



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento Derecho Internacional

ANÁLISIS CRÍTICO A LA PROTECCIÓN JURÍDICA QUE
ACTUALMENTE EXISTE PARA EL INDIVIDUO BELIGERANTE EN
CASO DE UN CONFLICTO ARMADO

Memoria de Prueba para optar al Grado
De Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Javiera Andrea Rosas Garrido
Fulvio Stefano Valentino López

Profesor Guía: Mario Arnello Romo

Santiago, Chile 2016

*A nuestros padres y hermanos,
por su apoyo incondicional.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	
1- Concepto y características del Derecho Internacional Humanitario (DIH)	12
2- Fuentes formales del DIH	16
3-Principios del DIH.	16
CAPÍTULO II PRINCIPALES INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL DIH “EL DERECHO DE GINEBRA” Y EL DERECHO A LA HAYA”	20
1- Disposiciones comunes a los 4 Convenios de 1949.....	22
2- Convenio I de Ginebra Para la Mejora de la Condición de las Fuerzas Armadas de Heridos y Enfermos en el Campo de Batalla	26
2.1-Capítulo II del Convenio: “Heridos y enfermos”	28
2.2-Capítulos III, IV y V del Convenio: “Normas específicas de protección al personal religioso y personal sanitario, a sus establecimientos y medios de transportes”.....	31
2.3-Capítulo VII del Convenio: “Signo distintivo”.....	32
2.4-Capítulo VIII del Convenio: “Aplicación del Convenio”	33
2.5-Capítulo IX del Convenio: “Represión de los abusos y de las infracciones”. ...	34
3-Convenio II de Ginebra Para el Mejoramiento de la Condición de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar.....	36
3.1-Capítulo II del Convenio	37
3.2-Capítulo III del Convenio: “los barcos hospitales”.....	40

3.3-Capítulos IV y V del Convenio: “Normas específicas de protección al personal religioso y sanitario, a sus establecimientos y medios de transportes”. ..	43
3.4-Capítulo VI del Convenio: “Uso del signo distintivo	44
3.5-Capítulo VII del Convenio: “aplicación del Convenio”.	46
3.6-Capítulo VIII del Convenio: “Represión de los abusos y de las infracciones”. .	47
4- Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.	49
4.1-Título II: “protección general de los prisioneros de guerra”.....	52
4.2-Título III: “cautiverio de los prisioneros de guerra”.....	54
4.2.1 Sección II del Convenio: “internamiento de los prisioneros de guerra”	55
4.2.1.a) Capítulo II del Convenio: “Alojamiento, alimentación y vestimenta de los prisioneros”.	56
4.2.1.b) Capítulo III del Convenio: “higiene y asistencia médica”.....	57
4.2.1.c) Capítulo IV de la sección II: “personal médico religioso que es retenido para asistir a los prisioneros de guerra”.....	58
4.2.1.d)Capítulo V de la sección II: “La religión y las actividades físicas e intelectuales”.....	58
4.2.1.e) Capítulo VI de la sección II: “disciplina”.	59
4.2.1.f) Capítulo VII de la sección II: “Graduaciones de los prisioneros de guerra”.	59
4.2.1.g)Capítulo VIII de la sección II: “traslado de los prisioneros de guerra tras su llegada al campamento”.....	60
4.2.2.Sección III: “trabajo que realicen los prisioneros de guerra”.	61
4.2.3.Sección IV: “Recursos pecuniarios de los prisioneros de guerra”.....	62
4.2.4.Sección V: “las relaciones de los prisioneros de guerra con el exterior”.	62

4.2.5.Sección VI: “Las relaciones de los prisioneros de guerras con las autoridades”	63
4.2.5.a).Capítulo I: “Quejas de los prisioneros de guerra a causa del régimen de cautiverio”	63
4.2.5.b)Capítulo II: “los representantes de los prisioneros de guerra”	63
4.2.5.c)Capítulo III: “Las sanciones penales y disciplinarias”	63
4.3.Título IV: “fin al cautiverio”	64
4.3.1.Sección I: “repatriación directa y hospitalización en país neutral”.....	64
4.3.2.Sección II: “La liberación y repatriación de los prisioneros de guerra después de finalizadas las hostilidades”.....	65
4.3.3.Sección III: “fallecimientos de prisioneros de guerra”	65
4.4.Título V: “oficina de información y sociedades de socorro por lo que atañe a los prisioneros de guerra”	66
4.5Título VI: “aplicaciones del convenio”	66
5. Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949.....	67
5.1.Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.....	70
5.1.1Título II: “Disposiciones que el protocolo aplicará a los heridos, enfermos y naufragos es decir a los sujetos protegidos en los Convenios I y II de Ginebra”...73	
5.1.1.a)Sección I: “Protección general”.....	73
5.1.1.b) Sección II: “transportes sanitarios, es decir, todos los transportes que se destinen para fines humanitarios ya sean terrestres, marítimos o aéreos”	78
5.1.1.c)Sección III: “personas desaparecidas y fallecidas”	78

5.1.2.Título III: “los métodos y medios de guerra” – estatutos de combatiente y de prisionero de guerra.....	79
5.1.2.a)Sección I: “los métodos y medios de guerra”	79
5.1.2.b)Sección II: “el estatuto de combatiente y prisionero de guerra”.....	81
5.1.3.c)Sección II: “la represión de las infracciones de los Convenios o del Presente Protocolo”	83
5.2.Protocolo II 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.....	85
5.2.1.Título I: “El presente Protocolo”	85
5.2.2.Título I: “El trato humano”	87
CAPÍTULO III OTRAS NORMATIVAS APLICABLES AL SUJETO BELIGERANTE EN EL DIH.....	90
1. Breve Reseña a la Convención Americana de Derechos Humanos	90
2. Breve Reseña al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	91
3. Ius Cogens.....	92
CAPÍTULO IV TRIBUNALES COMPETENTES PARA CASTIGAR LAS INFRACCIONES O VIOLACIONES AL DIH	95
1. Tribunales internos de cada Estado.....	95
2.Tribunales penales internacionales.....	96
3. Tribunales Ad Hoc	98
3.1. El caso de la Ex Yugoslavia.....	100
3.2. El caso de Rwanda	102
4. La Corte Penal Internacional.....	104
5. Breve reseña al concepto de crímenes de guerra.	112

CAPÍTULO V PRINCIPIOS CENTRALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	
1. Legalidad y Tipicidad.	96115
2. Presunción de Inocencia e Indubio Pro Reo	119
3. Principio de Irretroactividad de la Ley Penal	120
4. Principio de Cosa Juzgada y Non Bis In Ídem	121
CAPÍTULO VI JURISPRUDENCIA EN EL DIH	124
1. Jurisprudencia Europea.	124
1.1 Italia.	124
2. Jurisprudencia Latinoamericana	129
2.1. Chile	129
2.1.a) Decreto Ley de Amnistía	131
2.1.b) Conflicto Armado No Internacional	139
2.1.c) Prescripción de la acción penal	141
2.2. Colombia	148
2.3. Argentina	158
2.3.a) Prescripción.	158
2.3.b) Amnistía	168
CONCLUSIÓN	172
BIBLIOGRAFÍA	177

INTRODUCCIÓN

La presente obra tiene por objeto analizar críticamente la protección que recibe el individuo beligerante en el derecho internacional humanitario

Para lograr tal objetivo será preciso esclarecer, primeramente, cuáles son los requisitos para encasillar a un individuo como beligerante según la normativa internacional. Así como también, los requisitos que se deben dar para considerarse a una situación de hostilidades como, ya sea, conflicto armado de carácter internacional, o como conflicto armado no internacional.

Identificado ya a un individuo como beligerante en un conflicto armado internacional o no internacional, analizaremos las normas de carácter internacional y de derecho interno que establecen derechos y garantías para estos individuos.

Con el fin de desarrollar y esclarecer las interrogantes antes mencionadas, en cuerpo de esta obra, en el capítulo I otorgaremos una breve noción de lo qué es el Derecho Internacional humanitario, sus características, sus fuentes y sus principios rectores.

Luego, el capítulo II, se podrá apreciar un extenso resumen, como a su vez algunos comentarios al Convenio I de Ginebra para la mejora de la condición de las Fuerzas de Armadas de heridos y enfermos en el campo de batalla, al Convenio II de Ginebra para el mejoramiento de las condiciones de los heridos,

enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, el Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios antes señalados. La reseña a esta normativa en nuestra tesis la realizamos en consideración a que forman parte de los principales instrumentos normativos del derecho internacional humanitario, y que regulan expresamente la situación del individuo beligerante. Incluso, estos instrumentos forman parte del denominado “Derecho de Ginebra” y el “Derecho de la Haya”.

Posteriormente en el capítulo II realizaremos una breve reseña a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto San José de Costa Rica, debido a la importancia que cumplen estos al instante de resguardar derechos y garantías a los beligerantes, y por ser Pactos constantemente aludidos –pero a veces también ignorados - tanto por los tribunales internacionales como los chilenos al momento de fallar respecto de crímenes de guerra. Mención también haremos a las normas de *ius Cogens*, toda vez que la costumbre internacional en varias ocasiones ha sido incoada por los órganos jurisdiccionales al fallar respecto de mismos casos, y la cual no obstante produce una dicotomía en la doctrina respecto de su efectiva aplicación.

En el capítulo IV haremos alusión a los diferentes tribunales competentes para conocer las infracciones o violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Se hará referencia a los tribunales internos de cada Estado, a los tribunales

penales internacionales, los tribunales ad hoc, y la Corte Penal Internacional. Observaremos también las críticas que han recibido éstos y el cuestionamiento que han absorbido por parte de la doctrina respecto a la su supuesta competencia y legitimidad.

Los principios centrales del Derecho Penal Internacional serán analizados – sucintamente- en el capítulo v de nuestra tesis. Consideramos que hacer referencia a estos principios cobra gran importancia toda vez que nos permitirán vislumbrar los cuerpos normativos internacionales en los cuales se encuentran plasmados, como así también en nuestro ordenamiento jurídico chileno. Al tener esclarecido lo medular de los principios de legalidad y tipicidad; de presunción de inocencia e indubio pro reo; el principio de irretroactividad de la ley penal; y el principio de cosa juzgada y non bis in ídem, comprenderemos la relevancia de los mismos en un Estado de Derecho, y nos permitirá realizar un análisis crítico a la jurisprudencia que en ciertas instancias los ha ignorado.

Y por último en el capítulo VI haremos referencia a la jurisprudencia relativa al derecho Internacional Humanitario. Podremos apreciar cómo fallan los tribunales internos en cada Estado, quienes –a veces sí, otras no- toman en consideración normas de tratados Internacionales como los Convenios de Ginebra, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto San José de Costa Rica, al instante de determinar delitos donde se han involucrados individuos beligerantes. Lograremos constatar cómo han tratado instrucciones

jurídicas importantísimas en este tipo de casos, como lo son la prescripción de la ley penal, y la admisibilidad o no de la amnistía. También veremos cómo se ha hecho referencia- a veces de forma correcta, otras no- a normas de los Cogens para castigar este tipo de delitos. Además, conseguiremos evaluar si los tribunales toman en consideración – de forma debida- los principios básicos del derecho penal internacional, piedra angular de los mismos.

Finalmente, expondremos las conclusiones extraídas de la extensión de nuestra tesis para responder la interrogante de si efectivamente el individuo beligerante cuenta con un respaldo de principios y normas internacionales que lo salvaguardan al momento de ser objeto de cuestionamiento jurídico.

CAPÍTULO I: EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

1-Concepto y características del Derecho Internacional Humanitario (DIH)

El Derecho Internacional Humanitario ahora en adelante DIH se puede definir como el conjunto de normas y principios que regulan principalmente la protección de determinados individuos en los casos de guerra. El profesor Edmundo Vargas Carreño lo define como *“aquel que regula, desde el punto de vista de la protección de las personas, los conflictos armados de carácter internacional y, en algunos casos, los conflictos internos¹.”* El Comité Internacional de la Cruz Roja lo define como *“el conjunto de normas destinadas a mitigar, por razones humanitarias, los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades y limita el empleo de medios y métodos de guerra².”* Existen autores que señalan que el Derecho Internacional Humanitario se divide en dos, un derecho de sentido amplio que protege a la a la persona humana y sus derechos fundamentales, y existe otro restringido que protege a las víctimas de la guerra. Uno de estos autores es Jean Pictet que *“entiende que el Derecho Internacional Humanitario, en sentido amplio, está constituido por el conjunto de disposiciones internacionales, escritas y consuetudinarias, que garantizan el respeto a la persona humana y a su desarrollo. En un sentido más estricto,*

¹ Vargas Carreño, Edmundo. 2007. “Derecho Internacional Público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI”. Santiago, Chile: Jurídica de Chile. P. 591

² Comité Internacional de la Cruz Roja. 2004 ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario? [en línea] <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf> [consulta: 03 de mayo de 2016]

Pictet considera que el Derecho Internacional Humanitario propiamente dicho tiende a salvaguardar los militares que se hallan fuera de combate, así como a las personas que no participan en las hostilidades³.”

Hay que tener en cuenta que ningún Convenio o norma convencional del DIH define lo que son los conflictos armados. Sólo el Protocolo Adicional II señala los requisitos que deben darse para encontrarse frente a un conflicto armado de carácter no internacional. En la actualidad la definición que se utiliza para entender lo que son los conflictos armados es aquella dada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia por el caso de DuskoTadic, quien fue una autoridad serbobosnia a la que se le imputaron cargos por delitos contra la humanidad. *“... existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados, o a actos violentos armados y prolongados entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro del Estado.”⁴* Por su parte, el Tribunal de Ruanda ha señalado e dos caos de importancia, Akayesu y Musema que el *“término de conflicto armado en sí mismo sugiere la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida”⁵.*

³ Diez de Velasco, Manuel. 2013.“Instituciones de Derecho Internacional Público”. (18º. Ed.) Santiago, Chile. P. 1037

⁴ Vargas Carreño, Edmundo, op cit., p.592.

⁵Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional.2004. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf> [consulta: 02 de abril de 2016]

No obstante, si bien ambos derechos (Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) tienen mucha relación, tienen, a su vez, diferencias profundas que los delimitan. Algunas de estas diferencias son: que el DIH se aplica sólo a sujetos protegidos, en cambio el DIDH se aplica a toda persona humana. El DIH se aplica sólo en casos de conflictos bélicos, en cambio el DIDH se aplica en todo momento, es decir, en tiempos de paz o subsidiariamente en tiempos de guerra. Por lo tanto existe una relación de complementariedad entre ambos derechos, es decir, en los casos de conflictos armados en que una persona no sea amparada por el DIH lo será por el DIDH.

Cabe mencionar que el DIH también es llamado Derecho de la guerra o *ius in bello*. Esta denominación surgió para diferenciarlo del Derecho a la guerra o *ius ad bellum*. Este último derecho se define como el conjunto de normas y principios que definen las razones legítimas por las cuales un Estado podría verse involucrado en una guerra, centrándose en los criterios que identifican cuando hay una “guerra justa”. En la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, ahora en adelante ONU, se establece el principio de prohibición general al uso de la fuerza en las relaciones entre los Estados. Así el artículo 2(4) de la Carta de la ONU señala: *“Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o*

*en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.*⁶ Existen algunas excepciones a este principio general, las cuales son:

- 1- Operaciones bajo la autorización o control del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estas operaciones son mecanismos de seguridad colectiva prevista en el capítulo VII de la Carta de las Naciones que se pueden adoptar contra un Estado que amenaza la seguridad internacional o la paz.
- 2- La Legítima Defensa conforme al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Por Legítima Defensa se debe entender como el Derecho inmanente de un Estado de defenderse contra un ataque armado. Esta Legítima Defensa puede ser tanto individual como colectiva⁷.
- 3- Guerras de Independencia y liberación nacional, esto conforme a la interpretación de las modalidades del ejercicio del Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos, que no está establecido en la Carta de las Naciones Unidas y que es motivo de determinación de las mayorías de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Haciendo esta distinción hay que destacar que el DIH o Derecho de la guerra debe aplicarse por todas las partes en el conflicto durante la guerra sin importar si las causas de la guerra fueron legítimas o no, cuestión que resolverá el Derecho a la guerra o *ius ad bellum*.

⁶ Carta de las Naciones Unidas[ver en línea] <http://www.un.org/es/charter-united-nations/>
[consulta: 03 de abril de 2016]

⁷ Ibid.

2- Fuentes formales del DIH

Hasta antes de 1864 año en que se hizo el primer Convenio de Ginebra, el DIH era esencialmente consuetudinario. Desde 1864 en adelante el IDH empezó a codificarse en diversos instrumentos. El DIH al ser una rama del Derecho Internacional público posee las mismas fuentes formales. Primero están los Tratados internacionales bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados y que se encuentran vigentes. En segundo lugar está la costumbre, cabe destacar que las costumbres de la guerra constituyen un título autónomo y separado de vigencia que posteriormente fueron codificadas en Convenios y otros instrumentos jurídicos. En tercer lugar están los principios generales del derecho como lo señala el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que señala como fuente formal los principios generales del derecho aplicables, por tanto, al DIH como también a las otras ramas del Derecho Internacional Público.

3-Principios del DIH.

Del contenido de todos los Convenios y Protocolos que configuran el DIH se desprenden principios que son los que rigen esta materia y en caso futuro, si se quisieran crear más Convenios o Protocolos relativos a este Derecho, se deberían respetar estos principios. Dentro de estos principios está el de la Necesidad Militar, según el cual todas las necesidades militares deben

armonizarse con las consideraciones de humanidad. Se parte de la lógica de la guerra en la cual un bando desea vencer a otro, de esta lógica deriva las necesidades militares de cada bando para obtener la rendición del enemigo. Estas necesidades militares están limitadas conforme a consideraciones de humanidad, es decir, a la protección de la persona amparada por las normas del DIH.

El principio de Distinción se refiere al hecho que el DIH que se aplica a los conflictos armados siempre hay distinciones duales: en relación a qué puede ser atacado, están los objetivos militares y los bienes civiles. Y en relación al nivel de protección que tienen los individuos, están los combatientes y la población civil.

También existe el principio de Proporcionalidad, *“en virtud del cual están prohibidas las acciones militares cuyos daños – como el número de víctimas en la población civil– claramente excedan la ventaja militar específica que pueda obtenerse”*⁸. Es decir, por ejemplo, si para obtener un puesto de avanzada en una batalla o ganar una batalla necesito ocupar un arma que mate a un número desproporcionado de seres humanos de la población civil, caso en el cual las bajas de la población civil ya no serían “daños colaterales”, en ese caso se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad que emana del contenido de las normas del DIH. Algunas normas que dejan entrever este principio es el

⁸ Díez de Velasco, Manuel. Op cit. P.1074.

artículo 22 del Reglamento anexo a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 sobre la guerra terrestre, en el cual se señala que los beligerantes no tienen derecho ilimitado para elegir los medios para dañar al enemigo. Y el artículo 23 e) del mismo Reglamento que señala que se prohíbe emplear armas, proyectiles o materias destinadas a causar males superfluos. La expresión “males superfluos” hay que entenderla en relación a la exigencia que señala que en el empleo de las armas se debe equilibrar los intereses militares con las consideraciones humanitarias. Por lo tanto en el principio de proporcionalidad se debe propender a que las ventajas militares se realicen causando el daño más mínimo a la población civil y a los bienes civiles.

Otro principio rector del DIH es el principio de Limitación, el cual consiste en que los medios y métodos de combate no son ilimitados, y donde estos métodos y medios de combate no deben causar sufrimientos innecesarios o males superfluos.

Cabe mencionar el principio de Humanidad en virtud del cual las normas de los Convenios tratan de proteger lo más posible a los individuos amparados por DIH, entendiendo que se vive un contexto de conflicto armado.

Y por último se puede mencionar el principio de No Reciprocidad, en el cual las normas del DIH deben ser respetadas por los Estados contratantes de los

Convenios de Ginebra sin importar si el Estado adversario respeta o no las normas del DIH.

A estos principios hay que sumar la regla contenida en la Cláusula Martens, “*en honor al jurista ruso que la propuso, que se halla en el preámbulo del IV Convenio de La Haya sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, en virtud de la cual las Partes hacen constar – que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*”⁹. Esta cláusula permite colmar las lagunas que existan en las normas relativas al DIH aplicando los principios humanitarios que son universales en todos los conflictos armados. Esta Cláusula resulta de vital importancia ya que se evita que en caso de lagunas los beligerantes puedan causar abusos a los individuos contrarios a los principios humanitarios.

⁹ Maya Cisneros, Jenny. 2002. El Derecho Internacional Humanitario. Monografía para optar al Título de Licenciado en Derecho.[en línea] Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua p. León Nicaragua. <http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/retrieve/4485> [consulta: 01 de junio de 2016].

CAPÍTULO II: PRINCIPALES INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL DIH. “EL DERECHO DE GINEBRA” Y EL “DERECHO DE LA HAYA”.

La Codificación del DIH comenzó en el siglo XIX, específicamente en el 1864 cuando se celebró el primer Convenio de Ginebra que tenía como objetivo mejorar la condición de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en el campo de batalla. Luego se celebraron las Conferencias de la Paz en La Haya en 1899 y 1907, donde se crearon 14 Convenios que regulaban la conducta de los Estados durante los conflictos armados. De estos Convenios el que tuvo mayor importancia fue el Convenio IV que contiene anexo el Reglamento sobre “Leyes y costumbres de la guerra terrestre”. Estos Convenios creados en La Haya es lo que se denomina “Derecho de La Haya” el cual se encarga de normas las conductas que deben tener los individuos beligerantes durante la guerra, esto es lo que se llama *ius in bello* en un sentido estricto.

Luego de la Segunda Guerra Mundial se crearon los 4 Convenios de Ginebra del año 1949 que contienen las normas que tratan de amparar a ciertos individuos dentro de la guerra dándoles un trato más humanitario. Luego se celebró la Conferencia de Ginebra de 1974-1977 en las cuales se crearon 2 Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 1949 que vinieron a desarrollar y poner al día Los Convenios del 1949. Estos Protocolos Adicionales se crearon debido a la contingencia de las guerras de liberación colonial que

estaban viviendo muchos países del Tercer Mundo. Los 4 Convenios del 1949 más los 2 Protocolos Adicionales del 1974 y del 1977 forman lo que se denomina “Derecho de Ginebra”, esto es lo que se llama el Derecho Internacional Humanitario bélico. Cabe tener presente que *“La modesta presentación de estos tratados como – Protocolos Adicionales— a los Convenios de Ginebra de 1949 no debe llevar a engaño. Se trata de textos extensos que realizan una puesta al día de las normas relativas a los conflictos armados, pero que no pretenden sustituir, sino desarrollar, los Convenios de 1949”*¹⁰. Los Protocolos Adicionales aparte de revisar los Convenios de Ginebra también contienen disposiciones sobre los métodos y medios de combate, con lo cual actualizan las normas del “Derecho de la Haya”. Esto lo expresa muy bien Manuel Diez de Velasco: *“Sin embargo, los Protocolos adicionales de 1977, al incluir también disposiciones sobre los métodos y medios de combate, _ revisan de hecho profundamente las convenciones de Ginebra y a través de éstas, el Derecho de La Haya- (La Pradelle: 30). Por esto el internacionalista polaco Nahlik estimó que los Protocolos adicionales de 1977 han reducido esta dicotomía y han favorecido la unidad del Derecho de los conflictos armados, - que no es “de Ginebra” o “de La Haya”, sino Derecho a secas- (1978:27)*¹¹.” Por esta razón se procederá a analizar las disposiciones principales de los 4 Convenios de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1974 y 1978.

¹⁰ Diez de Velasco, Manuel. Op cit, p. 1073

¹¹ Ibid.

1. Disposiciones comunes a los cuatro Convenios de 1949.

Los primeros tres artículos del Convenio son comunes a los cuatro Convenios de 1949.

El artículo 1 señala que las Altas partes contratantes, es decir, los Estados que suscribieron el Convenio, se comprometen a respetar y a hacer respetar el Convenio en todas las circunstancias.

El artículo 2 se refiere al conflicto armado de carácter internacional y señala que las disposiciones del Convenio se aplicarán en tiempo de paz y en tiempos de guerra. El Convenio se aplicará entre los Estados contratantes sea que exista una declaración de guerra o no, e incluso en caso de que existiendo un conflicto armado uno de los Estados no reconozca el estado de guerra. También el Convenio se aplicará en los casos de ocupación total o parcial de alguno de los Estados contratantes del Convenio. Hace referencia al caso en que un Estado está en conflicto armado y no es parte del Convenio, las Potencias -que en cambio- participan en el conflicto y son parte de este Convenio deben respetar, sin embargo, las normas del mismo en sus relaciones recíprocas. Estas últimas Potencias deberán además respetar las normas del Convenio en el caso que Los Estados no parte del mismo decidan aceptar y aplicar las disposiciones contenidas en él. Por ende, lo importante de esta norma es que destaca que el Convenio se aplica en caso de guerras

internacionales, e indica que también se puede aplicar a un Estado que no sea parte de los Convenios de Ginebra.

El artículo 3 alude a los conflictos armados de carácter no internacional que se lleven a cabo en un Estado parte del Convenio. Señala que las Partes Contratantes en conflicto deben respetar:

- las personas que no participen directamente en el conflicto incluido los miembros de las fuerzas armadas que por cualquier causa estén fuera de combate y las que hayan depuesto las armas, deberán ser tratadas con humanidad, sin consideración a su raza, religión, sexo etc...Se prohíbe contra estas personas: a) los atentados contra la vida de las personas y la integridad física. Es decir se protege el derecho a la vida y el derecho a la integridad física de esas personas. El numeral menciona ejemplos de vulneraciones a estos derechos. b) la toma de rehenes. Según la Real Academia de la Lengua española rehén es *“una persona retenida por alguien como garantía para obligar a un tercero a cumplir determinadas condiciones.”*¹² Pero una definición más específica y de contenido jurídico, está prescrita en el artículo 1 la Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes, la cual dictamina que se denominará rehén *“Toda persona que se encuentre en poder, sea detenida, o amenazada de muerte, de ser herida o mantenerla detenida,*

¹² Real Academia Española. 2016 [ver en línea] <http://dle.rae.es/?id=Vkp3w4m> [consulta en línea: 02 de mayo de 2016]

*por otra, con el fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del detenido”*¹³. Es decir que una de las partes en conflicto retiene a una de esas personas para obtener algún beneficio de la parte adversaria en el conflicto. c) los atentados contra la dignidad personal. Es decir se protege el derecho a la integridad psíquica de esas personas. d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. En este numeral se trata de proteger a esas personas su derecho al debido proceso. Es decir se puede dictar condena o ejecutar a una de esas personas, pero para esto se deben cumplir los siguientes requisitos:

- 1- debe existir un tribunal legítimamente constituido.
 - 2- debe existir un juicio previo.
 - 3- se deben respetar las garantías judiciales comunes a todos los pueblos civilizados. Algunas de estas garantías que se pueden mencionar a modo de ejemplo como: el derecho a defensa, el derecho a revisión, el derecho a recurrir etc...
- Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Luego en el artículo se señala que un organismo imparcial como la Cruz Roja podrá

¹³ Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes [ver en línea] <http://www.un.org/es/sc/ctc/docs/conventions/conv5.pdf> [consulta: 15 de abril de 2016]

ofrecer sus servicios a las partes en el conflicto. Hay que tener presente que la idea de la Cruz Roja fue ideada por Henry Dunant: “ *instituir sociedades encargadas de formar un personal voluntario que colaborara con los servicios sanitarios militares sobre la base de principios adoptados en tratados internacionales multilaterales que obligaran a todos los beligerantes*”¹⁴.

Luego el artículo señala que las partes en conflicto, mediante acuerdos especiales, harán lo posible para poner en práctica las disposiciones del Convenio.

Termina esta disposición prescribiendo que la aplicación de las disposiciones anteriores no surtirá efecto jurídico sobre el estatuto jurídico de las partes. Respecto a este último inciso, es preciso señalar , tal como señala el profesor Bustos Valderrama, “*que cuando él se refiere al “estatuto jurídico de las Partes en conflicto”, está aludiendo a su estatuto jurídico de carácter internacional – reconocimiento de beligerancia, por ejemplo- y en ningún caso a la legislación interna*”.¹⁵

Es preciso anticipar la importancia de este artículo 3 común, toda vez que forma parte angular del DIH aplicable en los conflictos armados no internacionales. La

¹⁴ Diez de Velasco, Manuel, op. Cit. p. 1071

¹⁵ Bustos Valderrama, Crisólogo. [en línea] Estudio del artículo tercero del Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, u del Protocolo Adicional II DE 1977 <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/03fa9211-7bf5-4339-b0f8-c66c2c83854b/5.pdf?MOD=AJPERES> [consulta: 25 de marzo de 2016].

interacción de este artículo con el Protocolo II es clave en los conflictos sin carácter internacional, tal cómo se podrá apreciar en el desarrollo de la presente tesis.

2. Convenio I de Ginebra Para la Mejora de la Condición de las Fuerzas Armadas de Heridos y Enfermos en el Campo de Batalla.

Los sujetos beneficiarios de este convenio son los heridos, enfermos y miembros del personal sanitario y religioso. Cabe hacer mención que en el Convenio en cuestión no señala lo que debe entenderse por heridos, enfermos y miembros del personal sanitario y religioso, esto se entrega al sentido común de las personas.

Algunas de las normas principales, contenidas en este Convenio, que protegen al individuo son:

- Las Potencias Neutrales, es decir, los Estados neutrales al conflicto, deberán aplicar por analogía las disposiciones de este Convenio a los heridos, enfermos, miembros del personal sanitario y religioso de los Estados en conflicto que sean recibidos en su territorio.
- Los Estados adversarios donde caigan en su poder personas protegidas por el Convenio, deberán respetar las normas del Convenio hasta que éstas sean repatriadas.

- Los Estados contratantes del Convenio podrán celebrar acuerdos especiales sobre cualquier materia, pero estos acuerdos no podrán restringir los derechos que este Convenio les confiere a las personas amparadas por este Convenio. En caso de que los acuerdos tengan disposiciones más favorables para las personas amparadas por el Convenio se les aplicarán estas disposiciones antes que las contenidas en este mismo Convenio. Los derechos que emanan de este Convenio no podrán ser renunciados total o parcialmente por las personas amparadas por este Convenio.
- Las disposiciones de este Convenio serán aplicadas con el control de las Potencias Protectoras, es decir Estados que quieren salvaguardar los intereses de las Partes en conflicto. Las Potencias Protectoras harán esta tarea con representantes o delegados. La designación de una Potencia Protectora solo tiene lugar en los conflictos armados de carácter internacional. *“El sistema de las Potencias protectoras ha sido desarrollado en los Convenios de Ginebra de 1949 y mejorado en ciertos aspectos en el Protocolo I de 1977. Las Potencias protectoras son Estados que no son partes en un conflicto armado y que desempeñan tres tipos de funciones: constituyen un medio de comunicación y enlace entre las partes en el conflicto en todo lo relativo a la aplicación de los Convenios y a la protección de las víctimas; realizan actividades de auxilio y ayuda a las víctimas; controlan el cumplimiento de las*

obligaciones derivadas de los Convenios y, en especial, las referentes al trato que reciben las personas protegidas”¹⁶.

- Las disposiciones del Convenio no son obstáculo para las actividades humanitarias que ejerza el Comité Internacional de la Cruz Roja para la protección de las personas amparadas por este Convenio. El artículo 10 prescribe que los Estados contratantes podrán designar a un organismo imparcial que realice las labores asignadas en este Convenio a las Potencias Protectoras. Éstos son los denominados sustitutos de las Potencias Protectoras. En caso de desacuerdo en la aplicación o interpretación de las disposiciones del Convenio por las Partes en conflicto, esto lo podrá resolver la Potencia Protectora.

2.1. Capítulo II del Convenio: “Heridos y enfermos”

Señala que las personas protegidas deberán ser asistidas con humanidad por la Parte que los tenga en su poder, sin distinción alguna. Sólo razones de urgencia médica podrán autorizar a que algunos individuos sean asistidos antes que a otros. En el caso de las mujeres, por su sexo, pueden tener consideraciones en la asistencia que reciban.

Se indica que se protegerán a los heridos y enfermos pertenecientes a:

¹⁶ Díez de Velasco, Manuel. Op cit.p. 1108

- 1- Las fuerzas armadas del Estado en conflicto, las milicias y grupos voluntarios pertenecientes a dichas fuerzas armadas.
- 2- Otras milicias, otros grupos voluntarios, movimientos de resistencia organizados, que pertenezcan a uno de los Estados en conflicto sea que actúen dentro o fuera del territorio de este Estado. Estos grupos para que sean protegidos por este Convenio deberán cumplir con los siguientes requisitos:
 - a. Ser mandados por una persona que pueda responder por sus subordinados.
 - b. Que tengan un signo distintivo y que se reconozca a distancia.
 - c. Estos grupos deberán llevar las armas siempre a la vista.
 - d. Estos grupos deben dirigir sus operaciones conforme a las costumbre y a las leyes de guerra. Este numeral se agregó por la participación importante que tuvieron los partisanos durante la Segunda Guerra Mundial. *“El mencionado Convenio de 1949 recoge las nuevas modalidades de lucha armada que se desarrollaron durante la Segunda Guerra Mundial y, en especial, la que representaron los partisanos o miembros de los movimientos de resistencia en el territorio ocupado por el enemigo”¹⁷.*

¹⁷ Diez de Velasco, Manuel. Op. Cit. P.1097.

- 3- Las fuerzas armadas regulares que sigan instrucciones de una autoridad o gobierno que no reconozca el Estado que retenga a los individuos.
- 4- Otras personas que siguen a las fuerzas armadas pero no son parte de éstas, como: corresponsales de guerra, personas civiles de la tripulación de aviones militares, proveedores etc... Todas estas personas recibirán protección de este Convenio pero siempre que tengan autorización de las fuerzas armadas a las cuales hacen compañía.
- 5- A la tripulación de la marina mercante o de la aviación civil.
- 6- La población de un territorio no ocupado que comience a combatir al enemigo sin haber tenido tiempo para conformar las fuerzas armadas regulares, esto siempre que los miembros de la población lleve las armas a la vista y opere en conformidad a las costumbres y leyes de la guerra.
- 7- Los heridos y enfermos de una Parte participante en el conflicto que caigan en las manos de la Parte adversaria, los que tendrán la calidad de prisioneros de guerra.

Se menciona la obligación que tienen las Partes en conflicto de buscar y recoger los heridos, enfermos y muertos. Señala que podrán existir altos al fuego para recoger, canjear y trasladar a los heridos abandonados en el campo de batalla. Estas Partes deberán registrar a los heridos, enfermos y muertos de la Parte adversaria trasladándolos a la cual estos pertenezcan. Las Partes en conflicto tratarán que la inhumación o la incineración (siendo la segunda por motivos de higiene o religión), de cadáveres, se realice previo a un examen

médico que hagan los doctores con el fin de comprobar la muerte y determinar la identificación de los cadáveres. Para todo lo mencionado anteriormente debe existir un Servicio de tumbas que se encargue de la exhumación, identificación y traslado al país de origen, de los cadáveres.

En cuanto a la población civil bajo la protección de la autoridad militar de la Parte en conflicto, puede ocuparse de las labores humanitarias como cuidar y asistir a enfermos y heridos. Estas labores humanitarias serán prestadas de forma gratuita.

2.2. Capítulos III, IV y V del Convenio: “Normas específicas de protección al personal religioso y personal sanitario, a sus establecimientos y medios de transportes”.

Tanto el personal sanitario y religioso no pueden ser atacados por ninguna de las Partes en conflicto debido a que éstas cumplen una labor humanitaria de asistir y recoger heridos, enfermos y también de ocuparse de los muertos del campo de batalla. Así Don Manuel Diez de Velasco señala que: *“La protección se extiende al personal sanitario. Las unidades sanitarias (establecimientos y otras dependencias organizados con fines sanitarios) deberán ser respetadas y protegidas en todo momento, sin que puedan ser objeto de ataque (art. 12*

*Protocolo I)*¹⁸. A su vez, el profesor Eduardo Vargas Carreño indica como una de las normas fundamentales que contiene los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, la siguiente: *“La Parte en conflicto en cuyo poder estén, recogerá y prestará asistencia a los heridos y a los enfermos. También se protegerá al personal sanitario, los establecimientos y los medios de transporte y el material sanitario”*¹⁹. Un análisis exhaustivo de las disposiciones de este Convenio, si bien es de sumo interés, escaparía del objeto de este trabajo, que es analizar la protección efectiva que asegura el DIH a las personas amparadas por este Derecho., por lo cual no se ahondara más al respecto.

2.3. Capítulo VII del Convenio: “Signo distintivo”.

Indica el uso de una señal distintiva que deberán llevar los servicios sanitarios que prestan ayuda a los heridos y enfermos en los conflictos armados.

En homenaje a Suiza (país depositario de los Convenios de Ginebra) los servicios sanitarios de los ejércitos deberán llevar como emblema la cruz roja sobre un fondo blanco. Sin embargo se admitirá como signo distintivo y producirá los mismos efectos que la cruz roja sobre fondo blanco, la media luna roja o el león y el sol rojos sobre fondo blanco. Estos últimos signos distintivos fueron agregados al Convenio gracias a los deseos expresados de Turquía e

¹⁸ Diez de Velasco, Manuel. Op. Cit.. 1101.

¹⁹ Vargas Carreño, Edmundo. Op.cit. p. 594.

Irán. Estos emblemas deberán llevarlos los servicios sanitarios durante todo el conflicto armado. Sin embargo el artículo 44 proscribire que el uso de estos emblemas, de las palabras “cruz roja”, o “cruz de ginebra”, también podrán ser usados por las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos) en tiempos de paz. El uso de estos emblemas y de estas palabras deberán ajustarse a la legislación nacional de los países donde se desarrollen estas actividades en tiempos de paz, y estas actividades deberán ajustarse a los principios formulados por las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja.

2.4. Capítulo VIII del Convenio: “Aplicación del Convenio”

Los Estados partes del Convenio a través de sus Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas pondrán en aplicación las disposiciones del Convenio, y en los casos no previstos por el Convenio se aplicarán los principios humanitarios que emanan del Convenio. Esto último es una puesta en práctica de la ya mencionada Cláusula Martens.

Estarán prohibidas las represalias por los Estados contratantes en contra de todos los individuos y bienes protegidos por el Convenio. Por represalia debemos entender *“medida de auto tutela de las partes en un conflicto armado*

*que realizan actos que constituyen una infracción de sus obligaciones, en respuesta a las violaciones cometidas por la parte contraria*²⁰.

Los Estados contratantes se comprometen a tener la obligación de difundir, tanto en tiempos de paz como de guerra, el texto del respectivo Convenio, el cual deben enseñarlo en los programas de instrucción militar del Ejército y en lo posible en los programas de instrucción civil. Por último se señala que en tiempos de paz los Estados contratantes se comunicarán por mediación del Consejo Federal Suizo y durante los conflictos armados se comunicarán por medio de las Potencias Protectoras, que como ya se mencionó, son Estados que tratan de dirimir las disputas entre los Estados que son parte en el conflicto.

2.5. Capítulo IX del Convenio: “Represión de los abusos y de las infracciones”.

Los Estados contratantes del Convenio adoptarán las medidas legislativas para sancionar penalmente a los que infrinjan y o manden a infringir las disposiciones del Convenio. Es decir los Estados buscarán responsabilidades individuales en las infracciones graves al Convenio. La responsabilidad individual recaerá tanto en el autor directo como en el autor mediato de las infracciones graves al Convenio. Los Estados contratantes tendrán que buscar a las personas nacionales o extranjeras acusadas por las infracciones graves y

²⁰ Diez de Velasco, Manuel. Op.cit. p. 111.

hacerlas comparecer ante los tribunales de justicia propios. Si la legislación de este último lo admite, podrá entregar a la persona acusada de infracciones graves a otro Estado contratante que haya formulado cargos contra esta persona. Los inculpados tendrán derecho a defensa y garantías de procedimiento que no podrán ser inferiores a aquellas señaladas en el Convenio de Ginebra de 1949 relativo a los prisioneros de guerra.

Las conductas que deben entenderse por infracciones graves al Convenio, que se cometan contra personas o bienes protegidos por el Convenio son: homicidio, torturas, tratos inhumanos, experimentos biológicos, causar deliberadamente grandes sufrimientos, atentar gravemente contra la integridad física, destrucción y apropiación de bienes a gran escala de una manera arbitraria, sin que se justifique una necesidad militar.

Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior

Ningún Estado contratante exonerará a otro Estado contratante, ni a sí mismo, de las responsabilidades que le quepa a uno o a la otra por las infracciones graves al Convenio. En relación a un caso de violación de una disposición del Convenio, una de las Partes en conflicto puede solicitar una Encuesta. Esta Encuesta se realizará según las modalidades de las Partes interesadas. En

caso de que no exista acuerdo sobre el procedimiento de la Encuesta las Partes interesadas designarán a un árbitro que escogerá el procedimiento de Encuesta. Si luego de la Encuesta se comprueba la violación del Convenio, las Partes en conflicto harán que termine esta violación lo antes posible.

3. Convenio II de Ginebra Para el Mejoramiento de la Condición de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar.

Los beneficiarios de este Convenio son los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, y también los miembros del personal sanitario y religioso. La novedad de este Convenio es que incorpora a los náufragos como beneficiarios de este Convenio. Al igual que el Convenio anterior este Convenio no incorpora una definición exacta de lo que ha de entenderse por heridos, enfermos, náufragos y miembros del personal sanitario y religioso, por lo cual estos términos deben entregarse al sentido común de las personas. Muchas disposiciones de este Convenio son muy similares al Convenio I, pero no obstante, existen algunas diferencias. Cabe destacar los artículos que son una novedad en comparación al Convenio I Para la Mejora de la Condición de las Fuerzas Armadas de Heridos y Enfermos en el Campo de Batalla. Algunas de las disposiciones de este Convenio más importantes que regulan la protección del individuo son:

El artículo 4 de este Convenio señala que en caso de operaciones de guerra entre las Partes en conflicto, solo será aplicable este Convenio a las fuerzas que se encuentren embarcadas. Luego el artículo señala que a las fuerzas que se encuentren desembarcadas se les aplicará el Convenio I Para la Mejora de la Condición de las Fuerzas Armadas de Heridos y Enfermos en el Campo de Batalla. Esta distinción se entiende ya que el Convenio II, .que es el que estamos analizando, trata de amparar a los individuos de las fuerzas armadas que se encuentren en el mar, ya que para los individuos de las fuerzas armadas que se encuentran en tierra firme se les aplica el Convenio I. Cuando el Convenio señala “a las personas embarcadas” debemos entender este concepto por el sentido común, que es desde que el miembro de las fuerzas armadas se introduce en una construcción capaz de flotar como puede ser: un barco, un bote etc...Automáticamente el individuo queda amparado con las disposiciones de este Convenio II. El resto de las disposiciones de este capítulo I son iguales a las del Convenio I ya analizado.

3.1. Capítulo II del Convenio: “las disposiciones que cambian en comparación al Convenio I”

Estas disposiciones son:

- Los miembros de las fuerzas armadas y las demás personas que estén heridas, enfermas y estén en el mar, o los individuos que sean

náufragos serán protegidos por el presente Convenio. No importa las circunstancias como se haya producido el naufragio, igualmente a los náufragos se les aplicará la protección del Convenio. Por naufragio según la Real Academia de la Lengua debemos entender como: *pérdida o ruina de la embarcación en el mar o en río o lago navegables*²¹. Las personas amparadas deberán ser asistidas con humanidad por la Parte que los tenga bajo su poder, sin distinción alguna. Sólo por razones de urgencia médica se priorizará a algunos individuos sobre otros para el orden en la atención. Se señala también que se tendrá especial consideración con las mujeres pero sólo por razones de su sexo.

- Cualquier barco de guerra de una de las Partes beligerantes podrá reclamar la entrega de los enfermos, heridos o náufragos que estén a bordo de: barcos hospitales militares, barcos hospitales de sociedades de socorro o particulares, embarcaciones, sin importar la nacionalidad a la cual pertenezcan. Esta entrega se realizará siempre que el estado de salud de los enfermos, heridos y náufragos lo permita y siempre que el barco de guerra de la Parte que está en conflicto contenga las instalaciones necesarias para hacerse cargo del cuidado de los enfermos, heridos y náufragos.
- Si un barco de guerra neutral o una aeronave militar neutral recoge a bordo a heridos, enfermos, o náufragos, tomarán las medidas

²¹ Real Academia Española.2016 [en línea] <http://dle.rae.es/?id=QI3WHle> [consulta: 28 de marzo de 2016]

pertinentes para que estos individuos no puedan volver a participar en operaciones bélicas.

- Los heridos, enfermos y náufragos de un Estado beligerante tendrán la calidad de prisionero de guerra si son retenidos bajo poder de la Parte adversaria. Ésta Parte retenedora deberá decidir si mantenerlos retenidos o enviarlos a un puerto de su país, o a un puerto de un país neutral o a un puerto de una Parte adversaria en el conflicto armado. En este último caso estos prisioneros de guerra no podrán volver a prestar servicios mientras dure la guerra.
- Los heridos, enfermos y náufragos que sean desembarcados en un puerto neutral, deberán permanecer retenidos por la Parte Neutral y así estos individuos no volverán a participar en el conflicto armado. Esto a no ser que las Partes beligerantes hayan llegado a otro acuerdo con la Parte Neutral. Finalmente el artículo dice que los gastos de internación y de hospitalización de los enfermos, heridos y náufragos será costado por la Parte al cual pertenezcan.
- Las Partes en conflicto velarán para que previo a la inmersión en el mar de los cadáveres se realice un examen médico que permita individualizar y comprobar la efectiva muerte de las personas. En caso que se desembarquen a tierra firme a los cadáveres se aplicarán las normas del Convenio I.

- Las Partes en el conflicto podrán hacer un llamamiento para que las embarcaciones mercantes o neutrales realicen una labor humanitaria de llevar a bordo y asistir a los heridos, enfermos y náufragos, y en su caso recoger cadáveres. Las embarcaciones que realicen esta labor tendrán una protección especial y tendrán facilidades para realizar estas labores humanitarias. Quedarán expuestas estas embarcaciones a capturas en caso de que violen la neutralidad.

3.2. Capítulo III del Convenio: “los barcos hospitales”.

Este capítulo es una novedad con respecto al Convenio I, pues trata sobre los barcos hospitales militares, es decir, aquellos barcos adaptados por una de las Partes en el conflicto que tienen como objetivo asistir y trasladar a los enfermos, heridos y náufragos. Estos barcos no podrán ser apresados y en todo momento deberán ser protegidos, siempre que los nombres y características de estos barcos sea notificada a las Partes en conflicto diez días antes del comienzo de las funciones del barco. No podrán ser atacados desde el mar las instalaciones ubicadas en la costa que estén protegidas por el Convenio I, estas instalaciones deben ser sanitarias o religiosas que se encarguen a asistir a los enfermos y heridos de las batallas terrestres.

En cuanto a los barcos hospitales de las sociedades nacionales de la Cruz Roja, de las sociedades de socorro, o de particulares, tendrán la misma

protección que los barcos hospitales militares siempre que sean notificadas las Partes en conflicto diez días antes de que los barcos comiencen a realizar sus funciones. Estos barcos hospitales usados por sociedades nacionales de la Cruz Roja, por sociedades de socorro, y por sociedades particulares que pertenezcan a países neutrales, también tendrán la protección de los barcos hospitales militares. Pero para tener esta protección: la Parte neutral en el conflicto le deberá enviar a las Partes en conflicto el nombre y características de los barcos, 10 días antes de que éstos comiencen sus funciones, los barcos hospitales deberán estar bajo el control de alguna de las Partes en conflicto previa autorización del gobierno de la Parte neutral y de la Parte en conflicto respectiva.

Las Partes en conflicto harán lo posible por trasladar a los heridos, enfermos y náufragos en embarcaciones de más de 2.000 toneladas en caso de largas distancias en alta mar.

Se extiende la protección de los barcos hospitales militares en la medida de lo posible, a las embarcaciones del Estado, embarcaciones de sociedades de socorro reconocidas para las operaciones costeras de salvamento, y a las instalaciones costeras usadas por dichas embarcaciones par los fines de asistencia y traslado de enfermos, heridos y náufragos. En caso que exista un combate a bordo de un barco, las enfermerías y sus instalaciones serán respetadas en la medida de lo posible por los beligerantes. Estas deberán

seguir usándose para asistir heridos, enfermos y náufragos, salvo que el comandante que haya capturado el barco, garantice que seguirán siendo asistidos los enfermos, heridos y náufragos por otros medios.

Si un barco hospital que esté en un puerto y posteriormente este puerto caiga en poder del enemigo, tendrá la autorización para abandonar dicho puerto. Por su parte estos barcos hospitales no pueden emplearse para fines militares, y tampoco pueden entorpecer operaciones militares. Durante y después del combate los hospitales militares actuarán por su cuenta y riesgo. Las Partes en conflicto tendrán por un lado derecho a visitar y controlar a las embarcaciones protegidas mencionadas anteriormente. Y por otro lado podrán imponer a estas embarcaciones: que se alejen del conflicto armado, que posean un rumbo determinado, y que estén retenidas en caso de que las circunstancias lo ameritaran. También Las Partes en el conflicto podrán rechazar la cooperación de dichas embarcaciones. Estas últimas tienen la posibilidad de poder designar a un comisario que garantice que se han respetado las órdenes dadas a las embarcaciones protegidas, de igual manera podrán nombrar a bordo de sus barcos hospitales, a observadores neutrales que fiscalicen el cumplimiento de las disposiciones del Convenio.

Los barcos mercantes que comiencen a realizar funciones de barcos hospitales solo podrán realizar estos servicios mientras dure el conflicto armado. La protección que garantiza este Convenio cesará para los barcos hospitales y en

enfermerías de barcos, en el caso de que éstos realicen actividades que tratan de perjudicar al enemigo. Los actos en los cuales al barco no se le debe quitar la protección de este Convenio son:

- El hecho de que el personal del barco hospital o enfermería posea armas para el orden o defensa de los heridos, enfermos y náufragos.
- El hecho de que a bordo del barco existan objetos destinados solo a las transmisiones y a la navegación.
- El hecho de que en los barcos hospitales o enfermería hayan municiones de armas o armas de los heridos, enfermos y náufragos y que éstas no hayan sido entregadas al servicio respectivo.
- El hecho de que la asistencia que se haga en los barcos hospitales y enfermería se realice también a civiles heridos, enfermos o náufragos.
- El hecho de que los barcos hospitales transporten a personas que se encarguen de realizar funciones habitualmente necesarias y que se encarguen de realizar servicios sanitarios.

3.3. Capítulos IV y V del Convenio: “Normas específicas de protección al personal religioso y sanitario, a sus establecimientos y medios de transportes”.

Tanto el personal sanitario y religioso no pueden ser atacados por ninguna de las Partes en conflicto debido a que éstas cumplen una labor humanitaria de

asistir y recoger heridos, enfermos, náufragos y también de ocuparse de los muertos del campo de batalla. Un análisis exhaustivo de las disposiciones de este Convenio escapa del objeto de este trabajo, que es analizar la protección efectiva que asegura el DIH a las personas amparadas por este Derecho, por lo cual no se ahondará más al respecto.

3.4. Capítulo VI del Convenio: “Uso del signo distintivo”.

Principalmente se refiere, al igual que el Convenio I, al uso del emblema de la cruz roja o el de la luna roja o el león y sol rojos por parte del personal sanitario que se preocupa de la asistencia de los enfermos, heridos y náufragos. El uso de estos emblemas debe estar bajo el control de la autoridad militar competente de una de las Potencias en conflicto. También se indica en este capítulo que, además del uso de los emblemas mencionados, el personal sanitario también deberá llevar una tarjeta de identificación que señale que es parte del personal sanitario o religioso y que por esta razón merece la protección del presente Convenio. Este Convenio incorpora una innovación con respecto al Convenio I y es que se señala cómo se deben distinguir los barcos hospitales para no recibir ataques, ya sea, aéreo, terrestre o marítimo. Se señala que los barcos hospitales y las embarcaciones anexas a deberán:

- 1- Ser pintados de color blanco toda su superficie.

2- Deberán pintar cruces rojas oscuro, tan grande como sea posible, a cada lado del casco del barco, y también en las partes horizontales del barco, de modo que tengan visibilidad desde el aire y desde el mar.

Se indica, además, que todos estos barcos hospitales deberán izar la bandera de su país de procedencia si es una de las Potencias en conflicto, o izar la bandera de una de las partes en conflicto cuya dirección haya aceptado en caso de que sea una Potencia neutral. Y en ambos casos deberán izar la bandera de la cruz roja o el de la media luna roja o el león y soles rojos lo más alto posible. Los barcos hospitales o embarcaciones anexas con autorización de la Potencia en cuyo poder estén deberán tomar todas las medidas necesarias para que la pintura y el emblema se vean de noche. Los barcos hospitales que sean provisionalmente retenidos por el enemigo deberán izar la bandera de la Parte en el conflicto a cuya dirección estén. Podrá seguir funcionando la embarcación sanitaria usando sus emblemas y bandera nacional en el caso de que la base costera de la cual dependa caiga en poder de la Potencia ocupante. Esta decisión deberá ser notificada a todas las Partes en conflicto interesadas. Las Partes en conflicto deberán realizar todo tipo de acuerdos para utilizar los métodos más modernos para que los barcos hospitales y las embarcaciones anexas tengan facilidad para identificarse.

Los signos distintivos serán utilizados en tiempos de guerra o de paz, pero sólo para designar o para proteger a los barcos hospitales y a las embarcaciones

anexas mencionados. Luego se señala que las Partes contratantes del Convenio adecuarán toda su legislación con el propósito de que no se cometan abusos con el uso de los emblemas.

3.5. Capítulo VII del Convenio: “aplicación del Convenio”.

Las Partes contratantes del Convenio y en especial sus Comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas harán una aplicación detallada del Convenio y en lo no previsto se aplicarán los principios generales del DIH, esto es una aplicación de la llamada Cláusula Martens.

Se menciona que se prohíben todo tipo de represalias en contra de los heridos, enfermos, náufragos, el personal, los barcos y todos los bienes protegidos por el presente Convenio. Sostiene la obligación de difusión que tienen las Partes contratantes del Convenio, esta difusión debe ser tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra.

En los estudios de instrucción militar se integrará el estudio de los presentes Convenios. De igual manera se tratará en lo posible que la población civil conozcan los principios del presente Convenio.

Finalmente en tiempos de paz las Partes contratantes del Convenio se comunicarán por mediación del Consejo Federal Suizo y en tiempos de guerra

se comunicaran por mediación de las Potencias Protectoras, que tratarán de dirimir la disputa entre las Partes en conflicto.

3.6. Capítulo VIII del Convenio: “Represión de los abusos y de las infracciones”.

Los Estados contratantes del Convenio deberán adecuar todas las medidas legislativas penales necesarias para sancionar a todas las personas que hayan cometido infracciones a este Convenio o hayan ordenado cometer infracciones a este Convenio. Es decir, se busca la responsabilidad individual de los sujetos, tanto del autor directo de la infracción como del autor mediato. Los Estados contratantes deberán perseguir a los individuos, sean nacionales o extranjeros, que cometieron estas infracciones y juzgarlos en alguno de los tribunales propios. También, según la propia legislación los Estados, podrán entregar a los individuos a otro Estado contratante interesado para que éste lo juzgue en sus propios tribunales, pero la condición es que este Estado formule cargos suficientes contra el individuo. Los individuos que hayan cometido las infracciones tendrán derecho a la libre defensa y garantías de procedimiento que no podrán ser inferiores a las señaladas en el Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

En cuanto a los actos que son infracciones graves, ya sea contra las personas o los bienes protegidos por el Convenio, por la naturaleza del DIH no hay que

entender esta enumeración de una manera taxativa, sino sólo como a modo de ejemplo. Las conductas constitutivas de infracción señaladas son:

- 1- el homicidio intencional.
- 2- la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos.
- 3- el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud de las personas.
- 4- destrucción y apropiación de bienes a gran escala de una manera arbitraria, sin que se justifique una necesidad militar.

Se menciona que ningún Estado contratante exonerará a otro Estado contratante de las responsabilidades por las infracciones graves al Convenio en que haya incurrido éste, o en las responsabilidades en que haya incurrido otro Estado contratante. Luego de una solicitud de uno de los Estados contratantes en conflicto, se podrá iniciar un procedimiento de Encuesta con respecto a una alegada violación del Convenio. Las modalidades del procedimiento se determinarán por los Estados interesados. En caso en que Las Partes interesadas no lleguen a determinar el procedimiento de Encuesta, las Partes deberán elegir a un árbitro que decidirá la modalidad del procedimiento de Encuesta. Luego de que se haya comprobado la violación al Convenio, los Estados en conflicto le pondrán término a la violación lo más rápido posible.

4. Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Antiguamente, en los conflictos armados entre Estados, a las personas que caían en manos del bando enemigo, no se les reconocía ningún derecho y eran tomados como prisioneros de guerra. Incluso muchas veces se les asesinaba inmediatamente o eran obligados a ser esclavos. Actualmente se entiende que la necesidad de tener prisioneros de guerra es sólo una medida de precaución para dejar al combatiente fuera de circulación y privarlo de que siga actuando en el conflicto armado. Todo esto con el objetivo de que la Parte en conflicto, que retiene a los prisioneros de guerra, logre vencer en el conflicto armado y así poder poner término a la guerra. Así *“en la actualidad- ha dicho Erik Castrén- está universalmente admitido que la captura de prisioneros de guerra no es un acto de venganza o de castigo, sino simplemente una medida de precaución que trata de impedirles que continúen participando en la guerra”*²².

El artículo 4 indica que son prisioneros de guerra los que caigan en poder del enemigo, y sean parte de alguna de las siguientes categorías:

- 1) Los miembros de las Fuerzas Armadas de una de las Partes en conflicto, los integrantes de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que sean parte de las Fuerzas Armadas.

²² Díez de Velasco, Manuel. P. 1100.

- 2) Las milicias, los cuerpos de voluntarios, los movimientos de resistencia organizada, que pertenezcan a una de las Partes en conflicto y que actúen dentro o fuera de su territorio. Pero los individuos de estos grupos para ser protegidos por este Convenio deberán reunir una serie de características:
- a. deben estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
 - b. deben tener un signo fijo y reconocible a distancia;
 - c. llevar un arma a la vista;
 - d. deben dirigir sus operaciones conforme a la costumbre y leyes de la guerra.
- 3) Los miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado, que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocida por La Parte retenedora, es decir no reconocida por el Estado que retenga a los individuos bajo su poder durante un conflicto armado.
- 4) Las personas que sigan a las Fuerzas Armadas bajo su autorización y sin formar parte de ella, tales como: los corresponsales de guerra, los miembros civiles de las tripulaciones de aviones militares, personas que se encarguen del bienestar de los militares, etc...
- 5) Los miembros de las tripulaciones de barcos de la marina mercante y aviones de la aviación civil de las Partes en conflicto, que no se

favorezcan de otras disposiciones más favorables del Derecho Internacional Público.

- 6) Las personas de un territorio no ocupado, que al acercarse el enemigo se hayan defendido con las armas del invasor, y que no hayan tenido tiempo de incorporarse a las Fuerzas Armadas regulares del Estado. Estas personas para ser tratadas como prisioneros de guerra deberán tener siempre sus armas a la vista y deberán respetar las costumbres y leyes de la guerra.

También se menciona algunos casos excepcionales en los cuales las personas ahí mencionadas también se beneficiarán con el estatuto de prisioneros de guerra.

Las personas mencionadas anteriormente se les aplicarán este Convenio desde el momento en que caigan en poder de la Parte enemiga y hasta su liberación y su repatriación definitiva. El caso de que una persona cometa un acto de beligerancia y no se sabe si pertenece a alguna de las categorías anteriores, a esta persona se le aplicará este Convenio mientras un tribunal competente determina si se ampara o no con el estatuto de prisionero de guerra.

Las Partes contratantes de este Convenio pueden entre ellos celebrar acuerdos particulares, pero en ningún caso estos acuerdos pueden restringir los derechos de los prisioneros emanados del Convenio. Los acuerdos especiales celebrados

entre las Partes contratantes pueden beneficiar aún más el estatuto de los prisioneros de guerra pero en ningún caso los pueden perjudicar.

Se indica que los prisioneros de guerra no pueden renunciar parcial o totalmente de los derechos emanados en este Convenio o de los derechos emanados de acuerdos especiales celebrados entre las Partes contratantes.

Las Potencias protectoras, que son las encargadas de salvaguardar a las Partes en conflicto, colaborarán para que las Partes en conflicto apliquen este Convenio. Para esta tarea las Potencias Protectoras designarán a delegados para que vayan al Estado que esté en conflicto y controlen que se estén aplicando las disposiciones del Convenio. Las Potencias protectoras también están encargadas de dirimir cualquier disputa entre las Partes en conflicto, como lo es acerca de la aplicación o la interpretación de las disposiciones del Convenio.

4.1. Título II: “protección general de los prisioneros de guerra”.

Los prisioneros de guerra están en poder de la Potencia enemiga y no de las personas que los tengan retenidos. Por lo tanto lo que pase con los prisioneros es de responsabilidad del Estado que los retenga, sin perjuicio de las responsabilidades individuales que se les asignen a las personas que retengan a los dichos prisioneros. Este artículo señala, además, que el Estado retenedor

de los prisioneros de guerra sólo puede transferirlos a otro Estado que quiera aplicar este Convenio. El nuevo Estado que retenga a los prisioneros de guerra se hará responsable del trato que reciba. Pero en caso de que este nuevo Estado incumpla en un punto importante el Convenio, el Estado que transfirió a los prisioneros de guerra deberá tomar las medidas adecuadas para que se resuelva esta situación, incluso solicitando que le sean devueltos los prisioneros de guerra. Estos últimos deben ser tratados humanamente en cualquier circunstancia. Se señala que se considerará una infracción grave a este Convenio cualquier acto ilícito u omisión ilícita por parte de la Parte retenedora que signifique dar muerte o dañar la salud de los prisioneros. Por ende no se podrá mutilar o someter a experimentos a los prisioneros, salvo que estos se justifiquen por el tratamiento médico al prisionero y sea por su bien. Se indica que se prohíbe proferir insultos a los prisioneros y cometer actos de intimidación contra ellos. También se señala que se prohíben todo tipo de represalias contra los prisioneros de guerra. Dispone que los prisioneros de guerra deban en todo momento ser tratadas con respeto a su persona y respetar su derecho al honor. Las mujeres prisioneras deben ser tratadas con consideraciones especiales con respecto a su sexo. Se indica también que los prisioneros seguirán teniendo su plena capacidad civil pero serán restringidas de acuerdo a la situación de estar en cautiverio. La Parte detenedora deberá gratuitamente darle manutención y prestarles asistencia médica a los prisioneros de guerra que la necesiten. Por lo tanto los prisioneros de guerra deberán tener igual trato y no se atenderán a

consideraciones de raza, nacionalidad, opiniones políticas etc... Sólo se aceptarán distinciones de trato basadas en consideraciones de sexo y de la situación de salud en que se encuentren los prisioneros.

4.2. Título III: “cautiverio de los prisioneros de guerra”.

Los prisioneros solo tienen la obligación de declarar en un interrogatorio con respecto a sus nombres y apellidos, su graduación, la fecha de su nacimiento etc... Si no responde a estas preguntas su sanción será que se le restringirán los beneficios que tendría un prisionero de su graduación. La parte retenedora tendrá la obligación de dar a cada prisionero de guerra una tarjeta de identificación. Se prohíbe ejercer violencia física o psíquica en contra de los prisioneros para obligarlos a responder las preguntas. El interrogatorio se deberá realizar en un idioma que comprendan los prisioneros de guerra.

Se señala que todos los objetos de uso personal quedarán en poder del prisionero excepto los caballos, el equipo militar y los documentos militares. Se indica que nunca le deberá faltar al prisionero de guerra el respectivo documento de identidad. Se señala que la Potencia retenedora no podrá retirarle las cantidades de dinero o de valor personal al prisionero salvo si es por orden de un oficial y es por razones de seguridad. Estos dineros y objetos de valor les serán entregados a los prisioneros de guerra cuando se ponga fin al cautiverio. Una vez que estos últimos son capturados deben ser evacuados lo

antes posible hacia campamentos ubicados lejos del campo de batalla. Solo se retendrán a los prisioneros de guerra en una zona de peligro por un plazo mayor, si realizando la evacuación esto pudiera resultar perjudicial para este prisionero que se encuentre herido o enfermo. La evacuación realizada a los prisioneros de guerra debe ser con humanidad y deberán en lo posible asemejarse a los desplazamientos de las tropas de la Potencia detenedora.

4.2.1. Sección II del Convenio: “internamiento de los prisioneros de guerra”

A continuación se relatara, a modo de resumen, las principales normas que se deben analizar para los fines de este trabajo.

Los prisioneros de guerra deben ser internados en establecimientos situados en tierra firme con garantías de salubridad e higiene. Estos no pueden ser internados en penitenciarias salvo interés de los mismos prisioneros. Si los prisioneros están internados en lugares de clima hostil, deben lo antes posible ser trasladados a lugares donde el clima sea más beneficioso. En lo posible, se debe intentar agrupar a los prisioneros que sean de la misma nacionalidad, mismo idioma y costumbres.

Los prisioneros de guerra no pueden ser retenidos en lugares donde esté la zona de combate ni tampoco se puede utilizar su presencia para evitar que el

enemigo realice ciertas operaciones militares. Los prisioneros de guerra dispondrán de refugios para protegerse en caso de bombardeos. Y en lo posible se asignarán las letras PG o PW para que sean vistas desde el aire, para evitar que los campos de prisioneros de guerra sean bombardeados. Estos campos de tránsito en que estén por un breve tiempo los prisioneros de guerra, deben ser adaptados de una manera similar a los campos de prisioneros de guerra.

4.2.1.a) Capítulo II del Convenio: “Alojamiento, alimentación y vestimenta de los prisioneros”.

Contiene a modo de resumen las principales ideas:

Las condiciones de alojamiento de los prisioneros de guerra serán similares a las del alojamiento de las tropas de la Potencia detenedora, acantonada en la misma región. En caso de campamentos de prisioneros donde haya prisioneros de guerra y prisioneros normales, se les deberá mantener en dormitorios separados. Con respecto al alimento se señala que la ración de alimento que se les dé a los prisioneros de guerra debe ser lo suficiente en calidad, cantidad, y variedad, para mantener a los prisioneros en buen estado de salud e impedir deficiencias nutritivas. Se tendrá en cuenta el régimen alimenticio que tenían los prisioneros antes de caer en manos de La Potencia detenedora. Se les suministrará agua potable y se les permitirá consumir tabaco. Se indica que se prohíbe alguna medida disciplinaria de carácter colectiva para los prisioneros de

guerra. Luego se señala que la vestimenta será proporcionada por la Potencia detenedora, que tendrá en cuenta el clima de la región donde se encuentren los prisioneros de guerra. Por último se indica que dentro de los campamentos pueden existir cantinas donde los prisioneros de guerra pueden conseguir artículos alimenticios, de higiene, tabaco etc...y cuyo precio de venta no puede ser superior al del comercio local.

4.2.1.b) Capítulo III del Convenio: “higiene y asistencia médica”.

En general este capítulo estipula que la Potencia detenedora debe prestar debidas condiciones de higiene y asistencia médica. Se señala que existirán locales de aislamiento para los prisioneros que padezcan enfermedades contagiosas o mentales. La Parte detenedora previa solicitud del prisionero asistido, deberá entregar una declaración oficial en la que se explique la gravedad de las heridas o enfermedad, la duración del tratamiento, y la asistencia prestada. La Potencia detenedora asumirá los costos de asistencia de los prisioneros, dentro de los cuales se incluirán las prótesis en general, y anteojos, además de los aparatos necesarios para el buen estado de salud de estos mismos. Los prisioneros de guerra que sin ser parte del servicio de sanidad de sus fuerzas armadas, sean médicos, dentistas, enfermeros, podrán ser utilizados por la Potencia detenedora para prestar asistencia a los prisioneros de guerra que pertenezcan a la misma Potencia que ellos. Estos al

prestar asistencia médica deberán ser tratados de igual modo que los miembros del personal médico retenido por la Potencia detenedora.

4.2.1.c) Capítulo IV de la sección II: “personal médico religioso que es retenido para asistir a los prisioneros de guerra”.

A modo de resumen se señala que el personal médico y religioso retenido por la Potencia detenedora no se considerarán prisioneros de guerra, aunque tendrán la protección de este Convenio. La Potencia detenedora les facilitará medios de transporte para que este personal pueda cumplir su función adecuadamente. El personal religioso y sanitario no puede ser obligado a realizar otras funciones que no sean religiosas o sanitarias.

4.2.1.d) Capítulo V de la sección II: “La religión y las actividades físicas e intelectuales”.

Las principales disposiciones de este capítulo se refieren a que los prisioneros de guerra tendrán libertad para ejercer su culto. La Potencia detenedora estimulará las actividades intelectuales, educativas, recreativas y deportivas de los prisioneros de guerra.

4.2.1.e) Capítulo VI de la sección II: “disciplina”.

Cada campamento de prisioneros de guerra estará bajo la autoridad directa de un oficial perteneciente a las Fuerzas Armadas regulares de la Potencia detenedora. Este oficial será el encargado de aplicar las normas del presente Convenio, y él representará al gobierno de la Potencia detenedora. Este oficial se encargará de divulgar las disposiciones del Convenio al personal que este a sus órdenes. En cada campamento existirá un texto del presente convenio en el idioma de los prisioneros de guerra y este podrá ser consultado por los prisioneros. Los reglamentos y órdenes, relativo a la conducta de los prisioneros les serán comunicados a los prisioneros en el idioma que corresponda.

4.2.1.f) Capítulo VII de la sección II: “Graduaciones de los prisioneros de guerra”.

En este capítulo se menciona que las Partes en conflicto al comenzar la guerra se comunicarán entre ellas los títulos y graduaciones de las personas mencionadas anteriormente que reciben protección bajo este Convenio. Las Partes en conflicto se comunicarán las graduaciones y los títulos con el fin de garantizar un trato equitativo entre los prisioneros de la misma graduación. Si un prisionero, posteriormente, mientras está en cautiverio, tiene un ascenso de graduación, la Parte a la que pertenece deberá notificar de este ascenso a la

Parte detenedora para que ésta lo pueda reconocer. Los prisioneros de guerra tendrán las debidas consideraciones en relación a su graduación y a su edad.

4.2.1.g) Capítulo VIII de la sección II: “traslado de los prisioneros de guerra tras su llegada al campamento”.

En este capítulo se indica que las Potencias detenedoras al momento de trasladar a los prisioneros de guerra deben hacerlo sin tratar de perjudicar a los prisioneros. El traslado debe ser conforme a la humanidad y no puede ser menos favorable que el traslado que hace la Potencia detenedora de sus tropas. El traslado de prisioneros no debe ser perjudicial para su salud. La Potencia detenedora garantizará todos los medios de seguridad posible para los prisioneros. En caso de que existan prisioneros enfermos o heridos, éstos no serán trasladados si este traslado resulta perjudicial para su salud, salvo que el quedarse en determinado lugar resultare más peligroso que el traslado mismo. Los traslados serán notificados con antelación a los prisioneros de guerra para que éstos puedan decirles a sus respectivos familiares. Los gastos relativos al traslado correrán por la Parte detenedora.

4.2.2. Sección III: “trabajo que realicen los prisioneros de guerra”.

La potencia detenedora podrá emplear solo a los prisioneros de guerra aptos físicamente, tomando en consideración la edad, sexo y graduación, como también sus aptitudes físicas relacionadas con el trabajo designado, dándole una gran importancia al buen estado de salud física y moral. Sólo deben realizar trabajos de vigilancia los suboficiales prisioneros de guerra, en caso de que algunos de estos no estén obligados, podrán solicitar otro trabajo que les convenga. Los prisioneros de guerra no podrán ser obligados a realizar trabajos relacionado con las siguientes áreas: agricultura, industrias productoras, extractoras o manufactureras, transporte y mantención sin fines militares, actividades comerciales o artísticas, servicios domésticos y servicios públicos cuya finalidad no sea militar. Estos prisioneros recibirán una formación y contarán con adecuados medios de protección para el trabajo que realice. Ningún prisionero de guerra será obligado a realizar trabajos peligrosos o humillantes según la consideración de algún miembro de las Fuerzas Armadas de la Potencia Detenedora. En relación con las horas de trabajo, los prisioneros de guerra tendrán dentro de la jornada, la cual no debe ser en ningún caso superior a la admitida para obreros civiles de la región, una hora de descanso, de igual forma se les concederá un descanso de 1 un día completo por cada semana trabajada, idealmente el día domingo.

4.2.3. Sección IV: “Recursos pecuniarios de los prisioneros de guerra”.

La potencia detenedora es quien determina la cantidad máxima de dinero contante o en forma análoga que pueda poner en poder a los prisioneros de guerra. En cuanto la indemnización de trabajo, los prisioneros recibirán directamente de las autoridades detenedoras una indemnización equitativa a su trabajo

4.2.4. Sección V: “las relaciones de los prisioneros de guerra con el exterior”.

En esta sección se señala que los prisioneros de guerra estarán autorizados a enviar y recibir cartas y tarjetas postales, con las únicas restricciones que podrán imponerse a través de la Potencia Detenedora, por sobrecarga excepcional para los medios de transporte y de comunicación. Quienes controlan la distribución a sus correspondientes destinatarios son representantes de la Potencia Protectora del Comité Internacional de la Cruz Roja o cualquier organismo que socorra a los prisioneros. Junto con esto la potencia detenedora facilitaran a los prisioneros de guerra la redacción de documentos en particular poderes o testamentos.

4.2.5. Sección VI: “Las relaciones de los prisioneros de guerras con las autoridades”.

En esta sección se desglosan los siguientes capítulos:

4.2.5.a). Capítulo I: “Quejas de los prisioneros de guerra a causa del régimen de cautiverio”.

Indica que los prisioneros de guerra tendrán derecho, a través de un hombre de confianza, de presentar las quejas que consideren sobre el cautiverio que llevan, a las autoridades militares.

4.2.5.b). Capítulo II: “los representantes de los prisioneros de guerra”.

Los prisioneros de guerra tendrán plena libertad para elegir a su representante siendo éste un hombre de confianza, el cual debe ser de la misma nacionalidad, igual idioma y de las mismas costumbres que los primeros.

4.2.5.c).Capítulo III: “Las sanciones penales y disciplinarias”.

Los prisioneros de guerra están bajo las leyes, reglamentos y órdenes vigentes de las Fuerzas Armadas de la Potencia Detenedora. En caso de cometer una infracción por parte de los prisioneros, serán los tribunales militares quienes

podrán juzgar a un prisionero de guerra y elegir entre un procedimiento disciplinario o judicial para su sanción, estas últimas no pueden ser más severas que las aplicadas a los miembros de las Fuerzas Armadas de la potencia detenedora, con un máximo de 30 días.

En el caso de que un prisionero de guerra cometa una diligencia judicial, se le informara acerca de las infracciones punibles con la pena de muerte, la cual sólo es aceptada en virtud de la potencia de la que dependen los prisioneros y la atención del tribunal. Si ésta es dictada, no se ejecutará la sentencia antes de haber expirado un plazo de por lo menos seis meses a partir del momento en que la notificación haya llegado a la Potencia Protectora. En cualquier otro tipo de diligencia judiciales el prisionero tendrá derecho a que lo asista uno de sus camaradas prisioneros, obtener la defensa de un abogado calificado, comparecer testigos y recurrir a un intérprete competente.

4.3. Título IV: “fin al cautiverio”.

4.3.1. Sección I: “repatriación directa y hospitalización en país neutral”.

Se realizará la repatriación en caso de que un prisionero de guerra se encuentre gravemente enfermo o herido, y en caso de necesitar hospitalización esta se realizará por Potencias Neutrales Colaboradoras, además, podrán

concretar acuerdos con miras a la repatriación directa o internamiento en país neutral.

4.3.2. Sección II: “La liberación y repatriación de los prisioneros de guerra después de finalizadas las hostilidades”.

Una vez que haya finalizado las hostilidades activas, los prisioneros de guerra serán liberados. Cada una de las partes detenedoras, por si mismas realizarán, sin tardanza, un plan de repartición. En caso que un prisionero no haya cumplido alguna sentencia que se le impuso, quedara retenido hasta que finalice el proceso correspondiente para el cumplimiento de su sentencia.

4.3.3. Sección III: “fallecimientos de prisioneros de guerra”.

El testamento estipulado por el prisionero de guerra antes de su fallecimiento, será transmitido sin demora a la potencia protectora, por medio de una copia certificada como fidedigna. En cuanto al entierro, se registrará todos los datos relativos a éste y se transmitirán a la Potencia de cual dependían los prisioneros con el fin de que puedan encontrarse las tumbas.

4.4. Título V: “oficina de información y sociedades de socorro por lo que atañe a los prisioneros de guerra”.

Una vez comenzado el conflicto, cada una de las partes en conflicto enviará a una oficina oficial de información todos los datos referentes a los prisioneros de guerra que se encuentren en su poder, los cuales serán, el nombre, apellidos, graduación, número de matrícula, lugar y fecha completa de nacimiento, la indicación de la potencia de la que dependa, el nombre del padre y apellido de soltera de la madre, nombre y dirección a la que pueda dirigirse la correspondencia del prisionero. Todo esto con el fin de avisar rápidamente a las familias interesadas sobre su familiar detenido.

4.5. Título VI: “aplicaciones del convenio”.

En cuanto a su difusión esta debe ser lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como de guerra y debe ser incorporado en los programas de instrucción militar, de modo que sea conocido por todas las Fuerzas Armadas.

Si algún prisionero de guerra comete una falta o infracción grave contra el presente convenio, este será sancionado adecuadamente según las oportunas medidas legislativas. Los inculcados se beneficiarán de garantías de procedimiento y de libre defensa.

Se habla de infracciones graves cometidas contra personas o bienes protegidos por este Convenio a siguientes actos: homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, experimentos biológicos, atentar gravemente contra la integridad física o la salud, forzar a un prisionero de guerra a servir en las Fuerzas Armadas enemigas.

Finalmente existe un cuarto Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Sobre este Convenio no se hará referencia en el presente trabajo, ya que el objetivo de éste es analizar la efectiva protección que tiene el individuo beligerante o combatiente durante un conflicto armado.

5. Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949.

Debido a la progresiva tecnología que fueron empleando los distintos Estados para sus guerras, y a los movimientos de liberación nacional que fueron surgiendo en distintos países que luchaban contra el colonialismo, es que se hizo necesaria la creación de dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra. Estos Protocolos fueron creados en el año 1977. El primer protocolo está destinado a ser aplicado a los conflictos de carácter internacional. Gracias a este Protocolo los movimientos de liberación nacional pasaron a tener el

estatus semejante al de los Estados, con lo cual, a estos se les aplicaría la protección contenida en los Convenios de Ginebra. Alrededor de la segunda mitad del siglo XX existieron muchos movimientos de liberación nacional dentro de los Estados de África y Asia que lucharon contra el colonialismo, la ocupación extranjera y contra regímenes racistas. Debido a este contexto internacional se hizo imprescindible la creación de este Protocolo, para así, asegurar a las personas integrantes de estos movimientos de liberación su protección por parte de los Convenios de Ginebra.

Este primer Protocolo también se encarga de definir qué se entiende por combatiente, haciéndolo aplicable a las personas que lleven armas abiertamente, durante el combate mismo o previamente al combate cuando se realiza el despliegue militar. Se expresa, en este Protocolo I, que se excluye como combatiente a los mercenarios y a los espías. La importancia que radica el llevar la calificación de combatiente o no, es que a las personas combatientes al momento de caer presas en manos enemigas quedarán bajo la protección de los Convenios de Ginebra.

Se hace referencia en este Protocolo, además, a las armas que deben emplear las Partes en conflicto, indicando que no se pueden emplear armas ni métodos que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. Cabe señalar que en este Protocolo se menciona la regla general sobre el empleo de armas por parte de las Partes en conflicto, pero que posteriormente se fueron creando

instrumentos internacionales específicos sobre determinadas armas, como: la Convención de París de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento y empleo de armas químicas y su destrucción; el Protocolo de 1995 a una Convención de 1980 prohibiendo el uso de armas láser que producen ceguera; y la Convención de Ottawa de 1997 sobre la prohibición de empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y su destrucción.

Por su parte, el Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, se aplica supletoriamente a los casos que no entran dentro de la categoría de conflicto armados internacionales. Este Protocolo no tiene tanto uso como el primero, debido a que a los movimientos de liberación nacional a los cuales se les podría haber aplicado este Convenio, ficticiamente se les trata como Estados, por lo tanto se les aplican el Protocolo I relativo a los conflictos armados internacionales. Este Protocolo II descarta como conflicto armado no internacional a las situaciones de tensiones internas y disturbios tales como los motines y los actos aislados y esporádicos de violencia.

5.1. Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

El título I se refiere a las disposiciones generales. El artículo 1 señala que las Partes contratantes se comprometen a respetar este Protocolo durante toda circunstancia. En los casos que no estén previstos en este Protocolo o en otro instrumento internacional, los combatientes y las personas civiles deberán quedar sujetos a la protección de los principios del derecho de gentes derivados de la conciencia pública, los principios de humanidad y de los usos establecidos. Se hace referencia a que este Protocolo se aplicará a los casos que señale el artículo 2 común a los 4 Convenios de Ginebra. Cabe recordar que este artículo 2 común señala los casos de conflicto armado de carácter internacional. Luego este artículo 1 expresa que quedarán dentro de la categoría de conflicto armado internacional, los conflictos armados en que las personas luchan contra la ocupación extranjera, dominación colonial y contra los regímenes racistas. Estos conflictos deben entenderse dentro del ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos emanado de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de cooperación y amistad entre los Estados acorde con la Carta de las Naciones Unidas. A su vez el artículo 2 explica algunas definiciones que hay que tener en cuenta para los efectos de este Protocolo, que viene a complementar lo señalado en los Convenios de Ginebra. Se indica

que las normas de derecho internacional aplicable a los conflictos armados son las contenidas en los acuerdos internacionales que son parte las Partes en conflicto, también lo son las normas y principios reconocidos por el derecho internacional y que son aplicables a los conflictos armados. Se señala además, que las Potencias Protectoras son los Estados neutrales o los Estados que no son parte del conflicto armado. Las Potencias Protectoras deberán ser designadas por una de las Partes en el conflicto y ratificadas por la otra parte en el conflicto. Las tareas que deberán cumplir estas Potencias serán indicadas en los Convenios de Ginebra y en este Protocolo. Se señala también que se entiende por Sustituto ya sea a un Estado o a una organización que reemplace en sus funciones a la Potencia Protectora. El artículo 3 prescribe que los Convenios y este Protocolo se aplicarán desde el comienzo de cualquiera de las situaciones del artículo 1. Se expresa que la aplicación de los Convenios y de este Protocolo cesará al término de los combates militares que se efectúen en el territorio de una de las Partes en conflicto, y en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación. Pero se señala una excepción a ambos casos y es que las disposiciones del presente Protocolo y los Convenios se seguirán aplicando para las personas que no estén liberadas definitivamente o repatriadas. Al momento de que estas personas queden liberadas definitivamente o repatriadas cesará la aplicación del Protocolo y de los Convenios. El artículo 4 dice que la aplicación de los Convenios y del Protocolo no afectará el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. También se indica que

la ocupación de un territorio y la aplicación de los Convenios y del Protocolo no afectarán el estatuto jurídico del territorio ocupado. El artículo 5 prescribe sobre la designación de las Potencias protectoras y su sustituto. A modo de resumen se puede señalar que desde el inicio de un conflicto armado es deber de las Partes en conflicto designar a una Potencia Protectora que se encargue de hacer ejecutar y supervisar la aplicación de los Convenios y el Protocolo. La Potencia protectora debe aceptar el encargo hecho por una de las Potencias en conflicto. También desde el inicio del conflicto de carácter internacional la Potencia en conflicto deberá autorizar en el, menor tiempo posible, la actividad de una Potencia Protectora designada por la Parte enemiga en el conflicto. En caso de que las Partes en conflicto no hayan designado ni aceptado a una Potencia Protectora desde el inicio del conflicto internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja intervendrá, esto sin perjuicio de que otra organización humanitaria pudiera intervenir. El Comité de la Cruz Roja recogerá una lista de las potenciales Potencias Protectoras que presenten las Partes en conflicto, luego si hay una Potencia que se presente en ambas listas el Comité solicitará a este Estado que acepte el cargo. En caso de que no se llegue a obtener alguna Potencia Protectora, el Comité de la Cruz Roja o alguna organización humanitaria similar aceptará este cargo como sustituto. La designación y aplicación de una Potencia Protectora no cambiará el estatuto jurídico de ninguna Parte en conflicto ni de ningún territorio ocupado. No existirá impedimento para nombrar a una Potencia Protectora para que aplique los

Convenios y el Protocolo, en el caso de que las Potencias en conflicto sigan teniendo relaciones diplomáticas o en el caso de que una de las Potencias en conflicto confíe en otro Estado su protección conforme a las normas de derecho internacional de las relaciones diplomáticas.

El artículo 6 indica que las Partes contratantes en tiempos de paz se preocuparán de formar personal calificado que facilite la aplicación de los Convenios y del Protocolo. Las Partes Contratantes enviarán una nómina de las personas que hayan preparado para tal fin al Comité Internacional de la Cruz Roja. En el caso que el personal preparado realice funciones fuera de su territorio nacional, las Partes interesadas deberán contraer acuerdos que indiquen las condiciones en que este personal desempeñará sus funciones.

5.1.1. Título II: “Disposiciones que el protocolo aplicará a los heridos, enfermos y náufragos es decir a los sujetos protegidos en los Convenios I y II de Ginebra”.

5.1.1.a). Sección I: “Protección general”.

Se debe entender por heridos y enfermos: *“las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o*

*cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad*²³. Es decir toda persona que se encuentre en un estado que no pueda realizar ningún acto de hostilidad y no presente ninguna amenaza para la Parte enemiga. Este artículo hace una ficción e incluye como heridos o enfermos a personas que sin estarlo sean: recién nacidas, mujeres embarazadas, inválidas, a las mujeres que acaban de tener un parto. Esta mención es sólo ejemplar y no taxativa, ya que se dice que se considerará enferma o herida a cualquier persona que necesite cuidados o asistencia médica súbita. Por otro lado, se entiende por *náufrago: “las personas, sean militares o civiles, que se encuentren en situación de peligro en el mar o en otras aguas a consecuencia de un infortunio que las afecte o que afecte la nave o aeronave que las transportaba, y que se abstenga de todo acto de hostilidad*²⁴. Estas personas luego de ser salvadas, seguirán considerándose *náufragos* siempre que no realicen algún acto de hostilidad. Esto a no ser que por aplicación de los Convenios o el Protocolo cambien de calificación. Hacen también referencia estas disposiciones a las unidades sanitarias como los establecimientos y otras formaciones militares o civiles con el fin de prevenir las enfermedades o realizar diagnósticos o tratamientos a los heridos, las cuales pueden ser permanentes o temporales, al decir permanente se hace referencia al personal sanitario, las unidades sanitarias y los medios de

²³Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. 2016 [en línea] <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm> [consulta: 24 de abril de 2016]

²⁴ Ibid.

transportes sanitarios son utilizados por un periodo determinado, y temporales cuando se utiliza dicho personal, unidades y medios sólo por periodos limitados y durante la totalidad de dichos periodos. Cabe mencionar el personal sanitario, sea militar o civil, perteneciente a estas unidades sanitarias, debe estar adscrita a unas de las Partes en conflictos, al personal sanitario de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja, o a otras sociedades nacionales voluntarias que hayan sido autorizadas por las Partes en conflictos.

En cuanto al ámbito de la aplicación, este título se aplicara a todos los afectados, sin ninguna distinción ni discriminación relativa a la raza, sexo, color, idioma, religión o creencia, opiniones políticas etc... De igual manera serán protegidos y respetados siendo tratados humanamente y recibiendo en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado, haciendo distinciones entre los heridos, enfermos y náufragos solo basadas en criterios médicos. Se menciona sobre la prohibición de las Partes en conflicto de realizar cualquier acción u omisión que ponga en peligro la salud o la integridad física o mental de los combatientes que de la Parte enemiga que estén bajo su poder. Sólo se aceptarán actos médicos a estas personas que estén conforme a las normas médicas generalmente reconocidas por la Parte que tiene en poder al combatiente. Se señala a modo de ejemplo algunas acciones que se prohíben incluso si existiera consentimiento por parte de los combatientes que estén bajo poder de la Parte adversaria, como: las mutilaciones físicas, experimentos médicos o científicos, extracción de órganos o tejidos para trasplantes. Se

indica que estas acciones que si bien están prohibidas se aceptarán en la medida que sean justificadas por razones médicas. Lo único que se aceptará de parte de los combatientes bajo poder de la Parte adversaria, es la donación que hagan de sangre para transfusiones o de tejidos para injertos. Pero estas donaciones deben ser hechas de manera voluntaria, sin ejercer presión alguna y sólo para fines terapéuticos.

La protección de las unidades sanitarias será en todo momento por parte de los Convenios y el Protocolo, y no serán objeto de ataque, por ende no serán puestas cerca de objetivos militares con el fin de evitar que la Parte adversaria ataque a estos objetivos militares. La cesación de la protección a las unidades sanitarias solo ocurrirá cuando estas unidades realicen actos perjudiciales en contra de la Parte enemiga. Así mismo la potencia ocupante tendrá la obligación de asegurar que las necesidades médicas sigan funcionando para la población civil del territorio ocupado otorgándole al personal sanitario civil toda clase de ayuda para que pueda desempeñar su misión humanitaria. El personal religioso civil tendrá la misma protección e identificación del personal sanitario, prescritos en los Convenios y en el Protocolo. Se señala que no se castigará a ninguna persona que haya prestado servicios médicos a un herido, conforme a su ética médica, sin importar la Potencia enemiga en conflicto a la cual pertenezca el herido. No se podrá obligar a los que presten servicios médicos a realizar funciones contrarias a la ética médica, o a las disposiciones de los Convenios y del Protocolo. Los que presten servicios médicos no podrán

entregar ningún tipo de información a las Partes en conflicto, sobre los pacientes que éstos hayan asistido. Se expresa en el Protocolo que la población civil debe respetar a los heridos, enfermos y náufragos de la Potencia adversa a la cual pertenezcan, y en ningún caso se admitirá actos de violencia contra ellos. La población civil y las Sociedades de socorro podrán voluntariamente asistirlos, buscar a los muertos, y comunicar donde se encuentran. El personal religioso civil y sanitario civil debe identificarse en zonas donde se desarrollen o puedan desarrollarse combates. La forma de identificación es a través de un signo distintivo o a través de una tarjeta de identidad. Se expresa que los signos distintivos es decir la Cruz Roja sobre fondo blanco o la Media Luna Roja, León o Sol rojos no deben aplicarse de forma abusiva en tiempos de paz, es decir sólo podrán utilizarse para actos humanitarios.

Los Estados Neutrales u otros Estados que no participen en el conflicto armado, deben aplicar este Protocolo respecto a las personas protegidas que arriben a su territorio o a los fallecidos que recojan de las Partes en conflicto.

El Protocolo dispone que se prohíba a las distintas Partes en conflicto realizar todo tipo de represalias en contra de los combatientes y en contra de la población civil perteneciente a la Parte adversaria.

5.1.1.b) Sección II: “transportes sanitarios, es decir, todos los transportes que se destinen para fines humanitarios ya sean terrestres, marítimos o aéreos”.

Éstos serán protegidos conforme a las normas de los Convenios de Ginebra y conforme a las normas del presente Protocolo.

5.1.1.c) Sección III: “personas desaparecidas y fallecidas”.

Se señala que las Partes en conflicto deberán buscar de la forma más rápida posible y hasta el fin de las hostilidades a las personas desaparecidas pertenecientes a la Partes adversarias. Para esta labor dicha Parte le entregará a la contraria toda la información necesaria para identificar a las personas desaparecidas. Esta información será entregada entre las Partes en conflicto directamente, o se la entregarán a través de la Potencia Protectora, o se facilitarán a la Agencia Central de Búsquedas del Comité Internacional de la Cruz Roja o a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja. Las Partes en conflicto deben respetar las tumbas de las personas de la Parte contraria, que hayan fallecido a consecuencia del combate. Para facilitar que los familiares de los fallecidos encuentren sus tumbas, éstas deberán ser conservadas y marcadas según lo previste en el Convenio IV relativo a la protección de la población civil. La Parte adversaria facilitará la repatriación de estos fallecidos a su país de origen. En caso de que este último no quisiera sufragar los gastos de

mantenimiento de tales sepulturas se le ofrecerá la repatriación de los restos a su país de origen, y en caso de que este país no acepte tal repatriación, en un plazo de 5 años desde la fecha de ofrecimiento, se aplicará la legislación en materia de cementerios y sepulturas del país donde se encuentren los restos del fallecido.

5.1.2. Título III: “los métodos y medios de guerra” – estatutos de combatiente y de prisionero de guerra.

5.1.2.a). Sección I: “los métodos y medios de guerra”

Estos métodos y medios de guerra no son ilimitados por las Partes en conflicto, además queda prohibido cualquier tipo de armamento que cause males superfluos o sufrimientos innecesarios, junto con esto no se podrá utilizar ningún tipo de medio o método que genere daños extensos o duraderos para el medio ambiente. En el caso que una de las Partes en conflicto adquiera una nueva para arma, deberá determinar si su uso en determinadas circunstancias estaría prohibido por el presente Protocolo.

Junto con lo anterior se alude sobre la prohibición de la perfidia, que son: *los actos que apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a*

*concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados.*²⁵ El Protocolo señala que se prohíbe la utilización de métodos de traición: para matar, herir o capturar a un oponente, tales como: falsear la intención de negociar bajo bandera de rendición o parlamento, simular una incapacitación por problemas de salud, aparentar el estatuto de persona civil, no combatiente o, aparentar que se tiene un estatuto de protección a través del uso de signos, emblema, o uniformes de Estados neutrales o de otros Estados que no sean parte del conflicto, o de las Naciones Unidas.

También indica que se permiten las trampas o estratagemas siempre y cuando no se quebrante ninguna norma de derecho internacional. El Protocolo entiende por estratagema: *“los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable a los conflictos armados, ni son pérfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho”*²⁶. Algunos ejemplos de estratagema son: el camuflaje, las operaciones simuladas y las informaciones falsas.

El Protocolo señala que queda prohibido efectuar guerras en que no queden sobrevivientes, o amenazar a la Parte adversaria en función de tal decisión. Es decir, se prohíbe “la guerra sin cuartel” en la que las Partes en conflicto no

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

toman prisioneros de guerra y se elimina a todas las personas de la Parte adversa.

Se prohíbe atacar a las personas que se encuentran fuera de combate. El Protocolo entiende por combatiente fuera de combate: a las que estén en poder de la Parte adversa, la que exprese claramente su intención de rendirse, la que esté incapacitada de salud, tanto mental como físicamente, que le sea incapaz de defenderse. Los combatientes que reúnan alguna de estas condiciones además no deben realizar ninguna hostilidad, ya que si la realizan perderán el estatuto de combatiente fuera de combate.

Además, ninguna persona que se lance en paracaídas de una aeronave en peligro podrá ser atacada durante su descenso, teniendo la posibilidad de rendirse antes de ser atacado, no obstante, pierde este derecho si es que realiza actos de hostilidad.

5.1.2.b). Sección II: “el estatuto de combatiente y prisionero de guerra”.

Este estatuto queda definido al momento de ser presidiado por la parte contraria, por lo tanto estará protegido por el III Convenio, y en caso que existiese alguna duda sobre su estatutos, éste de igual manera seguirá con la protección mencionada anteriormente hasta que se compruebe su ordenanza.

El protocolo entiende por combatiente a los *miembros de las fuerzas armadas de una de las Partes en conflicto*²⁷. Por fuerza armada se entiende que son aquellas que “*se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte*”²⁸. Esta parte en conflicto puede estar representada por un gobierno o una autoridad no reconocida por la parte adversaria. Al ser combatientes los miembros de las fuerzas armadas tienen derecho a participar en las hostilidades, a su vez tiene derecho a ser prisionero de guerra en caso de caer bajo el poder de la Parte adversaria, y en caso de que uno de éstos viole el Protocolo o uno de los Convenio, no perderá la calidad de combatiente debido a algunas estas infracciones.

Los combatientes deben distinguirse de la población civil, ya sea en momentos previos del ataque militar o durante el ataque mismo. Si bien en algunos casos es difícil distinguirse de la población civil para que siga manteniendo su calidad de combatiente, este deberá llevar sus armas abiertamente durante todo el enfrentamiento militar o durante el momento previo al ataque militar. Las personas que no reúnan estas condiciones y caigan en poder de a Parte adversaria no serán considerados prisioneros de guerra.

En caso de los espías (no se considera como actividad de espionaje, al miembro de las fuerzas armadas de la parte oponente, que intente reunir

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

información, siempre y cuando, esté se encuentre utilizando el uniforme correspondiente a la fuerza armada de la cual provenga), al momento de ser sorprendido por la Parte adversa, este no tendrá la protección de prisionero de guerra y deberá ser tratado como delator. Los espías, según el Protocolo, son aquellos *miembros de las fuerzas armadas que intenten reunir información en territorios ocupados por la Parte adversaria, y que no utilicen el uniforme correspondiente a su fuerza armada*²⁹.

En cuanto a los mercenarios, no tendrán estatutos de prisionero de guerra ni de combatiente, por lo que se clasifican de la siguiente manera: personas que se haya reclutado especialmente con el fin de combatir en un conflicto armado, que participen directamente de las hostilidades por una recompensa final, la que puede ser material, no debe ser residente de un territorio controlado por la parte en conflicto, no debe pertenecer a las fuerzas armadas de una parte en conflicto y que no sea enviado en una misión especial como miembro de las fuerzas armadas de un Estado que no esté en conflicto.

5.1.2.c) Sección III: “la represión de las infracciones de los Convenios o del Presente Protocolo”.

Las infracciones que se señalan ya han sido mencionadas en los Convenios de 1949. Algunas de las disposiciones que agrega el Protocolo son: que sin

²⁹ Ibid.

perjuicio de la aplicación de los Convenios y de este Protocolos, se considerarán como crímenes de guerra las infracciones graves de dichos instrumentos internacionales. Las Partes contratantes deberán reprimir las infracciones que existan de los presentes instrumentos, y tomar las medidas que sean necesarias para acabar con las demás infracciones. Los jefes de las fuerzas armadas deben dar a conocer a sus subordinados las obligaciones que deben cumplir conforme a los Convenios y al Protocolo. Las Partes en conflicto obligarán a los jefes de las fuerzas armadas que tengan conocimiento de alguna infracción que sus subordinados que hayan cometido, o que vayan a cometer, a tomar las medidas necesarias para impedir esta infracción o en caso de que haya sido cometida a aplicar una infracción disciplinaria.

Las Partes contratantes deberán prestarse mutuamente la mayor asistencia posible en materia penal, cooperándose mutuamente en materia de extradición. Se tomará en consideración de las Partes contratantes la solicitud que haga una de las Partes en conflicto respecto a una infracción que se hubiere cometido en su territorio. En todos los casos serán aplicables las leyes de la Parte contratante requerida, no obstante de las obligaciones prescritas en los Convenios y en el Protocolo, se deberán aplicar los tratados bilaterales o multilaterales que las Partes hayan ratificado en materia penal. Esto último tiene importancia con respecto al sometimiento de algunos Estados a la Corte Penal Internacional. Las Partes contratantes se comprometen a actuar conjunta o

separadamente con las Naciones Unidas en situaciones de violaciones graves al Convenio o al Protocolo.

La Comisión Internacional de Encuesta se constituirá por 15 miembros de alta moralidad y de reconocida imparcialidad. Esta Comisión se dedicará a realizar las siguientes actividades: investigar sobre cualquier acto que constituya una infracción grave de los Convenios y Protocolo, y facilitar al retorno de que las Partes en conflicto vuelvan a respetar los Convenios y el Protocolo.

Finalmente se menciona sobre la responsabilidad de las Partes en conflicto. Se prescribe que la Parte en conflicto al momento de violar alguna de las disposiciones del Convenio o Protocolo deberá indemnizar, siempre que sea procedente. Y que por lo demás, las Partes en conflicto serán responsables de todos los actos que realicen los miembros de sus fuerzas armadas.

5.2. Protocolo II 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.

5.2.1. Título I: “el presente Protocolo”

Se prescribe que el presente protocolo desarrolla y completa el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, es decir, sus normas son inseparables a

las disposiciones contenidas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. Se señala que este protocolo se aplicará a todos los conflictos armados que no estén protegidos por el Protocolo I que se aplica a los casos de conflictos armados de carácter internacional. Por lo tanto este Protocolo se aplicara dentro de los territorios de una de las partes contratantes entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, que bajo la dirección de un mando responsable, les permita tener un grado de control tal sobre el territorio que puedan realizar operaciones militares de manera constante y concertadas durante el tiempo. Se excluye la aplicación de este protocolo a las situaciones de tensión interna y disturbios internos como por ejemplo: los motines, actos esporádicos y aislados de violencia, etc. que no se considera conflictos armados. Por tanto, el presente Protocolo *sólo rige para conflictos de cierta intensidad y no tiene exactamente el mismo alcance que el artículo tercero común a los Convenios de Ginebra, ya que éste último se aplica en todas las situaciones de conflicto armado no internacional*³⁰.

Este protocolo se aplicará sin distinción desfavorable como: la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, etc.

Se manifiesta que no se podrá citar alguna disposición de este protocolo con el fin de disminuir la soberanía de un Estado o la responsabilidad de un gobierno.

³⁰ Bustos Valderrama, Crisólogo. Op. Cit. [en línea] <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/03fa9211-7bf5-4339-b0f8-c66c2c83854b/5.pdf?MOD=AJPERES> [consulta: 23 de abril de 2016]

Tampoco podrá invocarse con el pretexto de intervenir en un conflicto armado no internacional que se esté produciendo dentro del territorio de unas de las partes contratantes.

5.2.2. Título II: “el trato humano”.

Se menciona que las personas que no participan directamente en las hostilidades o hayan dejado de participar en ellas, estén o no privados de libertad, deberán ser tratadas respetuosamente sin distinción desfavorable. Esto quiere decir que se les debe respetar su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Se prohíbe que las Partes en conflicto ordenen efectuar la guerra sin dejar supervivientes. Se prohíbe en todo tiempo efectuar alguna de las siguientes conductas en contra de las personas mencionadas: los atentados contra la integridad física y psíquicas de las personas, tales como homicidio, torturas, mutilaciones etc.; castigos colectivos; la toma de rehenes; actos terroristas; atentados contra la dignidad personal; la esclavitud; el pillaje; y las amenazas de efectuar cualquiera de los actos mencionados.

Este Protocolo también se aplicará para la protección de los menores, y en especial se prescribe: que recibirán educación, incluyendo la educación moral y religiosa, se asegurará que los menores puedan tener contacto con sus familias que se encuentren temporalmente separadas, y que se les prohibirá a los menores de 15 años participar en las hostilidades o integrarse en los grupos armados. En caso de que los menores de 15 años que ya hayan participado de

las hostilidades y hayan caído bajo el poder de la Parte adversaria no tendrán la protección mencionada anteriormente. Los padres o quienes tengan la representación legal de los menores, podrán trasladar a los menores temporalmente a lugares donde no exista peligro alguno.

En caso de las personas privadas de libertad por motivos de conflictos armados, se les respetará con las siguientes acciones: recibirán alimentos y agua potable equivalente a la población local, junto con esto, salubridad e higiene, y protección contra las condiciones climáticas y peligros relacionados con los conflictos armados. Los encargados de la detención de estos individuos, deberán respetar las siguientes disposiciones: mujeres y hombres serán destinado a diferentes lugares, (siempre y cuando éstos no sean de la misma familia), y los cuales serán custodiados por el mismo género correspondiente; serán autorizados para enviar y recibir cartas y tarjetas postales, y los lugares de detención deberán estar alejados a las zona de combate.

Las diligencias penales sólo serán aplicables en caso de cometer infracciones en el conflicto armado, el cual será dictaminado por el tribunal a cargo, el cual deberá ofrecer las garantías de independencia e imparcialidad, en lo consiguiente: el acusado debe ser informado de todos los detalles de la infracción cometida y de sus derechos y medios de defensa que sean necesarios; no se condenará a nadie si no es por su responsabilidad penal individual; no se condenará a nadie por un acto u omisión que en el momento

de ser realizado no era delictual según la legislación nacional; y también se beneficiará al individuo con el principio pro reo, en el cual la persona que cometió la infracción se beneficiará con la pena más leve que haya surgido de una ley posterior. Se aplicará además, la presunción de inocencia, es decir, toda persona se presumirá inocente hasta que se demuestre lo contrario. Toda persona, por lo demás, deberá estar presente al momento de ser acusada. Se prescribe también que la persona que cometa la infracción se amparará del principio de no autoincriminación, en el cual nadie podrá ser obligado a declarar sobre hechos que le puedan acarrear una persecución penal. A la persona condenada se le informará sobre sus derechos, los recursos que podrá interponer, y los plazos respectivos para impetrarlos. El Protocolo señala que no se podrá aplicar la pena de muerte en contra de menores de 18 años, mujeres embarazadas, ni a madres que tengan niños de corta edad.

Prescribe además en su artículo 6 N°5 que una vez que hayan terminado las hostilidades, las autoridades en el poder deberán conceder la mayor amnistía posible en beneficio de las personas que hayan participado en el conflicto armado, norma de relevancia al analizar jurisprudencia latinoamericana, y sobre todo en Chile, puesto que en la región se dictaron una serie de leyes de amnistía durante los gobiernos militares de cada Estado.

CAPÍTULO III: OTRAS NORMATIVAS APLICABLES AL SUJERO BELIGERANTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

1. Breve reseña a Convención Americana de Derechos Humanos

También llamado Pacto San José de Costa Rica, fue suscrito el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Por medio de este tratado, lo Estados Americanos se obligan a respetar los derechos y libertades en él consagrados. El Pacto asegura el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de la persona humana, la libertad personal, libertad de conciencia, garantías judiciales y de procedimiento, prohibición de esclavitud y servidumbre, entre otros. En definitiva, tiene como fin salvaguardar los derechos esenciales del hombre.

Las Naciones Americanas que a la fecha han ratificado a este Pacto son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá. Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Han denunciado al Tratado tanto Trinidad y Tobago como Venezuela, el primero en 1998, y el segundo en septiembre de 2012.

Chile ratificó el Tratado el 21 de agosto de 1990, y reconoce competencia a la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo para conocer

sobre casos ocurridos desde el 11 de marzo de 1990, lo que la Corte no ha respetado.

2. Breve reseña Pacto Derechos Civiles y Políticos

Este Pacto reconoce derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. La Asamblea General de las Naciones Unidas lo adoptó mediante resolución 2200A el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigencia el 23 de marzo de 1976

Dentro de los derechos Civiles y políticos que asegura este tratado podemos encontrar la libertad y seguridad personal, prohibición a la esclavitud, derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho a un procedimiento justo, derecho a la igualdad, a libre asociación, entre otros. En materia penal, reconoce y fija los principios de legalidad, pro reo, cosa juzgada, non bis in ídem, amnistía e indulto,

Nuestro país se adhirió al Pacto el 16 de septiembre de 1969, promulgándose en nuestra nación el 30 de noviembre de 1976, pero en Chile se integra al derecho interno sólo con su publicación en el Diario Oficial en el 29 de abril de 1989.

Actualmente, 167 Estados son parte del Pacto.

3. Ius Cogens

Normativamente, la definición de Ius Cogens sólo se encuentra en el artículo 53 de la Convención de Viena, la cual dispone *es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*³¹.

Del precepto anterior, podemos concluir cuatro características fundamentales de que nos permite dilucidar que estamos frente a una norma de Ius Cogens:

- 1- Ser una norma de derecho internacional general que obligue a todos los Estados.
- 2- Ser una norma imperativa, que no admite acuerdo en contrario.
- 3- Ser una norma reconocida por la comunidad internacional en su conjunto
- 4- Ser modificable sólo por otra norma ulterior que tenga el mismo carácter.

³¹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 2016. [en línea] http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf [consulta: 03 de febrero de 2016]

No obstante, el concepto de norma de *ius Cogens* ha generado discrepancias a nivel doctrinal, señalándose que los límites para considerar a una norma de *ius cogens* son un tanto difíciles de demarcar, y lo cual genera finalmente sumamente relevancia, pues cómo se verá a lo largo del presente trabajo, los tribunales latinoamericanos, en especial en Chile, han resuelto ciertos fallos tomando en consideración este concepto, y condenado así, retroactivamente, cierto actos como supuestos crímenes contra los derechos humanos .

Queremos hacer mención al comentario al respecto que realizó el Profesor Mario Arnello, quien señaló *El Ius Cogens en el Derecho Internacional es cuestión complicada, discutida y difícil de precisar fuera del ámbito de los tratados. La Convención de Viena (artículo 53) fija que una norma imperativa de Derecho Internacional exige ser aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto, como una norma que no admite acuerdo en contrario; y su efecto preciso es la nulidad de todo tratado que esté en oposición a ella. Y nada más existe sobre su efecto. La doctrina creacionista extiende esa categoría y su efecto, más allá de toda norma jurídica. Otra más prudente, reconoce sólo los principios fundamentales que fija la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 103 hace prevalecer las disposiciones de la Carta sobre las de otro tratado, en caso de conflicto entre ellas. Pero prevalece, no impone nulidad. Una tercera enfatiza que la razón de ser del Ius Cogens, su fin y efecto, es la anulación de todo tratado, o acuerdo entre Estados que esté en oposición a una norma de este carácter excepcional. No existe en el Derecho*

Internacional, ni en el interno, norma de derecho positivo que tenga capacidad jurídica para imponer dentro de la jurisdicción soberana del Estado la abrogación de la ley interna y, aún, de garantías constitucionales, privándolas de eficacia. Por el contrario, las convenciones relativas a garantías del debido proceso y los principios jurídicos del orden penal que consagra el Estado de derecho del Estado. No excluyen, sino que afirman como derecho de todo procesado, sin discriminación alguna, los principios de legalidad, pro reo, cosa juzgada, la prescripción y la amnistía.”³²

³² Arnello Romo, Mario. Mitos, ideologías e inconsistencias jurídicas, 2012. El Mercurio, Internacional, Santiago, Chile. 20 de Agosto, A-3.

CAPÍTULO IV: TRIBUNALES COMPETENTES PARA CASTIGAR LAS INFRACCIONES O VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. Tribunales internos de cada Estado

Es necesario recordar que en el DIH coexiste responsabilidad individual de las personas con la responsabilidad estatal. El Protocolo I señala que cuando se utilice la expresión “infracción” a las normas del DIH se entiende que existe una responsabilidad internacional individual, y cuando se utilice la expresión “violación” a las normas del DIH se entiende que existe una responsabilidad internacional estatal. Con respecto a la responsabilidad estatal, se señala en el Protocolo I el principio del deber de reparar, en el cual, La Parte (refiriéndose en la mayoría de los casos al Estado) que viole las disposiciones del Convenio o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ella. Esta Parte será responsable de los actos cometidos por los miembros de sus fuerzas armadas. En esta disposición se aclara que existe una responsabilidad

estatal y que ésta se traduce en el pago de una indemnización que debe hacer un Estado a otro Estado enemigo en el conflicto armado y que resulte afectado. En principio las infracciones de las normas del DIH deben solucionarse en los tribunales estatales de las Partes en conflicto. Estas represiones contra las infracciones a las normas del DIH también pueden hacerse a través de los tribunales penales internacionales. Pero estos tribunales sólo pueden perseguir la responsabilidad internacional individual, es decir sólo se puede someter a las personas a estos tribunales y se juzgan en dichos tribunales las infracciones más graves al DIH. El profesor Diez Velasco ha señalado al respecto que *“Estos tribunales penales internacionales completan los mecanismos de sanción y represión de las infracciones graves del Derecho Internacional humanitario, y aunque no han venido a llenar ningún vacío, refuerzan la represión en el orden internacional de las infracciones graves del Derecho internacional humanitario”*³³.

2. Tribunales penales internacionales.

Los tribunales penales internacionales son tribunales de carácter temporal creados por los Estados vencedores de una guerra en contra de las personas pertenecientes al Estado derrotado, al que se le reputan responsabilidades penales. Estos son: el Tribunal militar de Nuremberg para el enjuiciamiento y

³³ Diez de Velasco, Manuel. Op cit. P.1084.

pronto castigo a los principales criminales de guerra del Eje; y el Tribunal militar para el Lejano Oriente con sede en Tokio, que tenía como propósito juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente

El Tribunal Militar de Nuremberg se constituyó en 1945 por representantes de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, es decir, por Francia, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos y la Unión de República Socialistas Soviéticas, las cuales se reunieron en Londres para firmar el acuerdo para el establecimiento del Tribunal. El estatuto señalaba que su principal objetivo era enjuiciar y condenar a los criminales de guerra del eje europeo. El tribunal tenía competencia para juzgar los crímenes contra la paz; crímenes de guerra; y crímenes contra lesa humanidad. Cuestionado fue esta Institución, toda vez que no existía ningún precedente acerca del juzgamiento individual de altos mandos políticos y militares, ni aún menos la fijación de pena, violándose de esta forma el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Debemos mencionar que dentro de la doctrina, este tribunal ha sido objeto de críticas. Se ha señalado que no constituyó un verdadero órgano de jurisdicción internacional sino un Tribunal de las fuerzas aliadas de ocupación, una *“justicia de los vencedores”*, ya que no incluyó la participación de Alemania³⁴.

³⁴ Universitat de les Illes Balears. Conclusiones sobre los Tribunales Militares Internacional [en línea] <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/3.-Conclusiones-sobre-los-Tribunales-Militares.cid210833> [consulta 15 de marzo de 2016]

Posteriormente, los Aliados se decidieron a perseguir a oficiales japoneses creando así el Tribunal Militar de Tokio, el cual fue creado por medio de la declaración del comandante supremo de las Fuerzas Aliadas en el extremo Oriente en enero de 1946. El Estatuto de este tribunal fue sólo redactado por norteamericanos, y tenía por objeto enjuiciar los mismos crímenes prescritos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

Ambos Tribunales, por otro lado, habrían infringido el principio de legalidad, toda vez que ciertas conductas que castigan no eran constitutivas de delito ni para el derecho nacional ni para el derecho internacional vigente a la época de su comisión. También habrían infringido el principio de irretroactividad, tipicidad y de imparcialidad, en virtud del cual nadie puede ser juzgado por comisiones especiales.

Por lo demás, se ha dicho que ambos tribunales no serían precisamente internacionales, en el sentido de representar a la comunidad internacional, sino que han sido internacionales sólo en la medida en que fueron creados por un acuerdo internacional, en el que sólo han sido parte los Estados victoriosos, que sólo juzgaron crímenes cometidos por el Estado vencido.³⁵

3. Tribunales ad hoc

³⁵ Ibid.

En una época más moderna se constituyeron dos tribunales penales internacionales ad hoc: el tribunal internacional para el juzgamiento de los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y el tribunal internacional para Ruanda, creados con posterioridad a los hechos, cuyo fin era el juzgamiento de los responsables de violaciones al derecho internacional humanitario. Estos tribunales fueron formados por medio del Consejo de Seguridad de la ONU, diciéndose que han sido formados mediante las facultades del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, específicamente por lo prescrito en su artículo 39 y 4, que señalan que se podrá tomar medidas en el caso de amenaza a la paz, el primero señala *que el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o establecer la paz y seguridad internacionales*³⁶. Asimismo, el artículo 41 dispone que *el Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas...*³⁷

No obstante, podemos apreciar de las normas dictadas, que en ellas no se dispone en forma expresa la Facultad del Consejo de Seguridad de establecer por sí mismos jurisdicciones, tema que ha sido cuestionado en la doctrina. Así,

³⁶ Carta de las Naciones Unidas[ver en línea] <http://www.un.org/es/charter-united-nations/>
[consulta: 12 de abril de 2016]

³⁷ Ibid.

el profesor de la Universidad de París XI, don Paul Tavenier ha señalado *las ambigüedades del proceso de establecimiento de los Tribunales Penales para ex Yugoslavia y para Ruanda surgieron también con respecto a la cuestión de la índole obligatoria de las decisiones del Consejo de Seguridad y de la exigencia de cooperación de los Estados. Desde un comienzo, estos problemas centraron los debates para poder establecer una jurisdicción penal internacional verdaderamente eficaz, y la evolución ulterior de la situación permitió comprobarlo con creces. Sin embargo, las bases del problema siguen siendo muy precisas. Por cierto, todos los observadores y todos los críticos han puesto de relieve que el Consejo de Seguridad se preocupó por fundar sus resoluciones en el capítulo VII, pero pocos han destacado que el órgano restringido de la Naciones Unidas pueda tomar decisiones sobre esta base, así como simples recomendaciones.*³⁸

3.1. El caso de la Ex Yugoslavia.

La grave situación que se produjo en Yugoslavia a partir de su desmembramiento, dio lugar a violaciones de derechos humanos, tales como: asesinatos, depuración étnica, violaciones, tortura, destrucción y saqueo de

³⁸ Tavenier, Paul. 1997. La experiencia de los tribunales penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda. [en línea] Revista Internacional de la Cruz Roja <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl79.htm> [consulta: 10 de marzo de 2016]

bienes religiosos, culturales y civiles entre otros actos. Debido a esta situación el Consejo de Seguridad actuando conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, considerando que la situación de la ex Yugoslavia constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacional, decidió constituir un tribunal internacional para juzgar a los individuos que resultaran responsables de las graves violaciones al derecho internacional humanitario que acontecieron en la ex Yugoslavia a partir del año 1991, esto mediante resolución 827 del 25 de mayo de 1993. Cabe tener presente que el capítulo VII de la Carta de Naciones se autoriza a imponer sanciones, hasta el uso de la fuerza militar cuando la paz mundial y la seguridad internacional se vean amenazadas. Este tribunal se convirtió en un órgano subsidiario de la Organización de las Naciones Unidas. El estatuto de este tribunal tenía la Competencia para juzgar a las personas que resultaran responsables de las violaciones graves al DIH, tanto en su parte convencional (Convenciones de Ginebra y Protocolos, Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, Convenio IV de la Haya y Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio) como en su parte consuetudinaria. Este tribunal perseguía la responsabilidad personal, aun si se actuaba en nombre del Estado, excluyendo expresamente a organizaciones o agrupaciones. El tribunal perseguía tanto a los autores directos como a las personas que hubieren participado en la preparación o ejecución de los actos criminales. El estatuto prescribía que el tribunal conocería de todos los delitos que se hubiesen realizado en el espacio terrestre,

aéreo o en las aguas territoriales del territorio de lo que antes comprendía la ex Yugoslavia.

En el estatuto también se manifestaba el principio non bis in idem, en el cual una persona que hubiese sido juzgada por un tribunal no volvería a ser juzgada por otro tribunal, pero esto último con dos excepciones: 1- que una persona haya sido juzgada por un tribunal nacional por un delito ordinario acorde a su legislación, pero que a su vez este delito constituya un delito internacional que sea competente ser juzgado por este tribunal internacional. 2- en la vista de la causa por el tribunal nacional no haya habido imparcialidad ni independencia o que la causa haya sido tramitada sin la diligencia necesaria.

Cabe destacar que este tribunal no tenía la facultad de imponer la pena de muerte.

3.2. El caso de Ruanda.

Durante 1990 Ruanda vivía una situación de un conflicto interno entre el Ejército de Ruanda, compuesto mayoritariamente por la tribu hutu, y el Frente Patriótico ruandés, compuesto mayoritariamente por integrantes de la tribu de los tutsis. Esta situación se agravó aún más luego de que en el 1994 resultarían asesinados los presidentes de Ruanda y de Burundi. Luego de este hecho el país vivenció una serie de actos de violencia y matanzas de carácter étnico y público. Debido a esta situación el Consejo de Seguridad de la ONU señaló

que lo que se vivía en Ruanda era una amenaza para la paz y seguridad internacional. Una comisión de expertos señaló que había existido genocidio por parte de la tribu hutu en contra de la tribu tutsis. El Consejo de Seguridad de la ONU decidió finalmente, de acuerdo a las facultades del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, constituir un tribunal internacional que persiguiera a los responsables de genocidio y de violaciones graves en contra del DIH, cometidos en territorios de Estados vecinos en el período que va desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 1994. El Tribunal se creó mediante resolución 955 del 08 de noviembre de 1994. Este tribunal fue establecido como un órgano subsidiario de la ONU, pero con independencia de la misma, y sin pertenecer a ningún Estado. El estatuto de este tribunal era casi igual al del tribunal para la ex Yugoslavia. Una de las diferencias que tenían, era que el estatuto del tribunal para Ruanda no era competente para conocer de violaciones al DIH por crímenes cometidos contra las violaciones de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales de 1977, debido a que lo que ocurrió en Ruanda no fue un conflicto armado de carácter internacional (como en la ex Yugoslavia) ni un conflicto de carácter no internacional, sino que una situación de convulsión interna, pero no alcanzaba a ser un conflicto de carácter no internacional prescrito por el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra.

4. La Corte Penal Internacional.

El contexto histórico en el cual se fundó la Corte Penal Internacional es un punto circunstancial para comprender la fundación y características de dicha Institución. *Tras las críticas formuladas a los Tribunales Militares Internacionales de la II Guerra Mundial, parecía poco probable que la experiencia de creación de tribunales ad hoc se volviera a repetir. Sin embargo, el nuevo clima instaurado tras la ruptura del mundo bipolar en 1989, hizo posible lo improbable. Ante los cruentos enfrentamientos acaecidos en la Antigua Yugoslavia y Ruanda, se crean en el marco de la Organización de Las Naciones Unidas dos tribunales ad hoc para sancionar las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos cometidas en el seno de estos países. En el seno de la ONU, el órgano encargado del establecimiento de estos tribunales es el Consejo de Seguridad, cuya responsabilidad primordial radica en el mantenimiento de la paz y seguridad internacional le lleva a la adopción de estas singularidades medidas. Es así como se crean primero, el Tribunal con sede en la Haya, para el juzgamiento de los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, y posteriormente, para los crímenes cometidos en Ruanda. Ambos tribunales ad hoc nacen con el mismo fin, el de poner en marcha la responsabilidad de individuos.*³⁹

³⁹ Quesada Alcalá, Carmen. 2005. Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal. Valencia, Tirant monografías 383. pp. 58 y 59.

La Corte Penal Internacional se formó por la creación del Estatuto de Roma en el año 1998. Algunas de sus principales características son: consta en un tratado internacional de carácter multilateral, es una institución permanente, está dotada de personalidad jurídica internacional, ejerce jurisdicción sobre personas naturales, tiene competencia sobre los crímenes más graves a nivel internacional, y su jurisdicción es complementaria al de las jurisdicciones penales nacionales. El hecho de que la Corte se haya constituido por un tratado internacional multilateral conlleva la ventaja de que existe una seguridad jurídica para los Estados contratantes en cuanto a la definición y a las obligaciones asumidas por los Estados contratantes. La ventaja que esta Corte sea permanente es que tiene un sistema estable que logra un funcionamiento continuo, teniendo su sede en La Haya, Holanda. Este tribunal tiene una autonomía debido a que tiene personalidad jurídica propia, no forma parte ni tampoco está subordinada a ninguna organización internacional. *“La CPI es calificada como “institución internacional” a la cual los Estados le han investido de personalidad jurídica internacional autónoma y a la que atribuyen un conjunto de caracteres altamente significativos. Así, la Corte Penal Internacional se basa en una asociación voluntaria de Estados que deciden constituir la mediante un acuerdo internacional, está compuesta por órganos permanentes, propios e independientes que se van a encargar de gestionar unos intereses colectivos, de manera que dicha Organización es capaz de expresar una voluntad diferente a la de sus miembros y cumplir una función autónoma, Pero*

la CPI no es una Organización Internacional típica, sino que constituye la primera cuyo mandato se circunscribe al ejercicio de la función judicial, además, de tipo penal y con carácter de permanencia. Por el contrario, la CPI, a diferencia de otros tribunales internacionales, no es un órgano judicial de una Organización Internacional, es en sí misma una Organización Internacional.”⁴⁰

Respecto a la competencia que ejerce la Corte Penal Internacional, se puede distinguir una competencia material, competencia *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione loci*. En relación a la material, la CPI tendrá competencia respecto de los crímenes de trascendencia para los Estados, estos son, el genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión. En cuanto a la competencia *ratione personae*, *La CPI ejerce jurisdicción única y exclusivamente sobre personas, y no sobre organizaciones. Es decir, no tiene competencia sobre una colectividad, principalmente porque la responsabilidad colectiva es una institución que no está reconocida en alguno de los sistemas penales más importantes a nivel mundial*⁴¹. En cuanto a la competencia *rationes temporis* y *ratione loci*, *la CPI tendrá competencia para enjuiciar los crímenes cometidos en el territorio de un Estado Parte, en el territorio de un Estado no Parte si lo comete un nacional de un Estado Parte, y en el territorio de cualquier Estado (Parte o no) si el asunto es remitido por el Consejo de Seguridad. Igualmente podrá enjuiciar los crímenes cometidos en el*

⁴⁰ Quesada Alcalá, Carmen. Op.cit.p.149.

⁴¹ Quesada Alcalá, Carmen. Op.cit.p.162.

*territorio de un Estado no Parte si el mismo otorga expresamente su consentimiento*⁴². Por último, en cuanto a la competencia temporal la CPI sólo podrá conocer de los crímenes acaecidos después de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, esto es, después del 01 de julio del año 2002, lo cual se consagra en el artículo 24 del Estatuto, que a su vez es una afán de respaldar y consagran el artículo 22 del mismo cuerpo, se prescribe el principio de legalidad.

La Corte sólo tiene competencia respecto a las personas naturales, pero con una limitación, ya que debe abstenerse de juzgar a personas menores de 18 años. Cabe agregar que este tribunal complementa las jurisdicciones nacionales, lo que quiere decir que la Corte deberá actuar en los casos en que los tribunales nacionales no quieran o no puedan ejercer jurisdicción nacional para reprimir los mismos hechos; y en los casos en que la jurisdicción nacional se realice de forma inaceptable para lograr un juzgamiento imparcial e independiente. Los crímenes que son sancionados por la Corte son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de agresión, y los crímenes de guerra. Para efectos de nuestro trabajo nos interesan éstos últimos. *En lo que respecta a los crímenes de guerra, la competencia de la Corte deberá ejercerse en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.*⁴³

⁴² Quesada Alcalá, Carmen. Op.cit. p.166.

⁴³ Vargas Carreño, Edmundo. Op. Cit. P.667

A modo de resumen, el Estatuto de Roma incorpora algunos principios de derecho penal tales como *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. Es decir que los países que se adhieren al Estatuto de Roma deben adecuar su legislación interna y tipificar como delitos los contenidos en el respectivo Estatuto y a su vez asignar una pena por dichos delitos cometidos.

También el Estatuto aplica el principio de irretroactividad, en virtud del cual nadie puede ser responsable penalmente por una conducta realizada anteriormente a la entrada en vigencia del Estatuto, respecto de estos principios se hará hincapié más adelante.

El Estatuto, por otra parte, contiene la creación de principios propios como el de la responsabilidad penal de los individuos, que quiere decir que solo serán juzgados en la Corte las personas naturales.

También se constituye en el Estatuto el principio de exclusión de los menores de 18 años para ser juzgados por la Corte Penal internacional. Aplica además la Corte el principio consistente en que no puede eximirse de responsabilidad penal a los jefes de Estado o Gobierno, miembros de un Gobierno o del Parlamento. Los jefes o superiores serán responsables por los delitos cometidos por sus subordinados, por el hecho de no haber ejercido el suficiente control sobre ellos. Si el jefe hubiese sabido o debido saber que sus subordinados cometerían un delito, ellos deben haber ejecutado las medidas

necesarias para frenar la acción de estos., y en caso de que no hayan realizado estas medidas, los jefes serán responsables penalmente.

En cuanto a las eximentes la Corte considera *“quienes padecieran una enfermedad o deficiencia mental que los prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o estuvieren en estado de intoxicación que los prive de la correcta apreciación de su conducta, o actuar en defensa propia o de terceros tratándose de crímenes de guerra⁴⁴.”* Los subordinados si ejecutan una orden de un superior o de un Gobierno, no serán eximidos de responsabilidad penal. Salvo si el subordinado por ley estuviere obligado a ejecutar la orden, o si el subordinado no supiera que la orden era ilícita. Pero esta *“última excepción no se aplica para los casos de genocidio (los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso⁴⁵)”* o crímenes de lesa humanidad, *“ el asesinato, el exterminio, la tortura; la esclavitud; la persecución por motivos políticos, raciales o étnico; la discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos (figura que vino a reemplazar el apartheid); la deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario, los actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves; la desaparición forzada de personas, y la violación o prostitución forzada u otras formas de*

⁴⁴ Vargas Carreño, Edmundo. Op. Cit. P. 619.

⁴⁵ Ibid.

*abuso sexual*⁴⁶”, los cuales se entenderán en toda circunstancia como una orden manifiestamente ilícita.

Es preciso destacar que sólo tendrán capacidad procesal para interponer una acción en la Corte Penal Internacional: los Estados Parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Fiscalía.

La Corte Penal Internacional posee un mandato preventivo que consta de dos dimensiones: la prevención general y la intervención oportuna. La prevención general de la Corte Penal Internacional se puede desglosar en una prevención general positiva que consiste en garantizar la aplicación del derecho penal internacional y proteger, de esta forma los bienes jurídicos protegidos por el mismo. Y por otro lado existe una prevención general negativa que consiste en transmitir a los grupos dirigentes mundiales el mensaje de que aquellas personas que incurran en delitos atroces no quedarán impunes.

La otra dimensión del mandato preventivo de la Corte Penal Internacional es la intervención oportuna, que puede consistir en que la Corte Penal intervenga en situaciones en que existan amenazas concretas de futuros delitos atroces, o en las que este tipo de delitos se estén ya cometiendo. Esta dimensión es desarrollada primordialmente por el Fiscal de la Corte Penal Internacional por medio de sus exámenes preliminares e investigaciones. Los delitos atroces que son los que interesan a la Corte Penal Internacional no son inevitables, debido a

⁴⁶ Ibid.

que su comisión requiere de un planteamiento y preparación durante un largo periodo de tiempo por parte de un grupo organizado. La experiencia muestra que existe normalmente suficiente información con respecto a los delitos atroces que un gobierno o un grupo armado dentro de un territorio quiere realizar a futuro. Debido a esta razón es que el Estatuto de Roma recoge la figura de la tentativa en relación con todos los delitos atroces en su artículo 25, entendiendo por tal la realización de actos que supongan un paso importante para su ejecución. Actualmente ni el Estatuto de Roma ni la jurisprudencia de los tribunales internacionales ofrecen criterios para establecer que se entiende por “actos que supongan un paso importante para su ejecución”, pero lo que si debiera hacer la Corte Penal Internacional de acuerdo a su función preventiva general es tener un criterio amplio para así prevenir una mayor cantidad de delitos atroces que se pudieran cometer a futuro. Además el artículo 25 señala que quienes den un paso importante para cometer delitos atroces no serán penalmente responsables si desisten finalmente de cometerlos, o impiden su consumación. Por lo tanto, si el Fiscal luego de recibir información de que en un Estado Parte hay indicios tangibles de instigación o tentativa de delitos atroces, realiza exámenes preliminares, por el sólo hecho de que se estén haciendo estos exámenes, las autoridades de los Estados Parte que tenían la intención de cometer delitos atroces hará que desistan de la consumación de estos delitos. De la misma manera, en caso que el Fiscal al hacer el examen preliminar considere que en el Estado Parte existe una situación que amerita

que se abra una investigación formal de la situación donde el Fiscal además puede dictar medidas coercitivas al Estado Parte, así como pedir la colaboración de otros Estados Parte para que se prevenga de la comisión de delitos atroces, esta misma investigación hace que las autoridades del Estado Parte que querían cometer estos delitos atroces desistan de su consumación. En los casos en que los delitos atroces ya se están cometiendo en los Estados Partes, la Corte Penal Internacional también realiza una intervención oportuna con el objetivo de poner fin a estos delitos que se están cometiendo. Por lo tanto la Corte Penal incentivará a las autoridades nacionales del Estado Parte para poner fin a la comisión de estos delitos atroces. Para esta tarea la Corte Penal Internacional asistirá a las autoridades nacionales del Estado Parte para que puedan cumplir con el deber de investigar y enjuiciar los delitos atroces ya cometidos, esto es lo que se conoce como complementariedad positiva. Y además la Corte Penal Internacional realizará la complementariedad cooperativa, en la cual colaborará con las autoridades nacionales del Estado Parte, para que se repartan los casos, cuando en el Estado Parte existan problemas de falta de capacidad, de la carga de investigar y enjuiciar los delitos atroces ya cometidos.

5. Breve reseña al concepto crímenes de Guerra

Primeramente estos tipos de crímenes fueron caracterizados por el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg como violaciones a las leyes de iniciación o

ejecución de una guerra de agresión e integraban en el Estatuto una serie de actos que debían ser entendidos como crímenes de guerra. Pero luego, con la creación de los Convenios de Ginebra y más adelante, con la creación de los Protocolos Adicionales, cada vez que se hablaba de crímenes de guerra se entendía la violación de estos Convenios y Protocolos, y debía existir una guerra efectiva según estos mismos tratados. Más adelante, el Estatuto de la Corte Penal Internacional recogió cuatro tipos de delitos de crímenes de guerra. Pero estos delitos debían ser cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

El primer tipo de zonas las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 donde se mencionan ocho actos en contra de las personas o bienes protegidos por los Convenios: matar intencionalmente; someter a tortura u otros tratos inhumanos; obligar a un prisionero de guerra u otra persona protegida por los Convenios a prestar servicios en la fuerza de una Potencia enemiga y tomar rehenes.

Otro tipo de delitos son las infracciones a las leyes y costumbre de guerra dentro del derecho internacional humanitario. Algunos de estos delitos son: dirigir ataques en contra de la población civil o contra objetos civiles (que son objetivos militares); usar indebidamente la bandera blanca de rendición, la bandera nacional o insignias o uniformes de la Potencia enemiga de las Naciones Unidas; el uso de gases tóxicos; realizar actos de violación, esclavitud

sexual, prostitución forzada o embarazo forzoso, y reclutar niños menores de 15 años para tomar parte en las hostilidades.

Un tercer tipo de delitos que recoge el Estatuto son aquellos delitos que no se refieren a conflictos armados de carácter internacional y que son violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

Y por último, existe un cuarto tipo de delitos que recoge el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y son las violaciones graves a las leyes y costumbre de la guerra de conflictos armados que no sean de índole internacional. Algunos ejemplos de estos últimos son ataques contra la población civil; o contra edificios, material y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para usar emblemas de los Convenios de Ginebra; o contra el personal, instalaciones, vehículos de una misión especial de la ONU; contra edificios dedicados al culto religioso; o contra edificios dedicados a educación, artes, ciencias, hospitales, etc.

CAPÍTULO V: PRINCIPIOS CENTRALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. Legalidad y tipicidad:

De forma general, se ha dicho por la doctrina, que el principio de legalidad se concreta en cuatro formas, de las cuales se concluyen cuatro prohibiciones.

Estas son:

- 1- Lex Certa: Este aspecto quiere decir que la ley penal deber ser exhaustiva, es decir, en ley se debe contener la descripción de la conducta típica sancionada y la pena que conlleva su violación
- 2- Lex Stricta: Esta forma dice relación a la prohibición de la analogía. Es decir, no se puede aplicar la ley penal a un caso no comprendido en ella, pero que sea similar o parecida a que la ley contenga.
- 3- Lex Scripta: Esta exigencia permite excluir a la costumbre como fuente de delitos y penas. Es decir, únicamente la ley formal puede ser fuente de derecho penal. Por ende, este aspecto prohíbe la punibilidad fundamentado en derecho consuetudinario.
- 4- Lex praevia: Este requisito alude a la prohibición de retroactividad de las leyes más favorables, concretizando de esta forma la seguridad jurídica.

Por su parte, el profesor Mir Puig señala que del principio de legalidad se derivan cuatro garantías específicas:

- 1- Garantía criminal: Mediante ésta se exige que el delito se halle determinado por la ley. Se expresa en el aforismo *nullum crimen sine lege*. En nuestra Constitución se encuentra consagrada en el artículo 19 n°3 inciso séptimo “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.
- 2- Garantía penal: Esta garantía dice relación con la ley que debe señalar la pena que le corresponde un hecho determinado. Se expresa en el aforismo *nulla poene sine lege*. La Constitución chilena la consagra en el artículo 19 n°3 inciso séptimo.
- 3- Garantía jurisdiccional: Esta garantía exige que la existencia del delito y la imposición de la pena deben determinarse por medio de una sentencia judicial y según procedimiento legalmente establecido. Esta garantía está dispuesta en el artículo 19 n°3 inciso quinto de nuestra Carta Fundamental “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.
- 4- Garantía de ejecución: Esta garantía se refiere a que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que la regule. En nuestro ordenamiento está prescrita en el artículo 80 del Código penal “tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”⁴⁷.

⁴⁷ Código Penal. Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]
http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Chile.pdf [consulta: 11 de marzo de 2016]

El Estatuto de Roma se refiere tanto al aspecto formal como al aspecto material de del principio de legalidad, expresados, respectivamente en los aforismos *nulla poena sine lege*, en el artículo 23 del referido cuerpo legal que prescribe que quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de acuerdo con el Estatuto, y en el aforismo *nullum crimen sine lege*, consagrado en el artículo 22, el cual dictamina que nadie será penalmente responsable en virtud del Estatuto a menos que la conducta sea constitutiva de crimen de competencia de la CPI al momento en que tiene lugar.

Dicho principio está prescrito en distintos instrumentos internacionales, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra, en su artículo 11 inciso 2° que *nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no delictivos según el derecho penal nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*⁴⁸. Asimismo, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que *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*

⁴⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos. 2016. Fundación Acción Pro Derechos Humanos. [ver en línea] http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CjwKEAiApLDBBRC8oICb9NvKsg0SJAD9yOHsX1CibmpUFZ-gn8kdTmJoSa0Q_-PM7f2sWv4CgK55rxoCJFbw_wcB [consulta:13 de marzo de 2016]

*beneficiará con ella*⁴⁹, y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone *nadie será condenado por actos u omisiones que en momento de cometerse no fuera 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 supone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello*⁵⁰. Todos los tratados internacionales anteriores están vigentes y ratificados por nuestro país, por lo cual nos son plenamente vinculantes en razón de lo consagrado en nuestra Constitución Política de la República, específicamente en su artículo 5 inciso segundo.

El principio de legalidad está consagrado en nuestra legislación interna en el artículo 18 inciso primero de nuestro Código Penal el cual señala que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. A nivel constitucional, este principio está consagrado en nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 n°3 inciso séptimo y quinto. El principio de legalidad entonces *satisface una exigencia de seguridad jurídica y también una garantía política, la exigencia de seguridad jurídica comprenden la posibilidad de conocer previamente los delitos y las penas. Por su parte, la garantía política implica que el ciudadano no podrá ser*

⁴⁹ Convención Americana de los Derechos Humanos. [en línea] https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm [consulta:01 de abril 2016]

⁵⁰ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. 20126 Naciones Unidas Derechos Humanos. [en línea] <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> [consulta: 01 de abril de 2016]

*sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo a través de las leyes que recogen su voluntad, siendo ello el reflejo de un orden democrático legítimo.*⁵¹

2. Principio Presunción de Inocencia e Indubio Pro Reo

Este principio deriva del principio de presunción de inocencia. Este último está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 4 del Código Procesal Penal, el cual prescribe que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.

El principio de presunción de inocencia está consagrado también en diferentes instrumentos internacionales. Así el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley⁵². Por otro parte, La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 n°2 dictamina como garantías judiciales

⁵¹ Acevedo Z.C., y Torres F.A. 2009. Determinación de la pena en Chile: Principios de un Estado Democrático de Derecho y fines de la pena. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Universidad de Chile, Santiago Chile. P.37 http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-acevedo_c/pdfAmont/de-acevedo_c.pdf [consulta: 14 de mayo de 2016]

⁵² Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Op. cit. [en línea] <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> [consulta: 15 de mayo de 2016]

“toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad..⁵³”

Ahora bien, el principio indubio pro reo, más específicamente, *es una regla de juicio en virtud de la cual se ordena al juez que, en caso de no resultar corroborados los hechos atribuidos que constituyen los elementos fácticos del delito o de las agravantes de la penalidad, la decisión final sobre el asunto deberá inclinarse siempre en favor del imputado.*⁵⁴

3. Principio de Irretroactividad de la ley penal

Este postulado implica que las *leyes penales sólo pueden regir situaciones ocurridas con posterioridad a su entrada en vigencia, estando prohibido aplicarlas con efecto retroactivo, es decir, a situaciones acaecidas con anterioridad.*⁵⁵

A nivel nacional, se encuentra consagrado en nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 n°3 inciso séptimo que prescribe que *“ningún delito se castigará con*

⁵³ Convención Americana de los Derechos Humanos. op.cit.

⁵⁴ Gandulfo, Eduardo. 1999. Principios del Derecho Procesal Penal en el Nuevo procedimiento chileno. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX. [en línea] Valparaíso, Chile, [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/448-1690-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/448-1690-1-PB%20(1).pdf) [consulta: 05 de junio de 2016]

⁵⁵ Rodríguez Collao, Luis. 2012. Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal. Revista de Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar. [en línea] Viña del Mar, Chile, <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/08.145-172Rodriguez.pdf> [consulta:06 de junio de 2016]

otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”⁵⁶

Tratado internacionales también consagran este pilar del derecho penal. De esta manera, el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Político dictamina que *nadie será condenado por actos u omisiones que en 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 con ello.* En la Convención Americana de Derechos Humanos este principio se encuentra postulado en su artículo 9, artículo ya citado en cuerpo de esta obra. El artículo 24 el Estatuto de Roma *prescribe que nadie será penalmente responsable de acuerdo con el Estatuto por una conducta anterior a la entrada en vigencia del mismo.*

4. Principio de cosa juzgada y Non bis in ídem

La cosa juzgada implica la impugnabilidad de una sentencia. Por medio de este postulado, no puede reabrirse una causa penal fenecida y se afirma la prohibición de que los procedimientos puedan ser revisado. Este principio está estrechamente vinculado con el principio non bis in ídem, el cual consiste en

⁵⁶ Constitución Política de la República en Chile. [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [consulta:03 de mayo de 2016]

que un mismo hecho no puede ser objeto de doble sanción, o una misma circunstancia de doble ponderación⁵⁷.

A nivel nacional, estos principios se ven manifestados en el artículo 1 inciso final de Código Procesal Penal, el que dispone que la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento por el mismo hecho⁵⁸.

En la normativa internacional, los principios en cuestión también se encuentran prescritos. Así el artículo 8.4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos consagra que *el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*⁵⁹. Por otro lado, el artículo 14.7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que *nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*⁶⁰. La cosa juzgada está consagrada expresamente en el Estatuto de Roma, el cual en el artículo 20 dispone que *1-Salvo que en el presente Estatuto se disponga de otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. 2- Nadie será procesado por otro tribunal en*

⁵⁷ Rodríguez Collao, Luis. Op.cit.

⁵⁸ Código Procesal Penal. [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>
[consulta: 25 de mayo de 2016]

⁵⁹ Convención Americana de Derechos Humanos. Op.cit.

⁶⁰ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Op.cit.

razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. 3- La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6,7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocida por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia⁶¹.

⁶¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [ver en línea] [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) n [consulta:13 de junio de 2016]

CAPÍTULO VI: JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. Jurisprudencia Europea

1.1. Italia

En marzo de 1944 durante la ocupación Nazi en Italia durante la Segunda Guerra Mundial, un grupo de partisanos que pertenecían a la Resistencia contra la Alemania nazi, en la vía Rasella en la ciudad de Roma lanzaron una bomba que terminó con la vida de 32 soldados alemanes. Producto de este hecho, el Comandante de la Policía Militar alemana, el teniente Herbert Kappler, recibió órdenes superiores emitidas directamente por Hitler, de fusilar a 10 italianos por cada alemán muerto, dentro de las 24 horas siguientes. Finalmente fueron asesinados 335 italianos, incluyendo soldados y civiles, en vez de los 320 italianos que las autoridades nazis habían ordenado, este episodio se conoce como *La Masacre de las Fosas Adreatinas*. Los encargados de llevar esta cruel masacre fueron Kappler que era teniente coronel de las *Schutzstaffen* alemanas y Priebke que era oficial de grado inferior.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el 25 de noviembre de 1946 las autoridades judiciales militares italianas presentaron una orden de arresto contra estos jefes nazis, imputándoseles delitos dispuestos en el artículo 185 y 13 del Código Penal de Guerra de Italia de 1941. El primero se refiere a violencia por parte de soldados italianos contra ciudadanos enemigos, y el

segundo, extiende la disposición del artículo 185 a los crímenes perpetrados por soldados enemigos contra ciudadanos italianos

El 20 de julio de 1948 el Tribunal Militar de Roma condenó a Kappler, lo cual fue confirmado por la Corte Suprema Militar el 25 de octubre de 1952. La sentencia del Tribunal de primera instancia definió las acciones de los partisanos como acto de guerra ilícito que justificaba la toma de represalias por parte de las fuerzas alemanas, en opinión del Tribunal los grupos partisanos no reunían las condiciones dispuestas en el artículo 1 Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexa a la Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 para ser considerados beligerantes. No obstante, la Corte consideró que eran órganos de facto del gobierno y que por ende sus actos le eran imputables a Italia.⁶²El Tribunal sentenció que si bien Alemania tenía autorización para tomar represalias, éstas no serían lícitas por no cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad. No se refirió esta sentencia al hecho de que las represalias fueron tomadas contra civiles. Si bien es cierto que la Convención de La Haya incluía la Cláusula Martens y el artículo 46, Reglamento de la Haya Anexo al Convenio IV de 1907 exigía el respeto por la vida de la población civil por parte de la potencia ocupante, recién en 1949 se incorporó como norma

⁶² Vinuesa, Raúl Emilio. 2003. La aplicación del derecho internacional humanitario por los tribunales nacionales: la extradición de criminales de guerra. Comité Internacional de la Cruz Roja [en línea] https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/12_vinuesa.pdf [consulta:16 de mayo de 2016]

convencional la prohibición expresa de represalias contra civiles –Convenio de Ginebra⁶³–.

En ambos casos en el de Priebke y el de Kappler se les juzgó por el delito de homicidio, como delito contra las leyes y los usos de la guerra. En ambos casos se discute un tema de derecho que es sumamente relevante que es si opera la eximente del artículo 40 del Código Penal Militar de Paz, de aplicación también en tiempos de guerra (que es el derecho vigente en la época en que sucedieron los hechos). Esta eximente señala que *“en caso de actuación en cumplimiento de una orden del superior, responde sólo quien ha dado la orden, salvo que se trate de una orden manifiestamente ilegítima, caso en el cual responden tanto el superior como el ejecutor de la orden”*⁶⁴. En octubre de 1952 el Tribunal Supremo Militar confirmó la sentencia de primera instancia del Tribunal Militar de Roma que trató separadamente la muerte de las 320 personas de las 15 muertes en exceso de la orden. Kappler fue absuelto por las 320 personas asesinadas pero fue condenado por las 15 en exceso, resultó absuelto porque para determinar si la orden es manifiestamente ilegítima es imprescindible probar que el autor haya ejecutado la orden conociendo su ilegitimidad. El Tribunal expresó que debido al contexto en que se encontraba Kappler existían dudas con respecto a que tuviera conocimiento de la ilegitimidad de la orden. Algunos hechos que consideró el Tribunal fueron que Kappler prestaba servicio

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. 2008. Por Ambos Kai “et al”. Montevideo, Uruguay. Fundación KONRAD-Adenauer-Stiftung.p.461.

en una organización de rígida disciplina como las S.S nazis. Ordenes de similares características ya habían sido ejecutadas por las S.S en diversas zonas de la ocupación alemana. La orden además provenía del Jefe de Estado y Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, por lo que esta orden de gran fuerza moral para un militar como Kappler hacía que disminuyera su libertad de juicio necesaria para una exacta valoración de si la orden era manifiestamente ilegítima o no. Por estos datos objetivos el tribunal afirmó la existencia de la eximente basada en un error sobre el contexto en el que actuaba. Los jueces consideraron que Kappler tenía una visión deformada de la realidad que provocó una distorsión de sus facultades de representación, que causó que tuviera dificultad para percibir realmente el desvalor del hecho.

En el caso Priebke se llegó a sentencia recién en la década del noventa, ya que el ex soldado nazi no fue hallado al momento en que se le formularon los cargos, sino hasta que se supo de su paradero en Argentina en dicha década, en la cual fue extraditado a Italia. El Tribunal Militar de Roma en julio de 1997, adopta un criterio diferente al usado para el caso Kappler para analizar si la orden era manifiestamente ilegítima o no. En este caso el Tribunal sostiene un criterio objetivo. Señala que *“una orden es manifiestamente criminal cuando el tipo medio de persona es capaz de advertir su desvalor penal”*⁶⁵. Dispuso este tribunal que este criterio objetivo debe ser complementado con dos argumentos; el primero es que el autor cuando conoce la criminalidad de la orden, aunque

⁶⁵ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. op.cit.p.463.

no fuera manifiesta, el autor puede prescindirse de una valoración objetiva; el segundo argumento es que no en todos los casos puede prescindirse de la valoración que el inferior, en relación con las particularidades operativas del servicio, pueda realizar de los distintos elementos de hecho de los cuales depende la constatación de la criminalidad de la orden. Luego en 1998 la Corte Militar de Apelaciones de Roma también siguió un criterio objetivo de para resolver el caso, así señaló que *“las órdenes para cometer tales delitos violaban abiertamente el derecho internacional vigente y los principios elementales de humanidad. La manifiesta criminalidad de los actos y de las órdenes a cometer dichos actos serían perceptibles a todos”*. Esta Corte señala que la juricidad contiene ciertos valores capaces de imponerse a todos los seres humanos que no estén afectados por ciertas patologías.

Cabe preguntarse si efectivamente los partisanos podrían considerarse como combatiente en conflicto armado internacional. El ataque fue cometido por 16 partisanos quienes ocuparon TNT empaquetado en una bolsa de acero, escondida en un carro de basura puesta por un partisano disfrazado de barrendero, el detonador se activó cuarenta segundos antes de que los policías llegasen al lugar. Finalmente murieron 28 policías y dos civiles italianos. Preciso es recordar que según los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos los requisitos para ser considerado combatiente son: la existencia de un líder o mando responsable y el respeto de las leyes y uso de guerra, además, el uso de un signo colectivo y llevar las armas a la vista en momentos que se

despliegue la acción. A nuestro juicio los partisanos no cabrían en este concepto, toda vez que el lanzamiento de bomba oculta, en medio de una población, y sin existir guerra lícita, no cumplirían con los presupuestos para ser considerados combatientes.

2. Jurisprudencia Latinoamericana

2.1. Chile

En nuestro país existe actualmente en el Congreso Nacional un proyecto que tiene por objeto ratificar la Convención de imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo que ha significado que durante prolongado tiempo tiempo muchas decisiones de los jueces dejaran impunes a personas que formaban parte del aparato represivo del Estado, como así mismo, a civiles que cometían actos contrarios a la organización estatal durante el gobierno militar que se estableció en Chile desde 1973 al 1990. Esto debido a que imperaba el criterio de que los tratados debían ser ratificados con precedencia a la comisión del delito, a fin de que un juez pueda darlos como normas vigentes para aplicarlos a asuntos penales. Existen 2 periodos de decisiones jurisprudenciales en Chile, uno que se extiende hasta 1998, aproximadamente, donde los tribunales superiores de justicia dieron resistencia a dar aplicación a los disposiciones legales y consuetudinarias – que por cierto no son admisibles en

cuanto a derecho, ni en la Constitución Política de la República ni en nuestro derecho penal interno- de derecho internacional penal, y otra etapa que sigue hasta nuestros días, donde se busca una conciliación entre el derecho interno e internacional a través de soluciones interpretativas –que generan cuestionamiento desde el un punto positivista del derecho-.

En el año 1970 en nuestro país es elegido democráticamente como Presidente de la Nación Salvador Allende Gossens, socialista y primer presidente en la tradición del país con orientación marxista. El Gobierno de la Unidad Popular estuvo marcado por una tensa polarización de la sociedad chilena, que se vio dividida ante el carácter reformativo, o aún, revolucionario del gobierno del Presidente Allende, que llevo al país a vivir una de las crisis social, política y económica más importantes de su historia, y en que se vio quebrantado gravemente el Estado de Derecho y amenazando una guerra civil. La crisis política, social y económica imperante llevó a que el 11 de septiembre de 1973 las Fuerzas Armadas dirigidas por sus más altas autoridades, protagonizaran un Golpe de Estado al Gobierno del Presidente Allende, fecha en la cual se declaró Estado de Sitio y se constituyó una Junta Militar de Gobierno dirigida por Augusto Pinochet, en representación del Ejército; José Toribio Merino, en representación de la Marina; Gustavo Leigh, en representación de las Fuerzas Aéreas; y César Mendoza en representación de Carabineros de Chile. El control militar dirigió el país durante 17 años, época en la que acontecieron diferentes

hechos de connotación delictiva, llevados ante los tribunales de justicia, y sujetos de análisis jurídico.

Desde el 11 de septiembre de 1973 hasta, aproximadamente, el año 1978 ocurrieron, en la acción represiva a grupos civiles armados extremistas, diversos delitos que se cometieron por parte de las fuerzas armadas y de orden, y uniformados pertenecientes a la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), así como también a actos delictivos por parte de civiles contrarios al gobierno militar.

A continuación pasaremos a analizar diversas instituciones que han sido objeto de estudio por parte de nuestros tribunales de justicia y que cobraron gran importancia al momento de deliberar acerca de los casos y hechos acontecidos en el período en cuestión, estas son: el Decreto Ley de Amnistía 2191; la prescripción de los delitos; y en encasillamiento o no de conflicto armado no internacional a la situación vivida en el país.

2.1.a). Decreto ley de Amnistía

Hecho de singular importancia que recayó en este período ocurrió el 19 de abril de 1978, fecha en la que se dictó el decreto ley 2191 que en su artículo 1 otorgaba 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 condenados*⁶⁶.

Cabe tener presente que la amnistía, es un concepto definido por diversos actores entre los cuales destaca el profesor Echeverry la define como *“la extinción de la responsabilidad penal por disposición de una ley, que extingue la pena y todos los efectos de ésta.*⁶⁷” Don Enrique Evans de la Cuadra señala que la amnistía es *la gracia que otorga la autoridad a los autores, cómplices o encubridor de un delito, y que consiste en el olvido de su comisión, y en la consiguiente ausencia de pena*⁶⁸”. Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que se designa con la palabra amnistía *las medidas jurídicas que tienen por efecto la posibilidad de impedir el enjuiciamiento penal y, en algunos casos, las acciones civiles contra ciertas personas o categorías de personas con respecto a una conducta criminal específica cometida antes de la aprobación de la amnistía; o la anulación retrospectiva de la responsabilidad jurídica anteriormente determinada*⁶⁹. El Ministro de la Corte Suprema, don Eleodoro Ortiz Sepúlveda, en relación al caso Soria, dispuso que la doctrina

⁶⁶ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. P.136.

⁶⁷ Etcheverry Alfredo. 1965. Derecho Penal. 2da Edición, Santiago de Chile, Carlos E.Gibbs A., editor, Tomo II, p. 274.

⁶⁸ Evans de la Cuadra, Enrique. 1970. “Relación de la Constitución Política de Chile”, Editorial Jurídica de Chile.

⁶⁹ Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derechos para sociedades que han salido de un conflicto [en línea] http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf [consulta: 10 de abril de 2016]

nacional ha consensuado en *que la dictación de una ley de amnistía es una renuncia del Estado que la promulga al uso de su poder punitivo, movido por circunstancias políticas o sociales que hacen aconsejables promover la pacificación de la respectiva comunidad internacional*⁷⁰.

Gracias al Decreto Ley N°2191 publicado en el Diario Oficial el 19 de abril de 1978 un número importante de delitos fueron amnistiados y por tanto, no sancionados por parte de nuestra sociedad.

Un ejemplo de esta práctica por los jueces es el caso Hornos de Lonquén. Quince campesinos fueron detenidos en la localidad de Isla de Maipo por Carabineros en octubre de 1973. Los hechos de este caso se conocieron en 1978 por una denuncia realizada por un campesino ante la Vicaría de la Solidaridad, quien señaló haber encontrado restos de cuerpos humanos en unos hornos de una mina de cal. El Ministro de la Corte de Apelaciones pudo verificar que estas personas consideradas como desaparecidas hasta entonces, eran personas detenidas por carabineros en la Tenencia de Isla de Maipo el 07 de octubre de 1973. Dicho Ministro, con posterioridad, se declaró incompetente y el caso pasó a la justicia militar. El fiscal militar a cargo, en resolución confirmada por la Corte marcial el 22 de octubre de 1979, sobreseyó la causa y a los implicados en el hecho, ya que señaló que estos acontecimientos habían acaecido en el período amparado por el decreto ley de amnistía 2191. La duda

⁷⁰ Ministro de la CS Eleodoro Ortiz Sepúlveda, 1996. "Revista de Derecho y Jurisprudencia", volumen xciii, tomo ii, segunda parte, sección cuarta, p.117.

que ha surgido en diversos sectores es si era aplicable o no dicho decreto. En el presente trabajo debemos señalar que efectivamente la amnistía está reconocida tanto en los Convenios de Ginebra y su Protocolo II, como también en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1968.

El artículo 6 punto 4 del Pacto San José de Costa Rica prescribe que *toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.* Nuestra misma Corte Suprema ha señalado que no existiría incompatibilidad entre dicho Pacto y el Decreto Ley de Amnistía, disponiendo *“que resulta de interés que mediante Decreto Supremo n°778 de 1976 del Ministerio de Relaciones, se promulgó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...(el que)...debe entenderse incorporado a la legislación interna a partir del 29 de abril del año pasado, fecha de su publicación en el Diario Oficial...la disposición contenida en el artículo 15, punto 2 de este Pacto, resulta de interés para la materia en estudio en cuanto expresa que: “Nada 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”...que esta disposición que se advierte en aparente contradicción con el precepto tachado de inconstitucional (Decreto Ley de Amnistía), pues impide el juzgamiento y eventual condena por hechos delictuosos que perdona, precisamente no lo está en virtud de que el principio de irretroactividad de la ley*

penal consagrado en la propia Carta Fundamental y que contempla el artículo 18 de Código Penal, impiden que tenga aplicación a situaciones y hechos acaecidos con anterioridad a su incorporación a la legislación interna (...) abundando sobre ellos cabe señalar que la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, suscrita en 1969, ratificada por Chile (Decreto Supremo 381 del 22 de julio de 1981) en su artículo 28 establece que las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir (...), en este orden de cosas es útil recordar que ninguno de los acuerdos internacionales vigente limita la facultad de amnistiar, por el contrario el referido Pacto de Derechos Civiles y Políticos, reconoce expresamente la eficacia de esta institución cuando en su artículo 6, punto 4, aun cuando se refiere a condenados a muerte, declara que la amnistía procederá en todos los casos.⁷¹

Por otro lado, debemos tener presente lo prescrito en el Artículo 6 número 5 del Protocolo II de Los Convenios de Ginebra “a las 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

⁷¹ Clara de Szaranki. 2005. Indulto, amnistía, guerra interna y Convenios de Ginebra. [ver en línea] <http://szczaranski.blogspot.cl/2005/08/indulto-amnista-guerra-interna-y.html> [consulta: 02 de mayo de 2016]

*encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado*⁷²

Además, no debemos dejar de mencionar que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 4 n°6 prescribe que *toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de las pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos...*

Un caso emblemático que puede graficar este cuestionamiento es la decisión de la Corte de Apelaciones del 30 de septiembre de 1994 en el caso Uribe Tambley y van Jurick Altamirano. En este caso la Corte de Apelaciones señaló que en el año 1974 en Chile existía una situación de guerra interna, es decir un conflicto armado no internacional, y por lo tanto eran aplicables los Convenios de Ginebra. En conclusión la Corte estimó que los delitos de tortura y secuestro eran crímenes de guerra, y por lo tanto según el derecho internacional eran delitos imprescriptibles y no sujetos a ningún tipo de amnistía –lo cual erróneo, o a lo menos discutible, en virtud de lo prescrito en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos-. La Corte además se basó en otros instrumentos internacionales que entraron en vigencia con posterioridad a la ocurrencia de los hechos y a la dictación del decreto ley de amnistía. En este fallo la Corte además indicó que “frente a violaciones criminales de derechos humanos” no rige el principio de irretroactividad de la ley

⁷² Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. 2016. [en línea] <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm> [consulta: 13 de abril de 2016]

penal- esta afirmación es infundada, es contradictoria con lo prescrito en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica *“nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicables. 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.”*⁷³. Pero frente a este mismo caso la Corte Suprema en la sentencia del 26 de octubre de 1995 tuvo una opinión opuesta y señaló: *“ninguno de los Convenios de Ginebra señala que los delitos allí indicados no serán amnistiables y, por ende, que a los Estados obligados por ellos les esté expresamente prohibido dictar leyes de amnistía”* además en esa oportunidad la Corte Suprema señaló que en este caso era procedente el artículo 6 numeral 5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977 que proscribía: *“ 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”*⁷⁴. Además la Corte rechazó la aplicación de otros instrumentos internacionales en que se basó la sentencia recurrida ya que se vulneraba el principio de irretroactividad de la ley penal.

⁷³ Convención Americana de Derechos Humanos. Op. Cit.

⁷⁴ Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Op. Cit.

Sin embargo luego la Corte Suprema el 9 de septiembre de 1998 en el caso de Poblete y Córdoba la Corte consideró que *“estando el país obligado por los Convenios de Ginebra y en situación de guerra durante los primeros años de la dictadura militar, tiene también el deber de adecuar su derecho interno al internacional y, por consiguiente, la prohibición de conceder vigencia a la amnistía”*⁷⁵. Esta última decisión fue mantenida en otras ocasiones por la Corte Suprema. Una sentencia importante que ejemplifican esto es la del 17 de noviembre del 2004 en el caso Sandoval Rodríguez, donde se repiten los mismos argumentos que en el caso de Poblete y Córdoba en el que los Convenios de Ginebra prohíben la dictación de medidas que tiendan a la impunidad de estos tipos de delitos –lo que, como se señaló anteriormente, a nuestro parecer es incorrecto, ya que no se vulneran dichos tratados, en atención a lo prescrito en el artículo 6 n°5 del Protocolo II. Pero además de estos argumentos la Corte en esta oportunidad agrega: *“la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente.”*⁷⁶ Es decir se hace alusión indirectamente al actual artículo 5 de la Constitución en su inciso 3: *“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*

⁷⁵ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p. 151.

⁷⁶ Ibid.

*esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*⁷⁷ Importante precepto legal el recién citado, porque dispone expresamente además que Chile debe respetar los tratados vigentes, en el caso en cuestión, sería los Convenios de Ginebra, la pregunta radicaría ¿Chile efectivamente vulneraría dichos Convenios al conceder amnistías?, la respuesta como se ha podido demostrar no es unánime, no obstante, por lo desglosado en el texto del presente trabajo, es dudoso, puesto que no se puede decir de modo alguno que los Convenios de Ginebra nieguen toda forma de amnistía, en especial en caso de guerra no internacional – como sostienen aquellas sentencias que existían en Chile en esa época- cuando el Protocolo II expresamente promulga que *“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”*⁷⁸

2.1.b) Conflicto armado no internacional

Hay que tener presente que durante el periodo militar Chile ya había ratificado los Convenios de Ginebra por lo tanto le eran plenamente aplicables.

Muchos jueces desconocían que en Chile lo que pasó haya tenido el carácter de un conflicto armado no internacional como se señala en los Convenios de

⁷⁷ Constitución Política de la República de Chile. Op.cit.

⁷⁸ Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Op.cit.

Ginebra y por lo tanto toda la protección de éstos no se les podía aplicar a las víctimas de estos hechos delictuales. Un caso en que se ejemplifica esto es el fallo pronunciado por la Corte Suprema el 4 de agosto de 2005 sobre los delitos de secuestro y homicidio, por una patrulla militar de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Álvarez el 5 de octubre de 1973 en la ciudad de Angol. Se dejó impune a los implicados ya que se les aplicó la institución de la prescripción de los delitos de secuestro y homicidio que señala el Código Penal, y además no se les condenó por infringir las normas de los Convenios de Ginebra ya que se consideró que en Chile no existía un conflicto armado de carácter no internacional. Así la mayoría del tribunal consideró que la definición de conflicto armado no internacional que señalan los Convenios de Ginebra no permite pensar que en Chile haya existido *“una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados, que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno”* (considerando 7. °)⁷⁹.

Además en este fallo se interpretó que la prohibición de exoneración que hace referencia el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, no puede

⁷⁹ Memoria Viva. Fallo Cotal Álvarez.. 2010 [en línea] http://www.memoriaviva.com/Ejecutados/Ejecutados_C/luis_cotal_alvarez.htm [consulta:12 de junio de 2016]

entenderse como la prohibición de los Estados de amnistiar, sino que debe entenderse que los Estados no pueden dejar de compensar económicamente los daños efectuados. Este artículo 148 del IV Convenio proscrib: “ *Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior*”..

Es preciso destacar que en este fallo la Corte señaló que por los delitos de secuestro y homicidio no se pueden aplicar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad, ni tampoco el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que declaran imprescriptibles estos tipos de delitos, ya que Chile en el momento en que ocurrieron los hechos delictuales no había ratificado estos instrumentos internacionales, y por lo tanto no eran parte de la normativa vigente en Chile.

2.1.c) Prescripción de la acción penal

Antes de ahondar respecto a la prescripción de la acción penal como figura objeto de análisis por nuestra jurisprudencia nacional en relación a los delitos cometidos durante el gobierno militar, es preciso dar una definición de ésta. El profesor Gerardo Bernal es la define como *la sanción jurídica que opera en un proceso penal por haber transcurrido un plazo determinado de tiempo sin que*

*se haya enjuiciado a un imputado, o bien, sin que se haya hecho efectiva la aplicación de la condena a un sentenciado.*⁸⁰

En nuestro ordenamiento jurídico interno, la prescripción como modo de extinguir la responsabilidad criminal está contemplada en el artículo 93 numeral 6 del Código Penal.

En relación al fundamento de la institución en estudio, es loable mencionar lo señalado por la académica doña María Inés Horvitz quien afirma que el *“fundamento del instituto de la prescripción, ya se trate de la acción o de la pena, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, tanto desde la perspectiva de la sociedad (prevención general) como del culpable (prevención especial). En su base operan, pues, consideraciones de racionalidad conforme a fines, es decir, de falta de necesidad prospectiva de la pena. La excepción a esta regla está configurada por aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. Más aún, cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder (paradigmáticamente, la estructura estatal), sus*

⁸⁰ Bernales Rojas, Gerardo. 2007. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos [en línea] Revista Ius et Praxis, 13 (1): 245 – 265. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100009 [consulta:15 de mayo de 2016]

*autores actúan contando con la impunidad de tales ilícitos, la que se expresa, en el caso de la prescripción, como misión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron delitos. Este es el fundamento de justicia política de las disposiciones convencionales en el ámbito internacional que establecen la imprescriptibilidad de ciertos crímenes gravísimos, normas que, sin embargo, no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico chileno.*⁸¹

Si bien durante mucho tiempo existió el criterio exigiendo que no se aplicasen las Convenciones que Chile no había ratificado al momento de que se cometieron los delitos ocurridos en el gobierno militar, existen fallos en que reconocen la aplicación de estas Convenciones que Chile aún no había ratificado – lo que a nuestro juicio, atentaría contra el Estado de Derecho Constituido en nuestro país-. Algunos casos en que los delitos que aparecen en la Convención de imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad de 1968, que si bien Chile no había ratificado al momento en que ocurrieron los hechos delictivos, se reconoce que nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los principios generales de derecho internacional de los derechos humanos o “ius cogens” a, los cuales la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ratificada por Chile

⁸¹ Horvitz, María Inés. 2006. "Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile". [en línea] www.anuariocdh.uchile.cl [consulta:01 de junio de 2016].

antes de la ocurrencia de los hechos delictuales) se limitó a confirmar su prioridad respecto del ordenamiento interno. Es así como en fallo de la Corte Suprema del 13 de diciembre del 2006 en el caso Vásquez Martínez y Superby Jeldres, reflexiona sobre una norma consuetudinaria a propósito de la Convención sobre Imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad: *“aunque la Convención de 1968 no esté vigente en Chile, nada obstaría a que se la reconociera como una práctica habitual de los Estados, vinculante incluso para aquellos que no admiten legalmente la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, ya que esa convención habría enunciado y, además, declarado una regla que ya operaba a la fecha como derecho consuetudinario internacional (considerando 16)”*⁸². No obstante, a pesar de todos los argumentos esgrimidos por la Corte, es preciso reflexionar acerca de si efectivamente se puede considerar la norma en cuestión, como una norma consuetudinaria reconocida, y de la lógica contraria a derecho que sigue este fallo.

Recordemos lo prescrito en el artículo 53 de la Convención de Viena *“es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo contrario y que sólo puede*

⁸² Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p. P.143.

*ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter*⁸³. Por ende, es dudoso decir que la Convención de Viena confirma una supuesta prioridad de los principios generales sobre el derecho interno, ya que como puede deducirse de la lectura del artículo, señala que una norma consuetudinaria es la que no admite acuerdo en contrario, y por ende, si está en posición de una norma interna difícilmente se podrá decir que existe un acuerdo unánime respecto a ella, prescribe como sanción la nulidad pero no la abolición. Nuestro ordenamiento jurídico, como se ha mencionado ya en el cuerpo de la presente obra, reconoce ciertos principios rectores del derecho penal, éstos son el principio de legalidad, non bis in ídem, pro reo e irretroactividad. El fallo en cuestión claramente los vulnera. Por lo demás, nuestra propia Constitución consagra dichos principios. De importancia es de recalcar lo prescrito en el artículo 19 n°3 de nuestra Carta Fundamental *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. 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*

⁸³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, op.cit.

*podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.*⁸⁴

Por otro lado. En Chile se publicó el 18 de julio de 2009 la ley 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes de guerra. Esta ley en su artículo 44 dispone que *los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente en ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia.*

Otra forma que ha procedido la Corte Suprema para no castigar delitos a través de la prescripción, es a través de una solución dada solamente por el derecho interno. Esta solución consiste que como aún no se tiene certeza de si la víctima secuestrada recuperó la libertad o fue asesinada, se entiende que el período consumativo del delito sigue realizándose. De esta manera, *“hay que entender que el hecho criminal sigue en curso de consumación, sin que sea viable establecer una fecha en la que tal cosa cesa de ocurrir. La permanencia del delito, pues, determina la vigencia de la acción penal, cuyo inicio sólo puede contarse desde el término del período consumativo.”*⁸⁵

Fallo de importancia es el dictado el 04 de agosto de 2005 por la Sala Penal, y que hace referencia a la prescripción y a la tesis que la confirma, es el del caso

⁸⁴ Constitución Política de la República de Chile, op.cit.

⁸⁵ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p. 162.

Ricardo Rioseco y Luis Cotal, ejecutados en la ciudad de Angol. La Corte Suprema no reconoció el carácter de ius cogens de normas de derecho internacional de derechos humanos en virtud de la imprescriptibilidad, señaló, revocando el fallo de primera instancia *“11° Los sentenciadores han establecido...que en virtud de la aplicación de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los hechos investigados en esta causa deben ser calificados de imprescriptibles, conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. La sentencia omite señalar cuáles son los criterios que los sentenciadores empearon para determinar que los hechos investigados en esta causa eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, conceptos no definidos por el PIDCP. También omitieron señalar dónde y cómo constan los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional con anterioridad al 5 de octubre de 1973, que impiden aplicar normas generales de prescripción de la acción penal a tales ilícitos. 12° Que, en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad...contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imperceptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. La referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas de prescripción contempladas en el Código Penal.*

13° Que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles. El Estatuto de Roma 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 no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. 14° Que conforme a lo previsto en el artículo 95 del Código Penal, el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiera cometido el delito, esto es el 05 de octubre de 1973, y puesto que no hay evidencia alguna de que el procedimiento se haya dirigido en contra del responsable antes del 08 de abril de 1999, fecha en que se interpusieron las querellas, forzosamente debe concluirse que la responsabilidad de Joaquín León Rivera González ...se encuentra extinguida por la causal contemplada en el n°6 del artículo 93 del Código Penal, esto es, por prescripción de la acción penal⁸⁶.

2.2. Colombia

⁸⁶Fallo Corte Suprema de Chile, Segunda Sala, 04 de Agosto de 2005.[en línea] Diario La Nación <http://www.lanacion.cl/noticias/deportes/lea-el-fallo-de-la-suprema/2005-08-05/120714.html> [consulta:19 de mayo de 2016].

La situación en general de este país es que se tiende a utilizar tipos penales comunes para hechos que son crímenes internacionales. La razón de esto es que muchos hechos que se han ido juzgando ahora ocurrieron cuando estaba vigente el antiguo Código Penal de 1980 que no contenía tipos penales de crímenes internacionales. Pero incluso con la entrada en vigencia del Código Penal del 2001 que incorpora tipos penales de crímenes internacionales como el genocidio, la desaparición forzada, la tortura etc...la jurisprudencia siguió en general aplicando tipos penales comunes a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de este nuevo Código Penal. Esto debido a la dificultad para ver en qué casos por ejemplo se debía efectivamente aplicar un homicidio en vez de un genocidio, o un secuestro en vez de una desaparición forzada etc.. Durante el siglo XX diversos grupos armados de terroristas, de narcotraficantes, de crimen organizado, de autodefensas, que han tenido conflictos entre sí ya sea: por un asunto territorial, económico, o por poder, han causado muchas pérdidas de vidas humanas, lo que hace que los jueces en las distintas regiones del país siempre estén juzgando en tiempos de guerra. A pesar de que el Poder Judicial siempre esté siendo presionado por distintos grupos ya sean criminales o terroristas, y por el Poder Ejecutivo, siempre se mantiene independiente a la hora de juzgar los distintos delitos que llegan a su conocimiento. Colombia al estar en este estado permanente de guerras al interior del país ha ido incorporando a su derecho interno diversas disposiciones del DIH con el objetivo de aminorar en todo lo posible el sufrimiento de los

combatientes. Es así como el artículo 127 del Código Penal de 1980 contiene una cláusula de exclusión de pena. Así *“Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.”*⁸⁷ Hay que tener presente que sediciosos son aquellos que su acción se dirige a la interferencia transitoria del libre funcionamiento del régimen constitucional vigente, en cambio los rebeldes son aquellos que su acción se dirige a la sustitución de un régimen constitucional o legal. El punto importante es que esta norma reconoce la realidad de un conflicto armado no internacional pero los actos de ferocidad, barbarie o terrorismo se consideran un medio innecesario de provocar dolor a los combatientes, y asimismo de atemorizar y exponer a daños innecesarios a la población civil. Así en la providencia con radicado número 12-051 del 25 de septiembre de 1996, la Sala Penal señaló: *“Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitarios o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio (...),”*⁸⁸ Dentro de los crímenes internacionales que incorpora el nuevo Código Penal también incluye los crímenes de guerra, de un gran déficit de persecución debido a los problemas

⁸⁷ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p.164.

⁸⁸ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p.166 .

que incorpora el hecho de que se señala que las conductas deben ser cometidas “en desarrollo y con ocasión del conflicto armado”, es decir, se debe comprobar la existencia fáctica del conflicto armado, lo que ha llevado a los fiscales y jueces a discutir en los distintos casos particulares que llegan a su conocimiento, si se está en presencia o no de un conflicto armado. Por hoy, después de una decisión de la Fiscalía del 2004 existe un consenso generalizado en la jurisprudencia de la existencia dentro de Colombia de conflictos armados no internacionales.

Otro tema de discusión entre los jueces y fiscales es el concepto de combate que está ligado a la noción de conflicto armado. Así, la Sala Penal de forma reiterada ha señalado, como se aprecia en una sentencia de 1999: “(Combate es una acción) que comporta un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional. Es una confrontación que implica lucha de contrarios (...) que exige, además, la posibilidad de que se pueda repeler.”⁸⁹. Es necesario precisar que esta definición dado por el órgano jurisdiccional en comento, no se condice con la definición de combate otorgado por el artículo 3 del Convenio de Ginebra, ni la de su Protocolo II. Esta visión de la Sala Penal ha hecho que los operadores de justicia vean con cierta restricción en momento en que se está en presencia de un combate. Es decir, para que se aplique el DIH es necesario

⁸⁹ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. pp. 189-190.

que exista efectivamente un combate o esté próximo a suceder. Existen ciertos hechos realizados por grupos armados o por el ejército, que si bien han ocurrido en territorio en que existe un conflicto armado sean concebidos posterior a la realización de un combate. Por lo demás, es preciso señalar que este concepto de combate no se condice con la definición prescrita en el artículo 3 del Convenio de Ginebra, ni en el Protocolo II.

La Sala Penal, en un fallo del 2005 consideró que las conductas cometidas por un grupo de soldados no fueron realizadas en un contexto de combate, a pesar de que ese territorio sufría incesantemente situaciones ligadas a conflicto armado interno. Los hechos son los siguientes: *“(...) Alrededor de las 12: 30 del día, por orden del oficial, los soldados dispararon en contra de éstos por la espalda, y les causaron la muerte. Camuflada dentro de dos llantas de repuesto, encontraron una millonaria cantidad de dinero que los militares se repartieron. El Teniente Fajardo Barco destruyó los documentos de identidad de las víctimas y los salvoconductos de algunas armas de defensa personal que portaban. Por instrucciones suyas, a las autoridades armadas y judiciales se les informó que los occisos eran “paramilitares” que los habían agredido, generándose un combate y que en cruce de disparos fallecieron.”*⁹⁰

De los hechos investigados se puede llegar a la conclusión de que hubo un falso combate y los militares causaron homicidio sobre los paramilitares. La

⁹⁰ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p. P.191.

Sala Penal, considera que las personas asesinadas no tienen calidad de personas protegidas por el DIH. Considera que: *“(...) En el asunto que se estudia, ninguna prueba indica que los ciudadanos lamentablemente eliminados se hallaran internacionalmente protegidos. Como es claro, los crueles homicidios no fueron cometidos con ocasión y desarrollo de un conflicto armado, y por tanto, las víctimas no se encontraban protegidas por el derecho internacional humanitario”*.⁹¹ La Sala Penal razonó de esta forma debido a que esta fue una acción no generada propiamente en desarrollo de un combate, pero si en un territorio permanentemente asociado a situaciones ligadas a conflicto armado interno. De este fallo se concluye que existe dificultad para darse cuenta de cuando se está en presencia de un conflicto armado, y la dificultad para entender la noción de combate, ya que éste no se considera que exista si no se presenta con una inmediatez absoluta, y se desconoce, por lo tanto, el mismo conflicto armado. Otro tema que es discutido en el país, es el problema de la responsabilidad penal particular del superior jerárquico en estructuras organizadas de poder, por delitos cometidos por sus subalternos. Este problema es resuelto en la doctrina por la teoría de la autoría mediata planteada por Roxin. Esta teoría señala que en estructuras organizadas de poder, los superiores jerárquicos que tienen la posibilidad de dar órdenes de cometer hechos punibles a sus subalternos, tienen la voluntad del dominio del hecho, lo que les permite saber que sus órdenes se van a cumplir sin que

⁹¹ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p.191.

tengan que conocer al ejecutor del hecho delictual. Los superiores jerárquicos saben que si uno de los miembros que participan en la comisión del delito no cumplen su orden, otro lo reemplazará, y de esta forma no quedará afectada la ejecución del plan global. La Fiscalía entiende que esta tesis de la autoría mediata se aplica en estructuras organizadas de poder de carácter ilegal como son los grupos subversivos, donde existe una manifestación del dominio mediato del hecho, como es el dominio de la voluntad en virtud de dichas estructuras de poder organizadas. Así la Fiscalía señala: “ *Esta teoría, antes que una posición dogmática, refleja lo que sucede en organizaciones como las FARC, en donde quienes conforman su cúpula (...) pueden confiar que sus órdenes se van a cumplir sin que tengan que conocer al ejecutor, sin que tengan que acudir a medios coactivos o engañosos, pues saben que si uno de los miembros que participan en la comisión de los delitos no cumple su cometido, otro lo reemplaza, no quedando afectada la ejecución del plan global.*”⁹² A pesar que la Fiscalía y otros operadores de la Justicia cree en esta teoría, la Sala Penal de la Corte aún no asume esta teoría de manera consistente.

Al igual que en otros países de Latinoamérica también se han dictado en Colombia diversas leyes de amnistía, indultos, leyes de punto final u otras similares que tienen como objetivo impedir a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo. A pesar de la dictación de estas leyes diversas

⁹² Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p.200.

decisiones de la Corte Constitucional han dejado sin efecto a éstas, por tratarse de hechos que constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Esto se puede evidenciar por ejemplo en sentencias como la C-069/94 del 23 de febrero de 1994: *“La CC consideró el delito de secuestro como un crimen de lesa humanidad y afirmó que sería un contrasentido que el Estado social de derecho relativizara la dignidad humana beneficiando con la amnistía o el indulto al autor de ese delito.”*⁹³ Otra sentencia de la Corte Constitucional reconoce que los Estados pueden utilizar las leyes de amnistía o indultos, pero siempre que a las víctimas se les asegure la posibilidad de acceder a los tribunales y obtener una protección judicial efectiva. Así, la sentencia C-578/02 del 30 de julio de 2002 señala: *“La CC sostuvo que el derecho internacional no impide a los Estados la utilización de amnistías o indultos para lograr la reconciliación, siempre que estos instrumentos garanticen a las víctimas la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad y obtener una protección judicial efectiva. La CC también consideró inadmisibles el otorgamiento de autoamnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo”*⁹⁴.

Además al igual que otros tribunales latinoamericanos, los tribunales colombianos al recibir causas de crímenes internacionales como lo son los

⁹³ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p.428.

⁹⁴ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p.430.

crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra también han aplicado la imprescriptibilidad de estos tipos de delitos, y además han señalado que existe el derecho a la verdad y a la justicia por parte de la sociedad entera para conocer de estos tipos de delitos. Así, la Corte Constitucional en la sentencia C-580/02 del 31 de julio de 2002, al decidir con respecto de un delito de desaparición forzada tuvo que confrontar dos normas que eran opuestas, una es la del artículo 7 de la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas que señala la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena derivada de este tipo delictual, con el artículo 28 de la Constitución que proscribía que en ningún caso podría haber penas imprescriptibles. La Corte señaló que la regla de la prohibición de imprescriptibilidad de las penas no era absoluta y que la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada se justifica por el interés de la sociedad de que este tipo de delitos no quedaran impunes, además del derecho a la verdad de la sociedad, y el derecho a la justicia por las víctimas. Así, *“La Corte estableció que, si bien la prohibición de imprescriptibilidad de las penas debía extenderse, con base en la garantía del debido proceso, a las acciones penales, esa garantía no era absoluta y que en el caso del delito de desaparición forzada la imprescriptibilidad se justificaba en la gravedad de delito, el interés en erradicar su impunidad, el derecho a la verdad y el derecho de las víctimas a la justicia.”*⁹⁵ Además la Corte en la sentencia T-249/03 del 21 de marzo del 2003 desarrolló jurisprudencia relativa

⁹⁵ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p.429.

al derecho a la justicia y a la verdad para los crímenes internacionales, en donde cualquier persona puede constituirse como parte civil para accionar ante los tribunales para exigir que se revele la verdad sobre estos delitos y se establezca la responsabilidad penal individual sobre los responsables. Esto debido a que existe un interés de la sociedad por estos delitos particulares, ya que éstos lesionan bienes jurídicos que son de toda la colectividad. Así, *“La CC sostuvo aquí que en los casos en que existe un interés social cualquier individuo puede constituirse en parte civil como actor popular y que tal interés social existe en casos de graves atentados contra los derechos humanos, violaciones del derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad, y hechos que implican una grave puesta en peligro de la paz colectiva.”*⁹⁶ Señaló la Corte que tal decisión es acorde al artículo 45 del Código Procesal Penal que autoriza a la constitución en parte civil como actor popular “cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos”. Por último, un fallo relevante de la Corte Constitucional con respecto al derecho de las víctimas a la justicia es la sentencia del 004/03 del 20 de enero del 2003. En este fallo se cuestionó la constitucionalidad del artículo 220 del Código Procesal Penal que indicaba, que en caso de descubrimiento de nuevos hechos o nuevas pruebas, existía la posibilidad de revisión de la sentencia sólo en caso de que ésta fuera condenatoria. La Corte estimó que en casos normales es correcto reservar la cosa juzgada sólo a favor del condenado, pero en situaciones en que existen

⁹⁶ Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p.429.

graves violaciones al derecho internacional humanitario esto no se justificaba. La Corte señaló que ante la imposibilidad de revisar sentencias absolutorias se crearían casos de impunidad que, pondrían en riesgo el “orden justo”. Además la Corte indicó que esta impunidad resultaba más grave cuando derivaba del incumplimiento del Estado de investigar y sancionar correctamente estos crímenes internacionales, y además la Corte dijo que esto resultaba aún más grave si producto de esta impunidad el Estado vulneraba sus compromisos internacionales que había asumido. La Corte en esta sentencia apoyó su solución en el artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual admite en algunos casos vulnerar la cosa juzgada en perjuicio del imputado que resultare absuelto.

2.3 Argentina

En este país existieron 6 golpes de Estado durante el siglo XX. Los 2 últimos golpes de Estado que establecieron dictaduras de tipo permanente fueron los de 1966 y 1976. En particular este último golpe estableció una dictadura hasta el 1983 donde se concretaron una serie de delitos. Al igual que en Chile, dos instituciones cobraron importancia en el análisis jurisprudencial de Argentina, la prescripción y los decretos de amnistías. Figuras que pasaremos hacer mención a continuación.

2.3.a). Prescripción

Uno de los problemas principales que se han presentado para perseguir penalmente a los individuos que participaron en hechos delictuosos durante la última dictadura, es el tema si la acción penal se encontraba o no prescrita. Una de las formas para establecer la imprescriptibilidad de los delitos contra el derecho de gentes, antes de la entrada en vigor para Argentina de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, fue recurriendo a la costumbre internacional. Debemos recordar que recién el 01 de noviembre de 1995 el Congreso Nacional de la República de Argentina aprobó dicha Convención, a través de la ley 24.586 publicada el 29 de noviembre del mismo año. Una de las formas de los juristas para recurrir a la costumbre internacional era haciendo una interpretación amplia del artículo 118 de la Constitución Nacional que señala:” *Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.*⁹⁷” Como se puede apreciar esta norma reconoce la jurisdicción del Poder Judicial para juzgar delitos contra el Derecho de Gentes, sin importar si estos delitos fueron cometidos fuera del territorio de la República.

⁹⁷Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p.25.

Cierta jurisprudencia ha entendido que esta norma expresa un compromiso de Argentina en la persecución de los crímenes definidos por el derecho internacional público (derecho de gentes en el lenguaje de la Constitución). Así de esta forma la Constitución recibiría a nivel constitucional las normas del Derecho Penal Internacional. En relación a lo mismo, pero en opinión discordante, se ha señalado que los tribunales del país en cuestión de seguir el razonamiento anterior estarían vulnerando el principio de legalidad, así en el caso Arancibia Clavel, los votos de los ministros Fayt y Belluscio señalan *“el principio de legalidad impide considerar a los delitos de lesa humanidad cometidos durante el último gobierno militar como imprescriptibles. Esta postura se funda en que al momento de la comisión de los hechos faltaba norma específica –que vinculara a la República de Argentina- que estableciera una determinada sanción o bien la imprescriptibilidad de las sanciones establecidas en la ley local, ya que la convención que estableció esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con posterioridad al ordenamiento jurídico nacional⁹⁸”*. Fallo relevante es el mencionado anteriormente, el proceso contra Arancibia Clavel que fue acusado de integrar una asociación criminal chilena llamada DINA. Los hechos en este caso fueron subsumidos en el delito de asociación ilícita del Código Penal argentino, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó

⁹⁸ Piqué, María Luisa. 2013. Artículo 9, Principio de Legalidad y de Retroactividad. [en línea] Buenos Aires, Argentina <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/009-pique-legalidad-y-retroactividad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf> [consulta:05 de junio de 2016].

que cuando una asociación ilícita está destinada a cometer crímenes de lesa humanidad, comparte el carácter de estos crímenes y el delito se convierte en un crimen de lesa humanidad y por lo tanto los delitos se vuelven imprescriptibles. La Corte además señaló que la calificación del delito como crimen de lesa humanidad y la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad no infringían el principio de legalidad, porque aquel crimen y la regla de la imprescriptibilidad ya formaban parte de la costumbre internacional al momento de ocurrir los hechos y antes de que Argentina ratificara algunas convenciones internacionales que reconocieran este tipo de crimen y la regla de imprescriptibilidad. Además la Corte frente a este caso señaló que si se adoptaba una postura contraria haría comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano. A pesar de estos argumentos, existe jurisprudencia minoritaria en que duda que el artículo 118 de la Constitución Nacional sirva de recepción al Derecho Penal Internacional, y que éste tenga jerarquía constitucional. El incumplimiento del principio de legalidad ha sido la objeción más común contra el uso de la costumbre internacional. El artículo 18 de la Constitución Nacional de Argentina dispone *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.”* Pero alguna jurisprudencia señala que es inaplicable el artículo 18 de la Constitución relativo al principio de legalidad, ya que los delitos en el derecho penal

internacional están conforme a un principio de legalidad propio y diferente del principio de legalidad nacional. Otra jurisprudencia no señala que el artículo 18 de la Constitución sea inaplicable, sino que se limita a reconocer ciertas excepciones al principio de legalidad constitucional que se justifican en características propias del derecho internacional. Esta posición se puede ver reflejada, en la opinión del procurador general de la Nación al señalar ante la Corte Suprema de la Justicia Nacional en el caso Simón: (...) *en cuanto a la exigencia de ley formal, creo evidente que el fundamento político (democrático-representativo) que explica esta limitación en el ámbito nacional no puede ser trasladado al ámbito del derecho internacional, que se caracteriza, precisamente, por la ausencia de un órgano legislativo centralizado, y reserva el proceso creador de normas a la actividad de los Estados. Ello, sin perjuicio de señalar que, en lo que atañe al requisito de norma jurídica escrita, éste se halla asegurado por el conjunto de resoluciones, declaraciones e instrumentos convencionales que conforman el corpus del derecho internacional de los derechos humanos y que dieron origen a la norma de ius cogens relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.*⁹⁹ No obstante, es preciso tener en cuenta el voto minoritario en este caso. El juez Fayt señaló *“la aplicación de la costumbre internacional contraría las exigencias de que la ley penal debe ser cierta –exhaustiva y no general-, stricta –no analógica- y, en particular, scripta –no consuetudinaria-...las fuentes difusas –como*

⁹⁹Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. op.cit. p.132.

*característica definitoria de la costumbre internacional- son también claramente incompatibles con el principio de legalidad”.*¹⁰⁰

Por ende, forma que han considerado los tribunales argentinos para establecer la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho internacional público es reconociendo la existencia de un orden público internacional en cuyo escalafón más alto se hayan las normas imperativas del ius cogens. Las normas de derecho internacional con valor de ius cogens conformarían un derecho con validez universal que en el ámbito nacional se debe aplicar de forma privilegiada. Ambos argumentos por lo general aparecen expuestos de forma conjunta. Un fallo relevante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se basa en estos argumentos es el caso Priebbke, donde se admite la extradición a Italia de un ex nazi por el episodio denominado *La Masacre de las Fosas Adreatinas* ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial. En este caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación calificó los hechos como genocidio y como crimen de guerra, además la Corte señaló que si bien los instrumentos internacionales a los que la decisión hacía referencia, es decir a los Convenios

¹⁰⁰ Magariños, Mario. 2011. Las reglas de legalidad e imprescriptibilidad y el principio de justicia [en línea]
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1tdpd5Qb56kJ:www.editorialjuris.com/descargaDoc.php%3FidDoctrina%3D38+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=cl> [consulta:15 de junio]

de Ginebra y a la Convención contra el Genocidio, no establecían sanciones penales para tales hechos eso no obstaba a la calificación de los hechos, ya que este caso se trataba de un proceso de extradición y no de un proceso para establecer la responsabilidad penal o inocencia de una persona. En este caso lo que se discutía era si los hechos imputados a Erich Priebke estaban o no prescritos por el ordenamiento interno argentino. Si en este caso se hubiera aplicado el Código Penal o el Código de Justicia Militar, se conducía a la prescripción de la acción penal, dado que las figuras penales aplicables estaban asociadas a acciones con plazos ya vencidos. En cambio la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó el problema de la prescripción sobre la base del derecho internacional consuetudinario, aplicando el artículo 118 de la Constitución Nacional, y llegó a la conclusión que los hechos por los que se imputaba a Erich Priebke eran imprescriptibles. De esta forma, la recepción constitucional del Derecho Penal Internacional, impone la aplicación en el ámbito interno las normas que tienen validez universal, es decir, la costumbre general y en particular el *ius cogens*. Y al aplicarse estas normas de derecho consuetudinario, habría una excepción al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. No obstante, hay que tener presente lo señalado por el profesor Mario Arnelo, respecto al *ius cogens*, ya citado y analizado a lo largo de la presente tesis *“el ius cogens en el derecho internacional es cuestión complicada, discutida y difícil de precisar fuera del*

*ámbito de los tratados*¹⁰¹. A nuestro parecer, es a lo menos dudoso y sujeto a interpretación los criterios aplicados por los tribunales argentinos. Consideramos que el principio de legalidad asegura el Estado de Derecho y establecer excepciones siempre implica un desequilibrio al mismo, por lo que debe ser tratado con extrema diligencia.

Otro rasgo que caracteriza a la mayoría de la jurisprudencia es que ha señalado que los delitos cometidos en la dictadura son imprescriptibles, es a través de una doble subsunción. Por una parte se aplican los tipos penales nacionales, que contienen los supuestos de hecho para aplicar una pena. Y por otra parte la conducta además se subsumiría en una figura del Derecho Penal Internacional donde estaría el presupuesto para la aplicación de la norma sobre imprescriptibilidad. Las normas internacionales que prohíben conductas bajo la amenaza de una pena en muchos casos son incompletas. Por esta razón que estas normas internacionales requieren de una norma complementaria que establezca una pena bien determinada. Esta norma complementaria puede ser una norma estatal que será sólo aplicable para el juzgamiento de esa conducta dentro de ese Estado. Estas normas estatales tienen una pena bien determinada. Las figuras penales nacionales deben tener similitud a las figuras penales internacionales, no tienen por qué ser idénticas o tener que hacer referencia al contexto de acción como se menciona en las figuras penales

¹⁰¹ Fernández, Susana. Op.cit.

internacionales. Se considera que las figuras penales internacionales están inmersas en las figuras penales nacionales que describen la conducta punible de un modo más amplio. Existe un rechazo a esta conjunción de normas en algunos fallos, como es el caso de la posición que adoptó el juez Petracchi al votar en disidencia en el caso Priebke. Este juez señaló que la conducta encuadrable con la legislación argentina era el delito de homicidio pero que éste ya estaba prescrito según la misma legislación. También rechazó que el caso se solucionara de acuerdo al derecho de gentes, dado que las conductas descritas como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad no tenían una pena prevista en el derecho internacional. Para este juez las conductas o bien podían subsumirse en la legislación nacional donde se concluiría que habría un hecho punible pero prescrito, o bien las conductas podrían subsumirse en el derecho internacional donde se concluiría a un hecho imprescriptible pero no punible. Así Petracchi señala: *“Tampoco se podría llenar el vacío de la ausencia de pena con una remisión de pena a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta - cuya acción, cabe recordarlo, se encuentra prescrita – con un tipo del “Derecho de Gentes”. En dicho supuesto se estaría inventando una tercera categoría de delitos- por así llamarla “mixta”-, lo que obviamente no está dentro de las facultades de los jueces de la República.”*¹⁰²

¹⁰² Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Op.cit. p. 36.

Por último, es preciso señalar que la jurisprudencia argentina ha fundado la imprescriptibilidad de los delitos cometidos en la dictadura sobre la base de 2 tratados Internacionales: la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (en adelante Convención sobre la Imprescriptibilidad) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). La Convención sobre la Imprescriptibilidad que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968, fue ratificada por Argentina con posterioridad a los hechos delictuales cometidos en la dictadura, en noviembre de 1995. Los primeros fallos citaban la Convención sobre la Imprescriptibilidad como un antecedente que demostraba como la regla de la imprescriptibilidad que existía en la costumbre internacional iba desarrollándose en el ámbito internacional y del comportamiento del Estado de Argentina en la elaboración de esa regla. Luego cuando Argentina ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad y más aún cuando luego le otorgó jerarquía constitucional, la Convención comenzó a ser aplicada en los fallos por hechos ocurridos con anterioridad a la ratificación hecha por Argentina, es decir se empezó a aplicar retroactivamente la Convención. Cabe tener presente que los jueces al aplicar esta Convención sobre la Imprescriptibilidad se protegen hechos que atentan contra los derechos humanos en general, sin importar si los jueces creen que existía o no un conflicto armado de carácter no internacional, ya que si los jueces creen que si hubo conflicto armado los hechos tendrían la calificación de crímenes de guerra

y se tendrían que aplicar a los individuos beligerantes y civiles toda la protección que emana de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales, en cambio si los jueces creen que no hubo conflicto armado de carácter no internacional los hechos serían calificados como crímenes de lesa humanidad. En los casos Arancibia Clavel y Simón los votos del juez Petracchi en estos casos toman a la Convención Americana como argumento principal para sostener la imprescriptibilidad y rechazar la prescripción del Código Penal argentino con respecto a los hechos delictuales ocurridos en la década del 1970. Petracchi ocupa como fundamento a la Convención Americana para aplicar retroactivamente la Convención sobre Imprescriptibilidad y de esta manera desplazar las reglas de prescripción del Código Penal, ya que consideraba que era necesario aplicar la Convención de Imprescriptibilidad retroactivamente porque la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos había evolucionado y esta manera de proceder era la más acorde al derecho internacional vigente. A pesar de la argumentación del juez Petracchi, seguía el problema constitucional de la irretroactividad de la ley penal debido a que tanto la Convención de Imprescriptibilidad como la Convención Americana son normas que entraron en vigencia internamente con posterioridad a la ocurrencia de los hechos.

2.3.b). Amnistía

Al igual que muchos países que tuvieron dictaduras en América Latina, en Argentina se dictaron varias normas de impunidad con el objeto de extinguir las acciones penales contra los agentes del Estado que hubieran participado en esos delitos durante las dictaduras. Dos de las principales leyes que tenían el objeto de limitar el avance de los procesos penales eran las leyes de Punto Final (ley 23.492 dictada el 24 de diciembre de 1986) y de Obediencia Debida (ley n°23.521 dictada el 4 de junio de 1987).

En el caso Camps, donde se cuestionó la aplicación de dichas leyes, y resuelto por la Corte Suprema en 1987, ratificó la constitucionalidad de ambas leyes, señalándose en el fallo *“la ley 23521 no puede interpretarse con olvido de la particular coyuntura política que la motiva ni con indiferencia por los efectos que podría desencadenar su invalidación por este Tribunal...mediante la ley impugnada los Poderes Ejecutivos y Legislativo han decidido, ante el grave conflicto de intereses que la sociedad argentina afronta en torno a este tema, conservar la paz social encauzando la voluntad popular en medidas que clausuren los enfrentamientos, en procura de alcanzar como meta indispensable la unión de los argentinos.”*¹⁰³

No obstante, posteriormente en el caso Simón, relativo al secuestro del matrimonio Hlaczik Poblete y de su hija Claudia Poblete, por parte de Héctor

¹⁰³ Fernández Valle, Mariano. La Corte Suprema Argentina frente al Legado de la última Dictadura Militar: Reseña del Fallo “Simón” [en línea] <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/19423/20559> [consulta:02 de junio de 2016]

Simón, suboficial de la Policía Federal de Argentina, el fallo dictado por la Corte Suprema el 14 de Junio de 2005, se basó fundamentalmente en la normativa internacional e interamericana de Derechos Humanos, y en principios generales de derecho internacional, fundándose en un régimen supranacional. En este caso se declaró la inconstitucionalidad de los decreto de amnistías, principalmente por la necesidad de garantizar, por parte del Estado, la protección al derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, en voto minoría el juez Fayt sostuvo que *los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución argentina, y que es indudable que nuestros constituyentes han consagrado desde antiguo un propio margen nacional de apreciación delimitado por esos principios de derecho público...por ello es inaceptable en nuestro sistema sostener la primacía de derecho internacional frente a la propia Constitución Nacional.*¹⁰⁴ Al respecto, se debe tener en cuenta lo prescrito en el artículo 27 de la Constitución Nacional de argentina y que citó como argumento el juez en cuestión *“el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.*¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ibid.

Al igual que en Chile, se puede vislumbrar que en Argentina se producen los mismos cuestionamientos ¿debe imperar el régimen interno, la Constitución Política de la Nación que consagra el Estado de Derecho, o, debe hacerse alusión a un sistema supranacional que muchas veces contiene límites poco claros que conlleva a excepciones en los ordenamientos jurídicos? La respuesta a nuestro parecer no es tajante, sin embargo, consideramos, como ya hemos mencionado, tener la suficiente delicadeza en estos análisis, puesto que está en juego el orden democrático de cada nación, como así también los principios y pilares de cada ordenamiento jurídico, como lo es por ejemplo en el área penal, el principio de legalidad y el de pro reo.

CONCLUSIÓN

Por medio del desarrollo de la obra que hemos realizado, podemos obtener una serie de conclusiones respecto a la efectiva protección que recibe el individuo beligerante en el derecho internacional humanitario.

Llama la atención del análisis que realizamos de la jurisprudencia latinoamericana el tratamiento que le han dado los tribunales nacionales a la institución de la prescripción. Como pudimos ver, en diversos fallos los tribunales ordinarios no aplicaron esta figura jurídica argumentando en base al derecho de gentes o *ius cogens*, señalando que existiría a una norma de costumbre internacional, aceptada por la comunidad internacional, en virtud de la cual se harían imprescriptibles todos los delitos de lesa humanidad o violadores de derechos humanos. Este criterio configura un absurdo y grave error jurídico, primero porque no cabe aplicar la costumbre en una causa penal, por lo que consagra el principio de legalidad; segundo, porque es falso el decir que la mayoría de los Estados aceptan dicha norma de costumbre, ya que son el doble las naciones que no han ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad de los que sí la han ratificado; tercero porque la ésta última Convención, Estatuto que consagra expresamente la institución en cuestión, no se encontraba vigente al momento de conocer los tribunales dichas causas. No obstante, consolidar la aplicación sobre las normas de costumbre internacional es cuestión discutible,

no sólo en área penal, toda vez que, como se dijo anteriormente, no existe en el derecho internacional ni en nuestra legislación nacional una norma que sea capaz de abolir una ley interna, ni menos aún normas de rango constitucional. Es más, la normativa internacional lo que hace al respecto es consolidar los mismos principios rectores de nuestro ordenamiento, y garantías constitucionales, como los son el principio de legalidad, de pro reo, cosa juzgada e irretroactividad de la ley.

Durante los últimos quince años, la Sala Penal de nuestra Corte Suprema ha analizado y sostenido que es una norma de ius cogens la que hace inaplicable tanto la amnistía como la prescripción. Sin embargo, el artículo 53 de la Convención de Viena, norma ya analizada, sólo fija como sanción la nulidad de todo tratado que esté en oposición a ella, pero no puede, como ya dijimos, abolir normas de derecho interno e internacional. Debemos recordar que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos aceptan y reconocen ambas instituciones, la prescripción y la amnistía. Respecto a la amnistía, ésta está reconocida expresamente en La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4 n°6. También está estipulada en el artículo 6 punto 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también en el artículo 6 n°5 de la Convención de Viena.

Por tanto, a nuestro parecer, nos aparece que los tribunales al no conceder amnistías y aceptar la imprescriptibilidad, vulnerarían tanto normas positivas de derecho internacional, así como normas internas. La violación de estas últimas es cuestión relevante, toda vez que su vulneración atenta contra el Estado de Derecho consagrado en nuestro país, generando incerteza jurídica e inestabilidad en nuestras instituciones.

Norma de relevancia también es la prescrita en el artículo 44 de la ley 20.357 publicada en nuestro país que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, la cual dispone que sólo regirá para hechos cuyos principios de ejecución sean posteriores a su entrada en vigencia, rigiendo para hechos anteriores el derecho aplicable en ese momento. Creemos que esta norma ha sido ignorada por la Corte Suprema, la cual ha catalogado dichos crímenes como tales aún antes de la fecha incoada, alegando existir una deuda social que requiere ser castigada. A nuestro parecer, esta tesis nos parece temeraria y riesgosa, puesto que pone en juego el Estado de Derecho Imperante.

Otro aspecto relevante que pudimos concluir de nuestra investigación, fue la relevancia de la determinación de un conflicto armado internacional o no internacional. La calificación de éste cobra suma relevancia al momento de determinar la legislación aplicable. En Chile adquiere importancia el artículo 3 de la Convención de Viena, que encasilla los conflictos armados no

internacionales. La situación vivida en nuestro país durante el gobierno militar ha sido catalogada como conflicto armado no internacional, y también como un estado de convulsión interna, toda vez que no cumpliría los requisitos prescritos los Convenios de Ginebra. Así por ejemplo El Frente Patriótico del Partido Comunista no podrá ser considerada “partes de conflicto” dentro de los términos del DIH, ya que funcionaban en células, y tampoco se reconocían entre sus miembros, no cumpliendo así con los requisitos del artículo 3 ni con el Protocolo 2. El MIR, por otro lado, tampoco cumpliría con dichos requisitos, toda vez que funcionaba en clandestinidad. En Colombia, en cambio, se ha restringido el concepto de conflicto armado no internacional, no condiciéndose con las normas de DIH

Finalmente, cabe analizar si el sujeto beligerante recibe protección adecuada en el DIH. A nuestro parecer, existe legislación internacional suficiente que consagra principios y garantías a estos sujetos., los cuales también se ven consagrados en las legislaciones internas de cada Estado, tanto a nivel legal como Constitucional. Sin embargo, tanto los tribunales internos como los internacionales en ciertas ocasiones han fallado en vulneración a estos principios y garantías, apoyándose en interpretaciones ambiguas y, a veces, contrarias a derecho, apoyándose más bien en fundamentos de índole moral, y llegando aplicar normas de ius cogens de forma extensiva, desconociendo el derecho positivo. Sostenemos que esto último debe ser analizado con sumo cuidado, toda vez que si bien comprendemos que cada nación está formada por

sociedades que buscan satisfacer sus necesidades, estos sentimientos no pueden poner en riesgo el Estado de Derecho cuya organización política y social ha sido consagrada por sus propios miembros, y que otorga la seguridad jurídica que requiere el buen funcionamiento de toda comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

-A Can ado Trindade, Antonio. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago, Chile; Jurídica de Chile, 2006, Salesianos.

-Acevedo Z.C., y Torres F.A. 2009. Determinación de la pena en Chile: Principios de un Estado Democrático de Derecho y fines de la pena. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Universidad de Chile, Santiago Chile. P.37
http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-acevedo_c/pdfAmont/de-acevedo_c.pdf [consulta: 14 de mayo de 2016]

-Arnello Romo, Mario. Mitos, ideologías e inconsistencias jurídicas, 2012. El Mercurio, Internacional, Santiago, Chile. 20 de Agosto, A-3.

-Bernaes Rojas, Gerardo. 2007. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos [en línea] Revista Ius et Praxis, 13 (1): 245 – 265.
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100009 [consulta:15 de mayo de 2016]

-Bustos Valderrama, Crisólogo. [en línea] Estudio del artículo tercero del Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, u del Protocolo Adicional II DE 1977
<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/03fa9211-7bf5-4339-b0f8-c66c2c83854b/5.pdf?MOD=AJPERES> [consulta: 25 de marzo de 2016].

- Carta de las Naciones Unidas [ver en línea] <http://www.un.org/es/charter-united-nations/> [consulta: 12 de abril de 2016].

- Clara de Szaranki. 2005. Indulto, amnistía, guerra interna y Convenios de Ginebra. [ver en línea] <http://szczaranski.blogspot.cl/2005/08/indulto-amnista-guerra-interna-y.html> [consulta: 02 de mayo de 2016]

- Código Penal. Biblioteca del Congreso Nacional [en línea] http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Chile.pdf [consulta: 11 de marzo de 2016].

Código Procesal Penal. [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> [consulta: 25 de mayo de 2016]

-Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional.2004. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf> [consulta: 02 de abril de 2016]

--Comité Internacional de la Cruz Roja. 2004 ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario? [en línea] <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf> [consulta: 03 de mayo de 2016]

-Constitución Política de la República en Chile. [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [consulta:03 de mayo de 2016]

-Convención Americana de los Derechos Humanos. [en línea] https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm [consulta:01 de abril 2016]

- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 2016. [en línea]
http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

[consulta: 03 de febrero de 2016]

-Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes [ver en línea]
<http://www.un.org/es/sc/ctc/docs/conventions/conv5.pdf> [consulta: 15 de abril

de 2016]

I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>

- II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949.
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>

- III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949.
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>

-IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

-Declaración Universal de los Derechos Humanos. 2016. Fundación Acción Pro Derechos Humanos. [ver en línea]

<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CjwKEAiApLDBBRC8oICb9NvKsg0SJAD9yOH>

sX1CibmpUFZ-gn8kdTmJoSa0Q_-PM7f2sWv4CgK55rxoCJFbw_wcB

[consulta:13 de marzo de 2016]

-Diez de Velasco, Manuel. 2013.“Instituciones de Derecho Internacional Público”. (18º. Ed.) Santiago, Chile. P. 1037.

-Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [ver en línea]

[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) n

[consulta:13 de junio de 2016]

-Etcheverry Alfredo. 1965. Derecho Penal. 2da Edición, Santiago de Chile, Carlos E.Gibbs A., editor, Tomo II, p. 274.

-Evans de la Cuadra, Enrique. 1970. “Relación de la Constitución Política de Chile”, Editorial Jurídica de Chile.

-Fallo Corte Suprema de Chile, Segunda Sala, 04 de Agosto de 2005.[en línea]

Diario La Nación <http://www.lanacion.cl/noticias/deportes/lea-el-fallo-de-la-suprema/2005-08-05/120714.html> [consulta:19 de mayo de 2016.

-Fernández Alarcón, Susana. Derecho Internacional Humanitario y su aplicación en el Derecho Interno de Chile. [en línea] Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Repositorio Universidad de Chile 2014.

[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116751/de-fernandez_s.pdf?sequence=1.](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116751/de-fernandez_s.pdf?sequence=1) [consulta: 10 de mayo de 2016]

-Fernández Valle, Mariano. La Corte Suprema Argentina frente al Legado de la última Dictadura Militar: Reseña del Fallo “Simón” [en línea]

<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/19423/20559>

[consulta:02 de junio de 2016]

-Gandulfo, Eduardo. 1999. Principios del Derecho Procesal Penal en el Nuevo procedimiento chileno. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX. [en línea] Valparaíso, Chile, [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/448-1690-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/448-1690-1-PB%20(1).pdf) [consulta: 05 de junio de 2016]

-Horvitz, María Inés. 2006. "Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile". [en línea] www.anuariocdh.uchile.cl [consulta:01 de junio de 2016].

-Jordan, Javier., Las Nuevas insurgencias "Análisis de un fenómeno estratégico emergente",p.p. 279-280, letra a) ; A.E.D.I, vol. XXIV (2008)

-Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. 2008. Por Ambos Kai "et al". Montevideo, Uruguay. Fundación KONRAD-Adenauer-Stiftung.p.461.

-Magariños, Mario. 2011. Las reglas de legalidad e imprescriptibilidad y el principio de justicia [en línea] <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1tdpd5Qb56kJ:www.editorialjuris.com/descargaDoc.php%3FidDoctrina%3D38+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=cl> [consulta:15 de junio]

-Maya Cisneros, Jenny. 2002. El Derecho Internacional Humanitario.Monografía para optar al Título de Licenciado en Derecho.[en línea] Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua p. León Nicaragua.

<http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/retrieve/4485> [consulta: 01 de junio de 2016].

-Memoria Viva. Fallo Cotal Álvarez.. 2010 [en línea]
http://www.memoriaviva.com/Ejecutados/Ejecutados_C/luis_cotal_alvarez.htm
[consulta:12 de junio de 2016]

-Ministro de la CS Eleodoro Ortiz Sepúlveda, 1996. “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, volumen xciii, tomo ii, segunda parte, sección cuarta, p.117.

-Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derechos para sociedades que han salido de un conflicto [en línea]
http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf [consulta: 10 de abril de 2016]

-Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. 2016 Naciones Unidas Derechos Humanos. [en línea]
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> [consulta: 01 de abril de 2016]

-Piqué, María Luisa. 2013. Artículo 9, Principio de Legalidad y de Retroactividad. [en línea] Buenos Aires, Argentina
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/009-pique-legalidad-y-retroactividad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf> [consulta:05 de junio de 2016]

-Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. 2016

[en línea] <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>
[consulta: 24 de abril de 2016].

-Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. 2016. [en línea]
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>
[consulta: 13 de abril de 2016]

- Quesada Alcalá, Carmen. 2005. Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal. Valencia, Tirant monografías 383. pp. 58 y 59.

- Real Academia Española. 2016 [ver en línea] <http://dle.rae.es/?id=Vkp3w4m>
[consulta en línea: 02 de mayo de 2016].

- Real Academia Española. 2016 [en línea] <http://dle.rae.es/?id=QI3WHle>
[consulta: 28 de marzo de 2016]

- Rodríguez Collao, Luis. 2012. Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal. Revista de Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar. [en línea] Viña del Mar, Chile,
<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/08.145-172Rodriguez.pdf>
[consulta: 06 de junio de 2016]

-Tavenier, Paul. 1997. La experiencia de los tribunales penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda. [en línea] Revista Internacional de la Cruz Roja <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl79.htm>
[consulta: 10 de marzo de 2016]

-Universitat de les Illes Balears. Conclusiones sobre los Tribunales Militares Internacional [en línea] <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/3.->

[Conclusiones-sobre-los-Tribunales-Militares.cid210833](#) [consulta 15 de marzo de 2016]

-Vargas Carreño, Edmundo. 2007. "Derecho Internacional Público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI". Santiago, Chile: Jurídica de Chile. P. 591

-Vinuesa, Raúl Emilio. 2003. La aplicación del derecho internacional humanitario por los tribunales nacionales: la extradición de criminales de guerra. Comité Internacional de la Cruz Roja [en línea] https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/12_vinuesa.pdf [consulta:16 de mayo de 2016]

-Violencia y uso de la fuerza; Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR, septiembre de 2008,p.p 15-20.

-Winter Etcheverry, Jaime. Responsabilidad por el mando en el Derecho Penal Internacional. [en línea] Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Repositorio Universidad de Chile, http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-winter_j/pdfAmont/de-winter_j.pdf. [consulta:23 de mayo de 2016].