

Aplicación del Derecho Internacional y caso *Choshuenco*: Legalidad y seguridad jurídica vulneradas

HERNÁN SALINAS BURGOS

*Director Departamento Derecho Internacional, Universidad Católica de Chile
Profesor Facultades de Derecho, Universidad de Chile y Universidad de Los Andes*

RESUMEN

En este comentario se analiza la sentencia Rol N° 559/2004 de la Corte Suprema, de fecha 13 de diciembre de 2006, la cual al acoger un recurso de casación en fondo, aplica principios y normas del Derecho Internacional, declarando en su base el carácter imprescriptible de ciertos delitos cometidos en diciembre de 1973. El trabajo a través de una revisión de los tratados, la costumbre y la jurisprudencia internacional discute la procedencia en el caso de delitos internacionales como los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el carácter imprescriptible e inamnistiable de estos tipos penales y su relación con los principios de legalidad y seguridad jurídica. Asimismo, se estudia en relación con la sentencia analizada, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Luis Almonacid", citada como precedente, considerando tanto los aspectos de jurisdicción relativos a la declaración de limitación de la competencia de la Corte efectuado por Chile, como de fondo en lo que se refiere al Decreto Ley de Amnistía de 1978. En sus conclusiones el artículo señala que tanto la Corte Suprema como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado una interpretación errónea y abusiva del Derecho Internacional, vulnerando principios fundamentales del Estado de Derecho y por tanto, de una sociedad democrática libre, resultando también afectada seriamente la credibilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

SUMARIO

I. Introducción. II. El Fallo de la Corte Suprema. 2.1 Antecedentes. 2.2 El derecho internacional humanitario es solo aplicable en una situación de conflicto armado. 2.3 El derecho internacional humanitario en su aplicación se encuentra sujeto a una distinción *ratione materiae*. 2.4 La declaración del carácter imprescriptible del delito imputado: una calificación de *lex ferenda*. 2.5 Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos invocadas no tiene valor de precedente. III. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las ramas del Derecho que ha tenido una mayor evolución es el Derecho Internacional. En efecto, fruto del desarrollo del proceso de interdependencia entre los Estados e intensificado por la

globalización que hoy día caracteriza a la sociedad internacional, el Derecho Internacional de tener por objeto el solo regular las relaciones y distribución de competencias interestatales, ha agregado a esta función clásica, la de la cooperación internacional, en muchos casos institucionalizada.

Estas nuevas funciones han significado que este proceso de cooperación internacional se extienda también a la protección de los derechos de la persona, irrumpiendo, por tanto, esta como sujeto de Derecho Internacional y teniendo por consecuencia, el nacimiento de nuevas ramas del referido ordenamiento jurídico, como por ejemplo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho de Protección del Inversionista Extranjero, entre otros; caracterizados por establecer un conjunto de normas de carácter internacional cuyo objeto es establecer derechos y obligaciones para los individuos.

De esta manera, el ordenamiento jurídico interno ha pasado a ser permeado por este conjunto de normas internacionales, de carácter convencional o consuetudinario, las cuales se han incorporado a la normativa interna, siendo aplicadas e interpretadas por los tribunales de justicia, los órganos legislativos y las autoridades administrativas de los Estados.

A este proceso de carácter mundial, se han ido sumando en forma lenta pero creciente, nuestros tribunales superiores de justicia y, en particular, la Corte Suprema, aplicando e interpretando en sus fallos normas y principios de Derecho Internacional. Esta tendencia ha sido particularmente relevante en materia de procesos criminales entablados por presuntas violaciones a los derechos humanos ocurridos durante el Gobierno Militar (1973-1990).

La pregunta que surge y que se pretende responder en este trabajo es si, en los referidos procesos penales, eran realmente aplicables normas del Derecho Internacional o bien, si esas normas de ser aplicables han sido correctamente aplicadas e interpretadas. La respuesta a esta pregunta es crucial en el sentido que ella nos permitirá evaluar si la aplicación del Derecho Internacional en estas situaciones se ha ajustado a los principios que hacen efectivo el Estado de Derecho, como son el de la seguridad y certeza jurídica, legalidad, irretroactividad de las leyes, etc.

Con este objeto, tomaremos como punto de análisis, la sentencia dictada por la Corte Suprema, el día 13 de diciembre de 2006, Rol N° 559/2004, conociendo del recurso de casación en el fondo inter-

puesto en el denominado caso “*Choshuenco*”, fallo en el cual conjuntamente con aplicar normas del Derecho Internacional se ha recurrido como precedentes determinantes a jurisprudencia internacional, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en lo pertinente también será necesario analizar.

II. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

2.1. Antecedentes

Con fecha 7 de agosto de 2003, el Juzgado del Crimen de Mariquina, en causa Rol N° 23.375, declaró prescrita la acción penal para perseguir la responsabilidad de los Carabineros Paulino Flores Rivas, Rufino Rodríguez Carrillo y Hernán Salas Alarcón, los dos primeros como autores y este último como encubridor, en el homicidio premeditado de los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (M.I.R), Hugo Rival Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, ocurrido la noche de 23 de diciembre de 1973 en el fundo Molco de Choshuenco, comuna de Panguipulli.

Apelado este fallo, la Corte de Apelaciones de Valdivia, por resolución de fecha 7 de enero de 2004, confirmó la sentencia de primera instancia, modificándola en el sentido de absolver a Hernán Salas Alarcón de su responsabilidad como encubridor del delito antes mencionado.

La Segunda Sala de la Corte Suprema, recurrida de casación en el fondo, por sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006, revocó la sentencia apelada en cuanto se condenó a los acusados Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo como autores del delito de homicidio calificado de Hugo Rival Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres.

Cabe señalar, como veremos a continuación, que el recurso, acogiendo en general las alegaciones de los recurrentes, fundamentó su decisión en normas y principios del Derecho Internacional que declararían imprescriptible el delito cometido, por su carácter de crimen de guerra y de crimen contra la humanidad.

2.2. El derecho internacional humanitario es solo aplicable en una situación de conflicto armado

Una primera cuestión que surge de esta sentencia de la Corte Suprema es la de la aplicabilidad de las normas del Derecho Internacio-

nal Humanitario definido como el conjunto de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, destinados a ser aplicadas durante los conflictos armados internacionales y no internacionales, cuyo objeto es la protección de las víctimas de esos conflictos armados y la limitación de los medios y métodos de conducción de las hostilidades.

De la definición expuesta surgen dos características fundamentales de esta rama del Derecho Internacional; la primera, que sus normas son solo aplicables en situación de un conflicto armado y, la segunda, que esos conflictos pueden ser de carácter internacional o internos.

El tema es relevante dado que la sentencia declara la aplicabilidad en el caso en cuestión de los Convenios de Ginebra de 1949, instrumentos principales del Derecho Internacional Humanitario y vigentes en Chile¹, en razón de que los hechos de la causa se perpetraron y consumaron durante la vigencia del Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, "vale decir, cuando el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna"². Con ello, la Corte Suprema modifica una vez más una jurisprudencia que había mantenido inalterable hasta el año 2004³.

¹ El 12 de agosto de 1949, a instancias del Comité Internacional de la Cruz Roja, se aprobaron en Ginebra cuatro tratados internacionales en materia de Derecho Internacional Humanitario que codificaron y desarrollaron progresivamente esa rama del Derecho Internacional, a la luz, principalmente de lo ocurrido en la Guerra Civil de España (1936-1939) y en la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Estos tratados son :

- 1) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (Convenio I);
- 2) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (Convenio II);
- 3) Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III);
- 4) Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV).

Estos instrumentos internacionales fueron ratificados por Chile, el 12 de octubre de 1950, siendo publicados en el Diario Oficial de fechas 17 al 20 de abril de 1951.

² Considerando 1° de sentencia de reemplazo.

³ En sentencia de fecha 17 de noviembre de 2004, Rol N° 517-2004, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo, en el denominado "*Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez*", la Corte Suprema declaró la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949 a la situación existente en Chile en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1975 en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley N° 5 de 1973 y Decreto Ley N° 641 de 1974. Posteriormente, la misma Corte Suprema, en sentencia de fecha 4 de agosto de 2005, Rol N° 457-2005, conociendo de un recurso de casación en el fondo, en el denominado "*Caso del Coronel Joaquín León Rivera González*" volvió a la doctrina anterior de no aplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949.

El artículo 1° del referido Decreto Ley señala: “Declárase interpretando el artículo 418° del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio declarado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado de guerra” para los efectos de la aplicación 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.

Ahora bien, la doctrina más autorizada, proveniente del Comité Internacional de la Cruz Roja, definido por los Convenios de Ginebra de 1949 como “intermediario neutral” y al cual dichos instrumentos le confieren importantes funciones en situaciones de conflicto armado, ha señalado que la aplicabilidad de las normas de dichos tratados y, en particular, las relativas a un conflicto armado interno, surge de la existencia de situaciones objetivas, los cuales se deducen de elementos o criterios fácticos y no de elementos subjetivos, como sería el reconocimiento o declaración de las partes en conflicto.

Estos criterios serían los siguientes:

- 1) Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar los Convenios;
- 2) Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional;
- 3) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes o bien solamente con miras a la aplicación de los Convenios;
- 4) Que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión;

⁴ El artículo 418° del Código de Justicia Militar prescribe: “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 existiere la guerra o se hubiera decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

- 5) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado;
- 6) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional;
- 7) Que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra y;
- 8) Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Conjuntamente con fijar dichos criterios el COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA ha señalado:

“De manera general, hay que admitir que los conflictos a los que se refiere el artículo 3° (léase internos) son conflictos armados caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan fuerzas armadas. En suma, nos encontramos ante un conflicto que presenta muchos de los aspectos de una guerra internacional, pero que se libra en el interior de un mismo Estado. En muchos casos, cada una de las dos partes están en posesión de una parte del territorio nacional y, a menudo, existe alguna forma de frente”⁵.

En 1977, se aprobaron dos instrumentos internacionales que desarrollaron las normas establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I, relativo a los conflictos armados internacionales y el Protocolo Adicional II, relativo a los conflictos armados sin carácter internacional, ambos vigentes en Chile.

El Protocolo Adicional II aplicable solo a los conflictos armados internos de alta intensidad⁶, delimita entre una situación de conflicto armado interno regulado por el Derecho Internacional Humanitario y situaciones de violencia en que esa rama del Derecho Internacional no es aplicable.

En efecto, el N° 2 del artículo 1° del referido Protocolo establece: “El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos

⁵ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1949) p. 37.

⁶ El artículo 1° N° 1 del Protocolo II establece que es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen 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 sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

El COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA ha dado el siguiente concepto de disturbios interiores y de tensiones internas:

“La noción de disturbios interiores y de tensiones internas puede ilustrarse mediante una lista no restrictiva de ejemplos de esas situaciones: los motines, como manifestaciones que no tienen un propósito inicial concertado; los actos aislados y esporádicos de violencia, por oposición a las operaciones militares realizadas por fuerzas armadas o grupos armados; otros actos análogos, que abarcan, en particular, las detenciones masivas de personas a causa de sus actos o de sus opiniones, etc.”⁷.

Específicamente, refiriéndose a los disturbios interiores, ha señalado:

“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 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”⁸.

En relación a las tensiones internas, dicho Comité señala:

“En cuanto a las tensiones internas, puede decirse que se trata, en particular, de situaciones de tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.), o también de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores. Esas situaciones presentan alguna de las siguientes características, si no todas a la vez: detenciones masivas; un elevado número de detenidos “políticos”, probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención; suspensión de las garantías judiciales fundamentales, sea por la promulgación de un estado de emergencia, sea por una situación de hecho; denuncia de desaparición de personas”⁹.

Los criterios anteriores en materia de lo que significa un conflicto armado interno, han sido reiterados en la jurisprudencia del vigente Tribunal Penal para la exYugoslavia, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para conocer de las violaciones al

⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977) par. 4474.

⁸ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1979).

⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977) par. 4476.

Derecho Internacional Humanitario ocurridos en el conflicto armado que se desató en dicho país a partir de 1991¹⁰.

Así, en el Asunto “*Tadic*”, la Sala de Apelaciones del citado Tribunal internacional, al pronunciarse sobre su competencia afirmó que un conflicto armado existe siempre que haya un recurso a la fuerza armada entre Estados o un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos organizados o entre estos grupos en el seno del Estado. Añadiendo que para que unas “hostilidades puedan considerarse como conflicto armado, es necesario que tengan un nivel de intensidad suficiente”, es decir un conflicto prolongado y en gran escala”¹¹.

Estos criterios son reafirmados en el mismo caso por la Sala de Primera Instancia II, al pronunciarse sobre el fondo, agregando que en un conflicto armado interno, los referidos criterios sirven para distinguir un conflicto armado del bandidaje, de insurrecciones no organizadas y de corta duración o de actividades terroristas¹².

De esta manera, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han confirmado el carácter objetivo de la determinación de la existencia de un conflicto armado interno y, por tanto, de la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en este tipo de situaciones, con independencia de elementos subjetivos.

Es en el contexto expuesto, que a mi juicio, debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 418° del Código de Justicia Militar en relación con lo establecido en el Decreto Ley N° 5 de 1973.

Al respecto, es interesante citar lo que ya la propia Corte Suprema había señalado en uno de los considerandos de su sentencia en la causa Rol N° 5566 de 1995:

“11. Que de la lectura de disposición antes reproducida, y de los considerandos del precitado decreto ley N° 5, se colige que dicho precepto interpreta el artículo 418° del Código de Justicia Militar para el solo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra, sin que en realidad concurren los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra. Lo que ocurre, es que las autoridades de la

¹⁰ El Tribunal para la ex-Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 827, de fecha 25 de mayo de 1993, para conocer de las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario ocurridas en el territorio de la antigua República Federal de Yugoslavia desde el año 1991.

¹¹ Caso “*Tadic*” (2 de octubre de 1995) par. 70 (N° IT-94-1-AR72).

¹² Caso “*Tadic*” (7 de mayo de 1997) par. 562.

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

2.3 El derecho internacional humanitario en su aplicación se encuentra sujeto a una distinción *ratione materiae*

Si de acuerdo a lo expuesto, la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario a las presuntas violaciones a los derechos humanos ocurridos durante el Gobierno Militar es difícilmente justificable, la forma en que la Corte Suprema ha efectuado dichas normas es absolutamente contraria a las reglas del Derecho Internacional.

En efecto, la sentencia de la Corte Suprema en análisis, al igual como ya lo había hecho este propio tribunal en el denominado “Caso Sandoval”, no distingue entre las reglas que regulan un conflicto armado interno de las que regulan un conflicto armado internacional, sino que hace aplicable simultáneamente ambos regímenes, al por un lado fundamentar la sentencia en las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹³

¹³ El artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establece: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar como mínimo, las siguientes disposiciones:
1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:
a) los atentados contra la vida y 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; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
c) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

y, por otra parte, dar a la infracción de las prohibiciones contempladas en dicha disposición, el carácter de “infracción grave” o “crimen de guerra”, cuyo régimen se encuentra previsto en la normativa relativa a los conflictos armados internacionales.

En efecto, el Derecho Internacional Humanitario expresado fundamentalmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977, establece un régimen jurídico que distingue entre normas aplicables en los conflictos armados internacionales y normas aplicables en los conflictos armados internos.

Esta distinción aparece claramente manifestada en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, al establecer una normativa muy desarrollada para los conflictos armados internacionales y, un régimen mínimo aplicable a los conflictos armados internos contenido en el artículo 3° común a dichos Convenios; situación que se reafirmó con la aprobación de dos Protocolos adicionales en 1977, distintos para cada una de las situaciones de conflicto armado descrita.

El artículo 3° ha sido llamado el “microcosmos” de las Convenciones, una suerte de Convención en miniatura. Ello quiere decir que posee un ámbito de aplicación propio: si se aplica el artículo 3° no se aplica el resto de las Convenciones, si se aplican las Convenciones no se aplica el artículo 3°. Esto es sin perjuicio que por un acuerdo especial, como lo dice expresamente esta última disposición se pueda colocar, en el caso de un conflicto armado interno, por acuerdo entre las partes en vigor las demás o parte del resto de los Convenios.

Uno de los aspectos en que se expresa esta distinción de régimen jurídico, es en lo que se refiere a los efectos que acarrea la violación de sus normas en cada uno de estos conflictos.

Así, en relación a los conflictos armados internacionales, los Convenios de Ginebra de 1949 establecen el concepto de “infracciones graves”¹⁴ equiparado al de “crimen de guerra” en el artículo 85° del Protocolo I de 1977, caracterizado por dar lugar al principio de la

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

¹⁴ Artículos 50° (Convenio I), 51° (Convenio II), 130° (Convenio III) y 147° (Convenio IV).

responsabilidad penal individual, que coexiste con el principio de la responsabilidad internacional de Estado y, por otra parte, el principio de “extraditar o juzgar”.

En una situación de conflicto armado internacional, el no respeto de las obligaciones de comportamiento calificadas de “infracciones graves” acarrea una responsabilidad de carácter penal al individuo, atribuida directamente por el Derecho Internacional y obliga al Estado a juzgar o extraditar, sin que sea necesario la existencia de un vínculo de jurisdicción.

Por el contrario, del examen del artículo 3° común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II de 1977, fluye que estos instrumentos internacionales no contienen elemento inculpativo específico de las violaciones de las normas que dictan. De hecho en el artículo 3 común nada se dice al respecto y en el Protocolo II no se prevé régimen alguno equiparable al de las infracciones graves en los conflictos armados internacionales. Es así, como respecto de los conflictos armados internos, no se contemplan expresamente las bases para la criminalización de las conductas ni la jurisdicción universal sobre los individuos penalmente responsables. Aún más, si consideramos a las infracciones cometidas durante un conflicto armado interno como un crimen bajo el Derecho Internacional, de ello no podemos deducir de acuerdo a las disposiciones de los Convenios, que den origen a responsabilidad penal internacional, sujeto al régimen de “juzgar o extraditar” de las “infracciones graves” de los conflictos armados internacionales.

Esta interpretación ha sido corroborada tanto por la doctrina autorizada del Comité Internacional de la Cruz Roja, de Naciones Unidas y por la jurisprudencia internacional.

En el INFORME DEL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, de fecha 3 de mayo de 1993, en que se formulan comentarios al proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, que tan solo se refiere a los conflictos armados internacionales a través de un artículo relativo a las infracciones graves contra los Convenios de 1949, se señala que la definición de crímenes internacionales que se establece en dicho Estatuto, fue deliberadamente restringido a aquellas reglas del Derecho Internacional Humanitario, que sin ninguna duda son parte del Derecho Consuetudinario¹⁵.

¹⁵ NACIONES UNIDAS (1973) párrafos 34 y 37.

Para el COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: “según la letra de las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional I, las obligaciones que se derivan de la institución de la responsabilidad penal internacional de los autores de ciertas violaciones al Derecho Internacional Humanitario, solo existen en el caso de un conflicto armado internacional”¹⁶, criterio corroborado por su asesora jurídica, Dennis PLATTNER al decir: “El Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales no establece en estas situaciones el principio de la responsabilidad penal internacional”¹⁷.

El Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia recoge también esta dicotomía, entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados internos. En efecto, las disposiciones sobre crímenes de guerra que establece el citado Estatuto, tiene su base en las normas relativas a los conflictos armados internacionales, no existiendo ninguna referencia al artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949 como tampoco al Protocolo Adicional II de 1977.

Al respecto, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia, en el ya citado fallo sobre competencia en el Caso “*Tadic*”¹⁸, ha señalado que “dada la evolución actual del derecho, el artículo 2° del Estatuto (que versa sobre las infracciones graves) solo es aplicable a los crímenes cometidos en el contexto de los conflictos armados internacionales”.

De esta manera, la Sala de Apelaciones del referido Tribunal concluye con respecto al citado artículo 2°, que el régimen de infracciones graves al cual se remite, se limita a las personas y a los bienes protegidos por los Convenios de Ginebra y no ha de considerarse aplicable a las situaciones reguladas por el artículo 3° común de dichos Convenios¹⁹.

Por último, si bien es cierto que el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas²⁰, expresamente le otorga jurisdicción al tribunal para juzgar

¹⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1995) tema 4, p. 4.

¹⁷ PLATTNER (1990) pp. 409-10.

¹⁸ Caso *Tadic*, par. 84.

¹⁹ IDEM.

²⁰ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por resolución 955 de fecha 8 de noviembre de 1994 para conocer de las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

individuos en virtud de infracciones al artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949, ello fue descrito por el Secretario General de las Naciones Unidas como una innovación, en que por primera vez se criminaliza por una norma internacional el referido artículo 3° común y sin que ello se considere que por la vía de la costumbre se haya dado origen a responsabilidad penal individual por la comisión de esos crímenes²¹.

De los antecedentes expuestos, se concluye en la aplicación errada que la Corte Suprema, en la sentencia en análisis, ha efectuado de las normas del Derecho Internacional Humanitario, al no efectuar la referida distinción *ratione materiae* y, por tanto, no considerar que en el régimen jurídico aplicable a los conflictos armados internos no existe la figura de las infracciones graves o crímenes de guerra, caracterizado por el principio de responsabilidad penal internacional del individuo y el principio de jurisdicción universal. Asimismo, debe considerarse la inexistencia de acuerdo especial que haya hecho aplicable a la situación chilena de la época parte o la totalidad de las demás disposiciones de los Convenios de Ginebra y, de esta manera, tampoco de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° común, haberse modificado el estatuto jurídico de las partes en conflicto, lo que descarta la aplicación del estatuto de prisioneros de guerra, solo aplicable en los conflictos armados internacionales.

2.4 La declaración del carácter imprescriptible del delito imputado: una calificación de *lex ferenda*

Al calificar el delito imputado como una infracción grave o crimen de guerra, la sentencia de la Corte Suprema en análisis, ha concluido su carácter de imprescriptible de conformidad con el Derecho Internacional.

Para ello, la sentencia invoca principalmente la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968 no ratificada por Chile.

Si bien la sentencia reconoce que el referido instrumento internacional no puede ser invocado como tratado internacional al no encontrarse en vigor en Chile, le atribuye el carácter de tratado declarativo de una costumbre internacional existente y, por esa vía aplicable al caso en cuestión.

²¹ Naciones Unidas (1995) p. 4.

Difícilmente de acuerdo a lo expuesto, podríamos considerar el carácter declarativo de la referida Convención, si consideramos que solo ha sido ratificada, a la fecha, por 45 Estados de una comunidad internacional de casi 200 Estados y, más aún, que solo estaba ratificada por 15 Estados²², a la fecha de ocurrencia del delito imputado en la sentencia de la Corte Suprema.

De esta manera, no podríamos estimar que el referido instrumento internacional, hoy y al momento de ocurrencia del delito imputado, deba ser estimado como declarativo de una costumbre internacional, constituida por una práctica general de la comunidad internacional con la convicción de que ella responde a una obligación jurídica (*opinio iuris*). Tampoco dado el número escaso de Estados latinoamericanos partes a la época (Cuba), podríamos concluir que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra es una costumbre regional latinoamericana, como es el caso de otras instituciones jurídicas, por ejemplo, el asilo político o diplomático.

A su vez, la práctica de los Estados es inconsistente en la materia, como así lo ha señalado el COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA:

“Las legislaciones nacionales varían en materia de prescripción: algunas carecen completamente de ella, otras la aplican a todos los delitos, mientras que otras prevén excepciones a las normas de prescripción con respecto a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad”²³.

Sin perjuicio de precisar, por haber sido ratificados con posterioridad a los hechos motivo de la sentencia en análisis, la no aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Chile de 1966 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, debe indicarse que no existen en dichos instrumentos normas que establezcan la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

La sentencia en análisis, con fundamento en fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, califica asimismo de “crimen contra la humanidad” el delito imputado en ella y, de esta manera vuelve a declarar el carácter imprescriptible del delito imputado.

Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad son definidos como aquellas violaciones a los derechos humanos de carácter grave, masivos y sistemáticas.

²² Albania, Bulgaria, Camerún, Yugoslavia, Cuba, Guinea, India, Kenia, Nigeria, Filipinas, Polonia, Rumania, Unión Soviética, Túnez y Ucrania.

²³ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977) par. 3420.

A diferencia de lo que ocurre con los crímenes de guerra, no existe a esta fecha, ningún tratado internacional sobre la materia en vigor en Chile, remitiéndonos también respecto a los crímenes contra la humanidad a lo ya dicho sobre el valor no declarativo de la costumbre internacional de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968.

Por otra parte, si bien parece discutible que a la época de ocurridos los hechos motivo de la sentencia, tuviera la figura de “crimen contra la humanidad”, el carácter de un crimen internacional integrado en el Derecho Internacional Consuetudinario, atenta contra principios fundamentales del Estado de Derecho, lo dispuesto en el N° 7 de los considerandos de la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema en el Caso “*Choshuenco*”, que se transcribe:

“7. Que la prohibición de retroactividad, predicada en los códigos penales clásicos, como el nuestro, ha perdido progresivamente vigencia, con la creciente codificación de tipos de derecho penal internacional, como sucede, verbigracia, con los crímenes internacionales declarados imprescriptibles en el artículo 29° del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma). Es así como en el Derecho Penal Internacional la irretroactividad no puede ser entendida de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho, siendo suficiente, para estos efectos, con que la acción penal sea punible según los principios no escritos del derecho consuetudinario. Ello, porque los hechos en cuestión “crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad” ya eran punibles en el momento de cometerse los ilícitos de autos según la costumbre internacional y también acorde al derecho interno, en cuanto homicidios calificados”.

Como lo ha señalado el profesor Álvaro FERNÁNDEZ, el principio de legalidad, al cual volveremos más adelante, es un principio reconocido constitucionalmente y constituye “una exigencia básica del Estado de Derecho”, conforme al cual, “no solo las circunstancias de la conducta punible han de estar determinadas, sino que también la clase de pena y su cuantía han de estar fijadas claramente por el legislador antes del hecho”²⁴. Asimismo, debe indicarse que el citado Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 no se encuentra vigente en Chile y es muy posterior a la fecha de ocurrencia de los hechos motivo de la sentencia comentada.

²⁴ FERNÁNDEZ (2006) pp. 93-94.

2.5 Las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos invocadas no tienen valor de precedente

2.5.1. Incompetencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La sentencia de la Corte Suprema cita como precedente un conjunto de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Particularmente relevantes son dos de ellas, en virtud de explicitar la referida sentencia algunos de sus considerandos, a diferencia de las demás en que se limita solo a nombrarlas.

Estas dos sentencias son la dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso "*Barrios Altos*" contra Perú²⁵ y la dictada el 26 de septiembre de 2006 en el caso "*Luis Almonacid*" en contra de Chile²⁶.

Respecto de la primera de las sentencias se cita en su párrafo 41 que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos"²⁷.

En relación a la segunda de las referidas sentencias, se señala que en ella explícitamente se califica el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de Luis Alfredo Almonacid Arellano como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos "es una norma de ius cogens y la penalización de estos delitos es obligatoria"²⁸.

Por razones de carácter metodológico, nos referiremos en primer lugar a la sentencia en el caso "*Luis Almonacid*" dado que la legitimidad de esta sentencia se encuentra fuertemente cuestionada, además de las consideraciones de fondo en ella sostenidas, por las razones que se exponen a continuación.

Una de las características del orden jurídico internacional consiste en el carácter voluntario de la jurisdicción internacional. Esta caracte-

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso "*Barrios Altos vs. Perú*" (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75).

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso "*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*" (Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154).

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "*Barrios Altos*", par. 41.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "*Almonacid*", par. 99.

terística se manifiesta también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde el referido consentimiento se expresa, ya sea por ser parte del tratado respectivo (sistema europeo), o bien, requiere de una declaración especial de aceptación de competencia (sistema interamericano).

En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos siguiendo el modelo de la Corte Internacional de Justicia²⁹, estipula que todo Estado Parte, puede al momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de este Tratado, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a su interpretación o aplicación. Esta declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos³⁰.

Así Chile al adherir al referido instrumento internacional, con fecha 21 de agosto de 1990, manifestó que el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se limitaba a los “hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”³¹, cuya validez la propia Corte en el caso “*Almonacid*” reconoce³².

Como lo dice la CORTE INTERAMERICANA, la “declaración” efectuada por Chile constituye una limitación temporal al reconocimiento de su competencia y no una “reserva”³³, lo que significa que su alcance y validez se encuentra determinada por la voluntad unilateral de nuestro país manifestada en su texto y por los términos de la disposición convencional en que se fundamenta, no encontrándose, por tanto, condicionada por la aceptación de los demás Estados partes, ni tampoco sujeta a la objeción de dichas partes.

A diferencia de las reservas, la referida “declaración”, constituye dentro de la teoría de las fuentes del Derecho Internacional un acto unilateral del Estado, cuya validez depende de la sola voluntad del Estado del cual emana. El fundamento del reconocimiento de efec-

²⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Artículo 36° (Estatuto).

³⁰ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Artículo 62°.

³¹ IDEM.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Almonacid*”, par. 44.

³³ IDEM., par. 43.

tos jurídicos a los actos unilaterales se encuentra en el principio de la buena fe. Sin embargo, dado que estos actos limitan la soberanía de los Estados, sus efectos obligatorios y alcance han de ser apreciados en forma estricta, ya que como bien lo ha señalado la jurisprudencia internacional, las restricciones a la independencia de los Estados no se presumen³⁴.

Pues bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos prescindiendo del texto de la referida declaración, el objeto y fin de ella y la voluntad soberana del Estado formulante, no ha considerado que los hechos que constituyen el origen y fundamento de la demanda, la muerte del señor Almonacid y el Decreto Ley N° 2.191 sobre amnistía, son anteriores a la entrada en vigor del reconocimiento chileno, y se ha atribuido artificiosamente competencia a fin de conocer precisamente esos hechos, determinando que algunas de las violaciones a los derechos humanos que se derivan de dichos hechos, son posteriores a esa fecha (otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar en perjuicio de la jurisdicción civil y aplicación de Ley de Amnistía por parte de las autoridades judiciales militares con posterioridad al 21 de agosto de 1990.

De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos excediendo su competencia y desconociendo una declaración soberana de nuestro país, ha intervenido en un asunto de competencia exclusiva de la jurisdicción interna chilena y, por tanto, ha violado uno de los principios rectores que regulan las relaciones internacionales, afectando, asimismo, la credibilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Por otra parte, la Corte no ha respetado en el fallo aludido, el principio de la irretroactividad de los tratados contemplado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, declarativa de una norma de Derecho Internacional General, que le prohíbe aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y declarar una violación a sus normas, cuando los hechos alegados o la conducta del Estado demandado que pudiera implicar responsabilidad internacional, son anteriores al reconocimiento de la competencia del Tribunal³⁵.

³⁴ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL Caso "Lotus" (sentencia de 7 de septiembre de 1927).

³⁵ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (23 de mayo de 1969) Artículo 28°. Este tratado se encuentra vigente en Chile desde el 22 de junio de

Asimismo, al ampararse la sentencia de la Corte Interamericana, en la obligación que tienen los Estados partes de adecuar su derecho interno a la indicada Convención³⁶, con el fin de atribuirse competencia respecto de la vigencia y aplicación de la Ley de Amnistía de 1978 con posterioridad al reconocimiento de la competencia de dicho Tribunal por Chile, viola las reglas de interpretación de los tratados internacionales, al despojar de todo objeto la limitación de la competencia *ratione temporis* descrita y de esta manera, entrar en contradicción con el principio del “efecto útil” en la materia.

Por último, si bien es cierto que la Corte de acuerdo al principio de la “*compétence de la compétence*”, tiene atribuciones para pronunciarse sobre su propia competencia, no pudiendo quedar a la voluntad de los Estados que estos determinen cuáles hechos se encuentran excluidos de esa competencia, ello tampoco puede conducir, como ha sido en el caso en cuestión, a una atribución de competencia en forma arbitraria, desligada de los principios fundamentales de interpretación de los actos jurídicos y, por tanto, contraria al Derecho Internacional y al principio de la seguridad y certeza jurídica.

2.5.2. La Corte Interamericana ha violado el principio de legalidad y seguridad jurídica

Como ya se indicó precedentemente, la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Choshuenco” se refiere al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el denominado Caso “Barrios Altos”, donde se refirió expresamente a las instituciones de la prescripción y de la amnistía, considerándolas ambas incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En relación a la institución de la prescripción, hay que señalar que no existe ninguna disposición en la referida Convención que declare algún delito imprescriptible y, por otra parte, a diferencia del

1981, fecha en que se publicó el Diario Oficial su texto y el Decreto Supremo N° 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores que lo promulgó.

³⁶ El artículo 2° de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, titulado “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno” establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo no estuviere garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Caso “*Barrios Altos*” donde Perú, el Estado demandado, era parte del referido instrumento internacional al momento de ocurrencia de los hechos, Chile no lo era a la época de ocurrencia de los hechos motivo de la sentencia de la Corte Suprema.

Por otra parte, en el caso “*Almonacid*”, la Corte Interamericana conjuntamente con calificar de imprescriptibles e inadmisibles los crímenes contra la humanidad, les da un carácter de norma de *ius cogens*, concluyendo de esta manera que su penalización es obligatoria de conformidad con el Derecho Internacional General.

El concepto de normas de *ius cogens*, como sinónimo de un derecho imperativo, es decir, que limita el principio de la autonomía de la voluntad de los Estados, encuentra su reconocimiento en el orden jurídico internacional en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969³⁷, instrumento que en la materia, a diferencia de la gran mayoría de sus normas que son codificadoras de la costumbre internacional, efectuaron lo que se conoce como un “desarrollo progresivo” del Derecho Internacional. Ello implica que en este tema la Convención no declaró un derecho existente sino que creó un derecho nuevo solamente de carácter convencional.

Asimismo, Chile se obligó por dicho instrumento internacional, como ya se ha señalado precedentemente, en una fecha muy posterior a la ocurrencia de los hechos motivo de la sentencia de la Corte Suprema, como también de la Ley de Amnistía de 1978, no pudiendo considerarse en razón de lo indicado anteriormente, que a dicha época hubiera adquirido el principio de *ius cogens* un carácter consuetudinario.

Por otra parte, la interpretación de *lex ferenda* que hace la Corte Interamericana y que es tomada como un precedente por la sentencia de la Corte Suprema en análisis, desconoce el principio del derecho intertemporal vinculado con el principio de legalidad ya indicado, el cual tiene un sólido fundamento en la jurisprudencia internacional.

Así en el laudo arbitral proferido por el juez Max Huber en el caso “*Isla de Palma*”, se señaló que los actos jurídicos deben ser apreciados a la luz del derecho contemporáneo suyo y no al del derecho

³⁷ Artículo 53°.

vigente en el tiempo cuando surge o ha de zanjarse una controversia con él relacionada³⁸.

En el arbitraje “*Pesquerías del Atlántico Norte*” de 1910, el tribunal arbitral rehusó interpretar un tratado a la luz de un concepto jurídico que no existía en la época que fue concertado³⁹.

Por último, en el arbitraje “*Abu Dhabi*” el Árbitro rehusó interpretar una concesión petrolera otorgada en 1938 en función del concepto de plataforma continental, que no hizo su aparición en el Derecho Internacional hasta unos años más tarde⁴⁰.

Si bien la sentencia en análisis no invoca como razón para acoger la casación interpuesta, el carácter inadmisiable del delito imputado, caracterizado por la Corte Suprema como crimen de guerra y crimen contra la humanidad, creo necesario efectuar algunas consideraciones respecto de la amnistía y el Derecho Internacional, teniendo presente que tanto la amnistía como la prescripción han recibido un tratamiento similar por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los dos fallos aludidos.

Un tema que primero resalta es el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento internacional sujeto a la interpretación y aplicación de la Corte Interamericana, no establece ninguna norma prohibiendo la amnistía.

Por el contrario, explícitamente la permite aún para los delitos más graves, como se desprende de la interpretación sistemática de sus artículos 4° N° 2 y 6⁴¹.

Tampoco el Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados internos prohíbe la amnistía en relación a la violación de sus disposiciones y, por el contrario, la contempla como una atribución soberana del Estado y la estimula como una medida de reconciliación nacional.

³⁸ *Island of Palma Arbitration* (1928, 2 RIAA 829).

³⁹ Esta jurisprudencia se encuentra en CAYLEY (1931).

⁴⁰ INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY (1952) p. 247.

⁴¹ El artículo 4° N° 2 establece: “En los países que no han abolido la pena de muerte, esta sola podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito (...)”. El artículo 4° N° 6 señala: “Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos (...)”.

El artículo 6° N° 5 del Protocolo Adicional II de 1977 establece:

“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”.

Al respecto el COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA ha señalado: “La amnistía es competencia de las autoridades. Se trata de un acto del poder legislativo que borra un hecho punible, detiene las diligencias y anula las condenas (...)” agregando que “El objeto de este apartado (artículo 6° N° 5) es alentar un gesto de reconciliación que contribuya restablecer el curso normal de la vida de un pueblo que ha estado dividido”⁴².

Por otra parte, varios pronunciamientos de órganos de derechos humanos, representantes de Naciones Unidas e incluso su Secretario General, han reconocido que el tema de la amnistía es una prerrogativa del Estado soberano.

Así, la Misión de Naciones Unidas en Guatemala (MINUGIA) ha señalado que la decisión sobre el alcance y la consistencia de una amnistía en relación al Derecho Internacional es una cuestión que le corresponde exclusivamente al pueblo de Guatemala⁴³.

A su vez, el más reciente instrumento internacional del Derecho Penal Internacional como es el Estatuto de la Corte Penal de 1998, no establece ninguna disposición que prohíba el otorgamiento de amnistías. El tema fue discutido en la Conferencia de Roma, donde se aprobó su texto, siendo una cuestión tan controvertida, que las negociaciones no pudieron llevar a un compromiso entre las partes⁴⁴.

Por último, debe consignarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que tanto las leyes de amnistía peruanas de 1995⁴⁵ como la ley de amnistía chilena tienen el carácter de autoamnistías.

Del texto, como de su aplicación, es manifiesto que las características de ambas amnistías son diferentes. La amnistía chilena tuvo un

⁴² COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, (1977) párrafos 4617 y 4618.

⁴³ Declaración Pública del Director de MINUGUA de 20 de diciembre de 1966, par. 5.

⁴⁴ Véase GAVRON (2002) p. 107.

⁴⁵ Ley N° 26.479 de 14 de junio de 1995 (Diario Oficial “El Peruano”, Lima, 15 de junio de 1995) y Ley N° 26.492 de 28 de junio de 1995 (Diario Oficial “El Peruano”, Lima, 28 de junio de 1995).

carácter general⁴⁶ y así se ha aplicado, mientras que la amnistía peruana se refirió exclusivamente a aquellas personas involucradas en delitos con motivo de la lucha contra el terrorismo.

Asimismo, me parece necesario constatar que la historia nos demuestra que, en general, toda amnistía es, en parte, una autoamnistía para algún sector de la comunidad nacional, dictada al término de un proceso de enfrentamiento y división, con el objeto de lograr la reconciliación y pacificación en un país.

De lo expuesto fluye que las referidas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido erróneamente invocadas como precedentes por la Corte Suprema, como asimismo la Convención Americana de Derechos Humanos, sin vulnerar el principio de legalidad, que este mismo instrumento hoy vigente en Chile, consagra expresamente⁴⁷.

Al respecto, es interesante mencionar lo señalado respecto del principio de legalidad por los juristas estadounidenses, expertos en materia de Derecho Penal Internacional Steven R. RATNER y Jason S. ABRAMS:

“Un principio fundamental del Derecho Penal Internacional es la prohibición tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno de atribuir culpabilidad por actos no considerados como crímenes al momento de cometerse. La máxima *“nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege”* o “no hay crimen sin ley, no hay castigo sin ley”, implica lo expuesto, la cual encuentra diferentes expresiones en los variados contextos legales. Esto incluye prohibiciones constitucionales de las leyes ex post facto, reglas judiciales limitando el uso de analogías en la interpretación de las leyes penales, doctrinas prohibiendo leyes penales ambiguas y disposiciones en instrumentos internacionales prohibiendo el juzgamiento por actos

⁴⁶ El artículo 1° del Decreto Ley de 1978 señala: “Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”. Su artículo 2° dispone: “Amnistiase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973”.

⁴⁷ El artículo 9° de la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, titulado “Principio de Legalidad y de Retroactividad” señala: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas 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 mas leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

no criminales al momento de su comisión. Esto tiene un claro impacto metodológico en la atribución de responsabilidades si la ley ha cambiado con el tiempo. Solo se puede apreciar las conductas de acuerdo a la ley vigente cuando los hechos han ocurrido, aún si en desarrollos posteriores se han calificado como actos criminales nuevos actos (...)”⁴⁸.

Por otra parte, el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia ha confirmado la vigencia del principio de legalidad en el Derecho Internacional. Así en el Caso “*Celebici*”, afirmó:

“402. Los principios “*nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege*” han sido ampliamente reconocidos en los principales sistemas de justicia penal como principios fundamentales del Derecho Penal. Otro principio fundamental es la prohibición de las leyes penales ex post facto con su regla derivada de la no retroactividad en la aplicación de las leyes y sanciones penales. Asociado con estos principios es el requisito de especificidad y la prohibición de ambigüedad en la legislación penal. Estas consideraciones son sólidos pilares en los cuales el principio de legalidad se basa. Sin la satisfacción de estos principios ningún proceso penal puede ser realizado y reconocido.

403. El ya citado principio de legalidad existe y es reconocido en todos los principales sistemas penales.

404. Mientras que el proceso penal en un sistema nacional de justicia penal depende de la legislación dictada al tiempo cuando la conducta es prohibida y del contenido de tal prohibición, el sistema internacional de justicia obtiene el mismo objetivo a través de tratados o convenciones o después de una práctica consuetudinaria de los Estados.

408. Para colocar el significado del principio de legalidad, más allá de toda duda, dos importantes corolarios deben ser aceptados. El primero de ellos es que las leyes penales deben ser estrictamente construidas, esta es una regla general que ha permanecido con el tiempo. Segundo, no se les debe dar efecto retroactivo. Este es un agregado a la bien reconocida obligación del intérprete judicial, del juez, de leer en el lenguaje del legislador, honesta y fielmente (...) La regla aparece así siendo fundada en el firme principio de que es el legislativo y no el tribunal o el juez el que define un crimen y prescribe la pena”⁴⁹.

La COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, al cual la Organización de las Naciones Unidas le ha otorgado la importante función de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional ha señalado:

⁴⁸ RATNER y ABRAHMS (2003) p. 21.

⁴⁹ Caso “*Celibici*”, (sentencia de Tribunal de primera instancia de fecha 16 de noviembre de 1998, IT-96-21)

“La finalidad fundamental del Derecho Penal es prohibir, castigar y prevenir las conductas consideradas suficientemente graves para que se justifique calificarlas de crimen. Este derecho fija una norma de conducta para guiar el comportamiento subsiguiente de los individuos. Sería evidentemente ilógico determinar la licitud de la conducta de un individuo según una norma inexistente cuando decidió seguir una línea de conducta o abstenerse de realizar una acción. El encausamiento y castigo de un individuo por una acción u omisión no prohibida cuando decidió actuar o dejar de actuar sería manifiestamente injusto. La prohibición de aplicar retroactivamente el derecho penal se refleja en el principio *nullum crimen sine lege*. Este principio se ha plasmado en varios instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (párrafo segundo del artículo 11°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párrafo primero del artículo 15°), Convenio Europeo de Derechos Humanos (párrafo primero del artículo 7°), Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9°)”⁵⁰.

III. CONCLUSIONES

Primero. La jurisprudencia de los tribunales chilenos y, en particular, de la Corte Suprema demuestra una tendencia, cada vez más creciente, de aplicar el Derecho Internacional, lo que es concordante con el desarrollo de esta disciplina y la globalización jurídica. En este sentido, merece destacarse que nuestro más alto Tribunal, después de haber sido, en general, reticente ha seguido este proceso de alcance mundial, hoy incluye al Derecho Internacional como parte del ordenamiento jurídico aplicable en sus decisiones.

Segundo. La aplicación del Derecho Internacional por parte de la Corte Suprema, en asuntos relativos a violaciones a los Derechos Humanos ocurridos durante el Gobierno Militar, demuestra en fallos como el motivo de análisis, una tendencia a aplicar el Derecho Internacional cuando este no es aplicable a los hechos en cuestión o bien una aplicación equivocada de este, recurriendo a la interpretación analógica y a la costumbre internacional para la atribución de delitos con el carácter de crímenes internacionales, en particular, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ello ha conducido a una apreciación de las conductas de acuerdo a un derecho no vigente cuando los hechos han ocurrido, atribuyéndose culpabi-

⁵⁰ Comentarios al artículo 13° del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad aprobado en 1996.

lidad por actos no considerados como crímenes internacionales al momento de cometerse, desconociéndose de esta manera, que las circunstancias de la conducta punible, la pena y su cuantía han de estar fijadas claramente por el legislador antes del hecho. Todo ello pugna con principios básicos del Estado de Derecho, como son el principio de la legalidad y el principio de no retroactividad de las normas jurídicas, creando inseguridad e incerteza jurídica.

Tercero. La situación planteada se hace evidentemente tanto en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, expresado fundamentalmente en los Convenios de Ginebra de 1949; del Derecho Penal Internacional, con la imputación de ciertos crímenes internacionales, como el de crimen de guerra y crimen contra la humanidad, su declaración como delitos imprescriptibles e inadmiestiables y su prohibición de carácter imperativa (*ius cogens*); y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, expresado principalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El desconocimiento de la prescripción y la amnistía implica el interferir en atribuciones soberanas del Estado destinadas a otorgar seguridad jurídica a sus ciudadanos y permitir la construcción de una sociedad sana y reconciliada.

Cuarto. Asimismo, la sentencia analizada nos indica una tendencia también creciente de la Corte Suprema a utilizar como precedentes jurisprudenciales ciertos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ellos, por una parte, no se ha respetado un principio básico del Derecho Internacional como es el de la jurisdicción voluntaria y, por el contrario, la Corte se ha arrogado arbitrariamente la jurisdicción, con evidente abuso de poder y dañando de esta forma la credibilidad y confianza en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y, por otra parte, con una aplicación de *lex ferenda* de las disposiciones del Derecho Internacional, ha vulnerado principios como el de legalidad, irretroactividad e intemporalidad de las normas jurídicas internacionales.

Quinto. La situación planteada es particularmente delicada en una rama de las ciencias jurídicas como es el Derecho Internacional, en que producto del carácter descentralizado, horizontal y poco institucionalizado de la sociedad internacional, el proceso de creación normativo se efectúa a través de normas convencionales, pero también de la costumbre internacional. En relación a esta última, sus características de ser una fuente no escrita y generada por la práctica común de los Estados con *opinio iuris*, en muchos casos acarrea

incertidumbre acerca de su existencia y exacto contenido, lo cual exige, si queremos respetar el principio de la seguridad jurídica, una aplicación especialmente rigurosa, en que efectivamente sea demostrable de que se trata de una costumbre debidamente reconocida por la comunidad internacional y no una mera aspiración de derecho o *soft law*.

BIBLIOGRAFÍA

- CAYLEY, C.E (1931): "The North Atlantic fisheries in United States-Canadian relations" (Chicago, The University of Chicago Press)
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1996): "Comentarios al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad", Disponible en línea en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7-4_1996.pdf
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977): "Comentarios al Protocolo II de 1977". Disponible en línea en: www.icrc.org.
- (1979): Declaración en la primera reunión de la Conferencia de Expertos Gubernamentales (1995): Declaración del 30 abril, IX Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención y el Tratamiento de los Delincuentes (El Cairo 1995) Doc. ONU A/CONF.169/=NG/CICR/1
- CHIGARA, Ben (2002): *The legality under international law of national amnesty laws* (U.S., Longman, Harlow)
- FERNÁNDEZ, Álvaro (2006): "Hurto-falta: Una reforma mal hecha y otra pendiente", Sentencias destacadas 2005 (Santiago, Libertad y Desarrollo)
- GAVRON, Jessica (2002): "Amnesties in the Light of Developments in International Law and the establishment of the International Criminal Court", 51 *International and Comparative Law Quarterly* 1
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (1949): "Commentaries on the Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick of Armed Forces in the Field" (Geneva, august 12)
- PLATTNER, Dennis (1990): "The Penal Repression of Violations of International Law aplicable in Non-International Armed Conflicts", *Revista Internacional de la Cruz Roja*
- O'SHEA, Andreas (2002): "Amnesty for crime in international law and practice" (The Hague, Kluwer)
- RATNER, Steven R. y ABRAHMS, Jason S (2003, 2° Ed.): "Accountability for Human Rights atrocities in International Law" (UK, Oxford University Press)
- SECRETARIO GENERAL DE NACIONES UNIDAS (1973): "Informe al Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal para la exYugoslavia" (Doc. ONUS/25/704).
- (1995): "Informe al Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda" (Doc. S/1995/134)