2016.
162. Corte Suprema, *Pinto c. Fisco de Chile* (2016): sentencia 29 junio 2016, rol Nº 796-2016, Westlaw CL/JUR/4681/2016.
163. Corte Suprema, *Sardy c. Fisco de Chile* (2016): sentencia 29 marzo 2016, rol Nº 3975-2016, Westlaw CL/JUR/1937/2016.
164. Corte Suprema, *Sepúlveda c. Fisco de Chile* (2016): sentencia 25 enero 2016, rol Nº 37993-2015, Westlaw CL/JUR/522/2016.
165. Corte Suprema, *Villalobos c. Moren y otro* (2016): sentencia 12 octubre 2016, rol Nº 23573-2015, Westlaw CL/JUR/7110/2016.
166. Corte Suprema, *Garcés y otros c. Espinoza y otros* (2017): sentencia 27 abril 2017, rol Nº 82246-2016, Westlaw CL/JUR/2389/2017.
167. Corte Suprema, *Lastra c. Fisco de Chile* (2017): sentencia 26 abril 2017, rol Nº 11767-2017, Westlaw CL/JUR/2826/2017.
168. Corte Suprema, *Moreno y otro c. Manríquez y otros* (2017): sentencia 8 agosto 2017, rol Nº 82511-2016, Westlaw CL/JUR/5227/2017.
169. Corte Suprema, *Pereira y otros c. Luzoro y otro* (2017): sentencia de casación, 16 noviembre 2017, rol Nº 1568-2017, Westlaw CL/JUR/7346/2017.
170. Corte Suprema, *Pinochet c. Salas y otros* (2017): sentencia 21 marzo 2017, rol Nº 8642-2015, Westlaw CL/JUR/1100/2017.
171. Corte Suprema, *Tapia y otros c. Moren y otros* (2017): sentencia 10 abril 2017, rol Nº 62036-2016, Westlaw CL/JUR/1644/2017.
172. Corte Suprema, *Solicitud de extradición* (2017): sentencia 9 noviembre 2017, rol Nº 37355-2017, vLex.
173. Corte Suprema, *Sepúlveda y otro c. Consejo de Defensa del Estado* (2018): 6 marzo 2018, rol Nº 2471-2018, Westlaw CL/JUR/1064/2018.

174. Corte Suprema de la Nación Argentina, Gioldi (1995): sentencia 7 abril 1995, recurso de casación causa N° 32/93, expediente G. 342 XXVI.
175. Corte Suprema de la Nación Argentina, Contra Nicolaidis (2000): sentencia 2 agosto 2000, causa N° 10.326/96, expediente C. 786. XXXVI.
176. Corte Suprema de la Nación Argentina, Contra Arancibia y otros (2004): sentencia 24 agosto 2004, recurso de hecho, causa N° 259, expediente A. 533. XXXVIII.
177. Corte Suprema de la Nación Argentina, Contra Simón y otros (2004): sentencia 29 agosto 2004, recurso de hecho, causa N° 17.768, Dictamen del Procurador general de la nación Nicolás Eduardo Becerra, expediente S. 1767. XXXVIII.
178. Corte Suprema de la Nación Argentina, Contra Simón y otros (2005): dictamen del Procurador general de la nación Esteban Righi, 5 mayo 2005 y sentencia 14 junio 2005, recurso de hecho, causa N° 17.768, expediente S. 1767. XXXVIII.
179. Corte Suprema de la Nación Argentina, Verbitsky (2005): sentencia 3 mayo 2005, habeas corpus, expediente V. 856. XXXVIII.
180. Corte Suprema de la Nación Argentina, Hagelin (2007): dictamen del Procurador general de la nación Esteban Righi, 11 septiembre 2007, expediente H. 381. XLII.
181. Corte Suprema de la Nación Argentina, Mazzeo y otros (2007): sentencia 13 julio 2007, recurso de casación e inconstitucionalidad, expediente M. 2333. XLII.
182. Cortes de Cambodia, Prosecutor v. Samphan (2014): Sala de Juicio, 7 agosto 2014.
183. Ministro de Fuero, Marín con Pinochet (2002): sentencia 19 junio 2002, rol N° 2182-1998, Westlaw CL/JUR/2309/2002.
184. Ministro de Fuero, Aguirre con Astudillo y otros (2005): sentencia 19 julio 2005, rol N° 2182-1998, Westlaw CL/JUR/5685/2005.
185. Ministro de Fuero, Contreras con Ruiz y otros (2005): sentencia 30 noviembre 2005, rol N° 120.133 K, Westlaw CL/JUR/7379/2005.
186. Ministro de Fuero, Riquelme con Lecaros y otros (2005): sentencia 14 enero 2005, rol N° 2182-1998, Westlaw CL/JUR/7378/2005.
187. Ministro de Fuero, Gallegos con Fernández (2007): sentencia 11 enero 2007, rol N° 2182-1998.
188. Tribunal Constitucional español, sentencia N° 237/2005, recurso de amparo, 26 septiembre de 2005.
189. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Tadic* (1995): *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeal Chamber*, 2 octubre 1995, caso N° IT-94-1.
190. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Blaskic* (1997): sentencia, *request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 Julio 1997, Appeals Chamber Decisions*, 29 octubre 1997, caso N° IT-95-14.

191. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Delacic et. ál.* (1998): sentencia, *trial chamber*, 16 noviembre 1998, caso Nº IT-96-21-T.
192. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Furundzija* (1998): sentencia, *trial chamber*, 10 diciembre 1998, caso Nº IT-95-17/1-T.
193. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Jelusic* (1999): sentencia, *trial chamber*, 14 diciembre 1999, caso Nº IT-95-10.
194. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Kupreskic et. ál.* (2000): sentencia, *trial chamber*, 14 enero 2000, caso Nº IT-95-16-T.
195. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Delacic et. ál.* (2001): sentencia, *appeals chamber*, 20 febrero 2001, caso Nº IT-96-21-A.
196. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Kunarac et. ál.* (2001): sentencia, *trial chamber*, 22 febrero 2001, casos Nº IT-96-23-T y IT-96-23/1.
197. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Krstic* (2001): sentencia, *trial chamber*, 2 agosto 2001, caso Nº IT-98-33.
198. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Simic* (2002): sentencia, *trial chamber*, 17 octubre 2002, caso Nº IT-95-9/2-S.
199. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Naltilic and other* (2003): sentencia, *trial chamber*, 30 marzo 2003, caso Nº IT-98-34.
200. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Stakic* (2003): sentencia, 31 julio 2003, caso Nº IT-97-24-T.
201. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Brdjanin* (2004): sentencia, *trial chamber*, 1 septiembre 2004, caso Nº IT-99-36.
202. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Blagojevic* (2005): sentencia, *trial chamber*, 17 enero 2005, caso Nº IT-02-60.
203. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Hadzihanovic et. ál.* (2006): sentencia, *trial chamber*, 15 marzo 2006, caso Nº IT-01-47-T.
204. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Case Prosecutor v. Milosevic* (2007): sentencia, *trial chamber*, 12 diciembre 2007, caso Nº IT-98-29/1-T.
205. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Case Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* (1999): sentencia, 21 mayo 1999, caso Nº ICTR-95-1-T.
206. Tribunal Supremo Austriaco (*Oberster Gerichtshof*), 150s99/94, 13 de julio de 1994.

