



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

**“LA ACTUALIZACIÓN DE LA NORMATIVA DE CRÍMENES DE GUERRA
EN EL DERECHO INTERNO A LA LUZ DEL ESTATUTO DE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL Y OTRAS NORMAS”.**

Memoria para Optar al Grado de

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Francisco Munizaga Miranda

PROFESOR GUIA: SR. CLAUDIO NASH ROJAS

Santiago, Chile

2011

A mi Mamá y Papá por su apoyo y confianza

A mi Abuelita que me acompaña desde el cielo

A mis Hermanos por su fraternidad

A mi Polola por su amor y comprensión

Sin ellos no hubiera sido posible

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	III
TABLA DE CUADROS.....	VI
RESUMEN.....	VII
INTRODUCCION	7
CAPÍTULO I; CONCEPTO Y NOCIÓN HISTÓRICA DEL CRIMEN DE GUERRA	12
1.1. LA GUERRA COMO CONCEPTO.....	13
1.1.1. Efectos Jurídicos de la Guerra.....	16
1.2. CONCEPTO DE CRÍMENES DE GUERRA.	18
1.3. EVOLUCION DE LOS CRIMENES DE GUERRA A NIVEL UNIVERSAL	21
1.3.1. Regulación en la Antigüedad.....	22
1.3.2. Sanción de los Crímenes de Guerra en los Tiempos Modernos.....	23
1.3.3. Derecho Internacional Humanitario Hasta II Guerra Mundial	26
1.3.4. Juicios Internacionales, los Convenios de Ginebra y otros Instrumentos.....	29
Cuadro 1: Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949.....	33
Cuadro 2: Infracción grave a los protocolos adicionales de 1977.....	35
1.3.5. Desarrollos post Guerra Fría	37
1.4. EVOLUCION DE LOS CRIMENES DE GUERRA EN CHILE	41
1.4.1. Regulación Colonial.....	41
1.4.2. Ordenanzas de 1839.....	43
1.4.3. El Código de Justicia Militar.	46
1.4.4. Aplicación de los Convenios de Ginebra en el derecho interno	55

CAPÍTULO II; REGULACION DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL ESTATUTO DE ROMA.....	61
2.1. GENERALIDADES.....	61
2.2. CRÍMENES COMETIDOS CONTRA PERSONAS QUE NO TOMAN PARTE, O YA DEJARON DE TOMAR PARTE EN CONFLICTO ARMADO	70
2.2.1. Homicidio;.....	72
2.2.2. Tortura, Tratos Inhumanos, Infringir Graves Sufrimientos o Atentados Graves contra la Integridad Física o la Salud y Realización Experimentos Biológicos;.....	75
2.2.3. Toma de Rehenes	80
2.2.4. Violación a los Derechos y las garantías judiciales a personas protegidas.....	81
2.2.5. Ordenar a Personas Protegidas a Prestar Servicio a la Potencia Enemiga	84
2.2.6. Reclutamiento de Menores de Edad;.....	85
2.2.7. Someter a Deportación, Traslado o Confinamiento Ilegales.....	87
2.2.8. Ataques contra la Propiedad;.....	91
2.2.9. Ataques Sexuales	95
2.3. CRÍMENES COMETIDOS EN CONTRA DE CIVILES Y COMBATIENTES POR USAR MÉTODOS PROHIBIDOS DE COMBATE	100
2.3.1 Ataques contra Objetos y Población Civil.....	100
2.3.2. Ataques contra objetos de culto religioso o lugares especialmente protegidos.....	104
2.3.3. Ataques a Traición	105
2.3.4. Cuartel	107
2.3.5. Prohibición de Escudos Humanos.....	108
2.3.6. Inanición Población Civil como Método de Hacer la guerra.....	109
2.4. CRÍMENES COMETIDOS CONTRA ENEMIGOS O CIVILES UTILIZANDO MEDIOS (ARMAS) PROHIBIDOS DE COMBATE.	111
2.4.1. Uso de veneno o armas envenenadas	111
2.4.2. Uso de gases asfixiantes, tóxicos o similares	112
2.4.3. Uso de las balas prohibidas	114
2.4.4. Armas Provocan daños superfluos, sufrimientos innecesarios o violen el DIH.....	115
2.5. CRÍMENES CONTRA PERSONAS Y OBJETOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (PERSONAL NACIONES UNIDAS, COMITÉ INTERNACIONAL, CRUZ ROJA, PERSONAL MÉDICO Y HUMANITARIO)	117
2.6. CRÍMENES COMETIDOS POR EL USO IMPROPIO DE SIGNOS Y EMBLEMAS	122

CAPÍTULO III: REGULACION DE LOS CRIMENES DE GUERRA EN EL DERECHO INTERNO.....	124
3.1. ANTECEDENTES DE LA LEY NUMERO 20.357.....	124
3.2. CONCEPTOS PRELIMINARES.....	127
3.2. CRÍMENES COMETIDOS CONTRA PERSONAS QUE NO TOMAN PARTE, O YA DEJARON DE TOMAR PARTE EN CONFLICTO ARMADO.	133
3.2.3. Toma de Rehenes.....	152
3.2.4. Torturas; Tratos Inhumanos; Mutilaciones y lesiones y Experimentos Biológicos	158
3.2.6. Reclutamiento de Menores de Edad.....	178
3.2.7. Deportación o Traslado Ilegales	179
3.2.8. Ataques a la Propiedad.....	183
3.2.9. Ordenar a Personas Protegidas a Prestar Servicio a la Potencia Enemiga	189
3.3. CRÍMENES COMETIDOS EN CONTRA DE CIVILES Y COMBATIENTES POR USAR MÉTODOS PROHIBIDOS DE COMBATE	192
3.3.1. Ataques contra Objetos y Población Civil.....	192
3.3.2. Ataques contra Objetos; Personas o lugares especialmente protegidos	195
3.3.3. Ataques a Traición	201
3.3.4. Cuartel	203
3.3.5. Prohibición de Escudos Humanos.....	203
3.3.6. Inanición de la Población Civil como medio para hacer la guerra	205
3.4. CRÍMENES COMETIDOS CONTRA ENEMIGOS O CIVILES UTILIZANDO MEDIOS (ARMAS) PROHIBIDOS DE COMBATE	206
3.5. CRÍMENES COMETIDOS POR EL USO IMPROPIO DE SIGNOS Y EMBLEMAS	209
CAPÍTULO IV; EVOLUCION DE LA NORMATIVA NACIONAL EN RELACION A LAS NORMAS INTERNACIONALES.....	213
4.1. GENERALIDADES	213
4.2. FALENCIAS DE LA LEGISLACION INTERNA.....	214
Sistemas de Armas.....	215
Atentados contra personas protegidas	220
4.3. CRIMINALIZACION DE DETERMINADAS CONDUCTAS EN EL DERECHO COMPARADO	224

4.4. SUGERENCIAS DE IMPLEMENTACION PARA CHILE	229
CONCLUSIONES	231
Virtudes.....	232
Defectos.....	233
Epílogo.....	235
BIBLIOGRAFIA	237
ANEXOS.....	243

TABLA DE CUADROS

Cuadro 1: Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949	33
Cuadro 2: Infracción grave a los protocolos adicionales de 1977.	35

RESUMEN

Los crímenes de guerra habían sido tratados de forma insuficiente por el legislador, con la incorporación de Chile a la Corte Penal Internacional se actualizó esto a través de la ley 20.357 de 2009 que persigue hacer efectiva su represión. Este trabajo examina en detalle la relación entre ambas, con el objeto de establecer un paralelo que permita reconocer sus similitudes y falencias, facilitando su estudio y aplicación por los operadores del derecho.

Con ese fin, el trabajo se estructura en tres partes, la primera de ellas consiste en un examen al concepto de crímenes de guerra, sus elementos y la historia de su positivización y represión tanto a nivel universal como nacional (Capítulo I).

Una segunda parte (Capítulos II y III), en que realizamos un examen detallado de los crímenes de guerra tanto en el Estatuto de Roma como la ley 20.357 que reprime crímenes de guerra. Este examen se hace a través de grupos de delitos según el bien jurídico protegido por éstos, siendo este orden idéntico en ambos capítulos para establecer de forma efectiva el paralelo. Este examen se efectúa con apoyo de opiniones doctrinales y jurisprudencia relevante.

Una tercera parte (Capítulo IV), se hace un análisis respecto a las concordancias y ausencias o silencios de esta legislación, con especial mención a materias como regulación del sistema de armas y a fenómenos delictivos nuevos como la pedofilia.

Finalmente, valoramos lo realizado pero llamamos la atención sobre la falta de innovación en ciertos temas, que por lo pética de la legislación internacional podrían ser fácilmente incorporados acá. Pese a ello con esta incorporación nuestro país se pone al día con una de sus obligaciones pendientes en materia internacional y así reprimir adecuadamente actos execrables para la conciencia de la humanidad.

INTRODUCCION

La regulación de los conflictos armados, y en particular, la limitación de los horrores y abusos cometidos en la conducción de éstos, ha sido fuente de reflexión y análisis a lo largo de la historia¹, por parte de diversos movimientos y personalidades que buscaron otorgar la protección más amplia posible a las víctimas de la guerra.

Estos esfuerzos permitieron el desarrollo de principios, tales como el de distinción entre combatientes y no combatientes, y la máxima que los medios y métodos de hacer la guerra no son ilimitados.

Instrumentos como los Convenios de Ginebra de 1864, San Petersburgo de 1868, La Haya de 1899 y 1907 y, más recientemente, fruto de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, las 4 Convenciones de Ginebra de 1949, entre otras², son la expresión concreta de la normativización de estos principios a escala universal.

Pero los esfuerzos no quedaron allí. Se intentó también reprimir a quienes cometían infracciones a estos instrumentos, -llamados crímenes de guerra-, los que debían ser juzgados tanto a nivel interno (en la regulación penal o penal militar) o a nivel internacional, a través de mecanismos ad-hoc, como los Tribunales de Núremberg, Ruanda o la Ex – Yugoslavia, o permanentes como el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹ Entre otras se encuentran las reflexiones de pensadores religiosos, aportes de autores como Francisco de Vitoria y Hugo Grocio, pensadores liberales, escritores, filántropos y juristas en Derecho Penal. QUINTANO RIPOLLES, Antonio; Derecho Internacional Penal, Madrid, Instituto Francisco De Vitoria, 1955 Pág. 511 y siguientes.

² Entre las modernas está la de imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra o Genocidio de 1968 y la Convención contra la Tortura de 1984.

En un principio la persecución y represión de los crímenes de guerra quedó entregada a la jurisdicción interna de los Estados, la que hizo aportes en ordenanzas reales, en trabajos más modernos como el código *Lieber* de EEUU o los códigos europeos de mediados del Siglo XIX. Pero al quedar enmarcado dentro de la soberanía de cada Estado el control de sus tropas, muchas veces el ideal de justicia no se concretaba, al quedar estos delitos en la impunidad, o bien las sentencias carecían de efectos disuasivos sobre la conducta de los combatientes.

Así se intentó que estos graves abusos fueran sancionados también a nivel internacional, ya que se llegó a la convicción, en particular tras las dos grandes conflagraciones bélicas del Siglo XX, de que los abusos a las leyes de la guerra eran contrarios a las exigencias éticas elementales de la convivencia internacional, ya que no sólo afectaba los bienes o los intereses de las personas protegidas, sino que también, afectaba directamente a los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto³.

En esa dirección se realizaron juicios como los de Leipzig tras la I Guerra Mundial, y los de Núremberg y Tokio tras la Segunda. Estos procesos sufrieron agudas críticas, ya sea por sus bajos castigos (Leipzig), o por ilegitimidad y violación a los principios de derecho penal (Núremberg)⁴.

Esto hizo que se intentara concretar el ideal abstracto de justicia en un cuerpo que respondiera, de forma metódica y sistemática, a los requerimientos de sanción de éstos crímenes por parte de la comunidad internacional.

En el intertanto, los Estados contrajeron la obligación, al ratificar la Convención de Ginebra, de “tomar medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que han cometido infracciones graves a

³ SALINAS Burgos, Hernán, La Represión de los Crímenes de Guerra en el Derecho Nacional, Revista de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Número Especial: 49-96, 1997.

⁴ Véase las críticas de penalistas como Jiménez de Azúa o Kelsen en *Infra*. Nota 45.

las disposiciones de los mismos”⁵. Esta obligación fue reiterada, aunque implícitamente, por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, que Chile logró ratificar tras un arduo proceso en la Reforma Constitucional que autorizaba al Estado de Chile reconocer el Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional, fue a través de la ley 20.352 de 30 de Mayo de 2009.

Esto supuso un desafío para nuestro sistema jurídico, ya que nuestras normas de represión frente a los abusos que se cometen en la conducción de las hostilidades estaban contenidas mayoritariamente en el añoso Código de Justicia Militar de 1925, que es el cuerpo legal que regula los delitos cometidos por las Fuerzas Armadas, en particular estaban tratadas en su Título III del Libro III denominado “Delitos en contra del Derecho Internacional”, y también en algunos artículos del Código Penal que data de 1874, aunque referido al castigo de la tortura y la privación ilegal de la libertad.

En el caso del Código Castrense se contemplaba distintos supuestos, tanto violaciones al Jus ad bellum, como violaciones al Jus in Bello, recogidos de instrumentos vigentes al momento de la creación del Código, como lo fueron los reglamentos de La Haya de 1899 y 1907. Estos eran insuficientes para todos los avances que experimentó del DIH y Derecho Penal Internacional en las últimas décadas y en particular bajo la estructura normativa de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

Dentro de los actos que no estaban incluidos en el catálogo de crímenes de guerra podemos mencionar entre otros; las ofensas sexuales (violación, embarazo forzado, prostitución forzada, mutilaciones, etc.), violación a agentes de Naciones Unidas, normas de protección al personal religioso, violación de las garantías judiciales y personales de los prisioneros, la deportación o traslado forzoso de civiles. Todo esto hacía urgente generar mecanismos de implementación que permitieran a los delitos

⁵ Art. 49, 50, 129 y 146 respectivamente de los 4 convenios, las infracciones están contenidas en los Art. 50, 51, 130 y 147 respectivamente.

internacionales ser perseguidos en nuestro ordenamiento, independientemente de la incorporación de Chile al tratado romano, dicha urgencia fue recalcada por la doctrina que consideraba que el país debía ponerse al día con obligaciones internacionales expresadas en otros instrumentos internacionales sea en una ley especial o en una modificación a las leyes vigentes sea en el Código Penal como en el Código de Justicia Militar⁶.

Fue en virtud de la ratificación del Tratado romano, lo que hizo agilizar la tarea de poner al día nuestros instrumentos, se plantearon diversas alternativas siendo la más saliente una modificación al Código Penal, (Proyecto de Ley 3493-07 moción de 07 de Abril de 2004 de autoría de los hoy Ex- Senadores José Antonio Viera-Gallo y Jaime Naranjo)⁷, que tenía como fuente el tratamiento de los crímenes contra el Derecho Internacional del Código Penal Español. Este proyecto que despertó muchas críticas por parte de la doctrina por la sistematización y armonía con el resto del cuerpo legal y respecto al tratamiento de las figuras delictivas allí contenidas.

Esto hizo que no se perseverara con ese proyecto y se reformulara todo el sistema de persecución penal de los crímenes de guerra, a través de una ley especial, como lo hace el Código de Derecho Internacional Penal Alemán⁸, formulando todos los tipos delictivos internacionales (Incorporando también el Genocidio y los Crímenes de Lesa Humanidad), además de aspectos generales como la prescriptibilidad de los delitos, reglas sobre responsabilidad del subordinado, etc. Esta es la ley denominada Ley que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra, Número 20.357 publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009.

⁶ Como la relativa a los Artículos 49, 50, 129 y 146 de los 4 Convenios de Ginebra y de la propia Constitución. CÁRDENAS A., Claudia. "Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación". [en línea] *Política Criminal*. nº 2, pág. 1-17, 2006 <http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_1_2.pdf> {Fecha de Consulta: 30 de septiembre de 2007}.

⁷ Proyecto [en línea] en el sitio web <http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?1,3817>: {Fecha de Consulta: 03 de Julio de 2008}.

⁸ Inserta en el Anexo de este trabajo.

Esta ley logró llenar buena parte de los vacíos que presentaba la antigua legislación en los tipos, sin embargo no se ha hecho un análisis concreto acerca de la naturaleza de estos tipos, sus relaciones con las normas internacionales, las falencias que aun permanecen en el sistema y como estas deben ser solucionadas.

El objetivo de este trabajo, es realizar un análisis de los crímenes de guerra en derecho interno luego de la ley 20.357, con el objetivo de dilucidar si se lograron cumplir los objetivos de poner al derecho chileno a la altura de los compromisos internacionales adquiridos, analizar los nuevos tipos incorporados, el grado de semejanza que presentan respecto a las normas internacionales y saber cuales son las falencias que persisten en la actual legislación.

La exposición de este trabajo comprenderá un examen del concepto de crímenes de guerra, la evolución de su criminalización tanto a nivel universal como a nivel interno, y un análisis pormenorizado de los delitos tanto de la ley 20.357 como del propio Estatuto de Roma creador del Tribunal Penal Internacional, luego analizaremos sus principales falencias y como en el derecho comparado éstas han tratado de ser resueltas.

Creemos que es necesario realizar este trabajo, por cuanto el proceso no debe ser mirado solamente como una copia o una adaptación de una norma sobre otra sino que esta debe tener un sentido, una armonía con el resto de la legislación penal tanto interna como universal y con los propósitos que la norma ha creado, a fin de evitar la impunidad y crear certeza en los operadores del derecho y en las personas que los actos más execrables cometidos en el contexto de un conflicto armado serán castigados.

CAPÍTULO I; CONCEPTO Y NOCIÓN HISTÓRICA DEL CRIMEN DE GUERRA

Para iniciar un estudio acabado y coherente de los crímenes de guerra y su regulación, en miras a realizar un análisis comparativo entre su legislación nacional e internacional, es necesario delimitar qué se entiende por crimen de guerra y cuáles son los supuestos sobre los cuales éste se construye.

Este proceso se ha materializado a través de un desarrollo histórico, que se expresa en distintas convenciones universales, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y lo manifestado por la doctrina que, de una u otra forma, han configurado y delimitado los crímenes de guerra, formulando sus requisitos de procedencia, para así catalogarlos y tipificarlos claramente.

En este capítulo realizaremos un examen somero a su evolución a lo largo del tiempo en dos frentes, en primer término su desarrollo a nivel internacional y en segundo término el avance a nivel nacional de la regulación y criminalización de estos hechos hasta nuestros días, ya que ha sido aquella evolución la que ha permitido la construcción doctrinaria del concepto.

Eso sí, es necesario hacer previamente un breve estudio acerca del elemento *sine qua non* de un crimen de guerra, que son el concepto y las características de la guerra, ya que este delito sólo se puede cometer en el marco de un conflicto armado.

1.1. LA GUERRA COMO CONCEPTO

Sin duda que al hablar de la guerra estamos en presencia de un fenómeno complejo, que ha acompañado a la humanidad desde el inicio de los tiempos⁹, y que se ha expresado en la confrontación con otros grupos humanos a fin de conquistar el dominio sobre un territorio, sobre el uso de un recurso natural, como manifestación de conflictos o ambiciones personales de los líderes de esos pueblos, como defensa de la soberanía de los Estados o como conflictos que surgieron al interior de estos.

La guerra ha cambiado su aspecto con el paso de la historia; se han agregado nuevos elementos de tecnología y se ha reglado la forma como se conducen las hostilidades, pasando de ser el modo de resolución idónea de controversias a ser considerado la *última ratio*. Sin embargo su efecto devastador sigue siendo el mismo: destrucción, muerte y mucho dolor sobre las personas, dejando secuelas permanentes y duraderas en ellos, y destrozando sus sustentos materiales y productivos de vida.

Etimológicamente la palabra guerra viene del germánico *werra* que significa pelea o discordia. En tanto, la Real Academia Española la define como “La desavenencia y rompimiento de la paz entre dos o más potencias”, o como “La lucha armada entre dos o más naciones o entre bandos de una misma nación”¹⁰.

Para Carl Von Clausewitz, el influyente tratadista militar europeo, la guerra es un acto de violencia y no hay límite alguno a la manifestación de ésta violencia. Cada uno

⁹ El estudio de la guerra viene desde muy antiguo, para Sun Zi, el clásico tratadista militar chino del año 600 a. C, la guerra era concebida como “una cuestión de vital importancia para las naciones y en donde se decide la vida y la muerte de un país, la senda de su ruina o de su supervivencia” SUN ZI, “El Arte de la Guerra”, prólogo de Fernando Puell de la Villa, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 2000 Pág. 49.

¹⁰ 22° Edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=guerra> [fecha de consulta; 12 de diciembre 2007].

de los adversarios define la ley para su contrario, emanando una acción recíproca que tiene que llegar a consecuencias extremas.¹¹

Esta hipótesis de guerra a gran escala, ha sido una mala interpretación de su obra, según algunos autores, ya que lo que el militar prusiano observó fue el final de las guerras caballerescas (no menos sangrientas y brutales) y el cambio por guerras de corte nacionalista inspiradas en las luchas napoleónicas, y que por tanto la lectura de guerra clausewitziana global y absoluta que le dieron los que lo interpretaron es una lectura errada, al igual que aquella que dice que la guerra es la continuación de la política por otros medios¹².

A nivel jurídico, la definición del profesor Charles Rousseau incluye elementos de derecho internacional humanitario al decir que la guerra es una lucha armada entre Estados (aunque no incluye a los elementos internos que protagonizan guerras civiles o nuevos grupos como los terroristas), que tiene por objeto hacer prevalecer un punto de vista político, utilizando medios reglamentados por el derecho internacional¹³.

Podemos definir la guerra como una contienda militar ejecutada por personas especialmente facultadas para ello, llamadas combatientes o beligerantes por el Derecho Internacional, que realizan actos de guerra recíprocos, y que tiene como fin último imponer su voluntad sobre otro, como consecuencia de que éste se encuentra desarmado o imposibilitado de seguir respondiendo a los actos del primero, haya o no habido declaración de guerra en tal sentido.

¹¹ SANCHEZ Grez, Carlos; "El crimen de guerra como delito universal". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006 Pág. 6, para más sobre el General Prusiano ver la edición inglesa de su tratado *On War*, Princeton University Press 1976 y ARON, Raymond; *Pensar la Guerra Clausewitz*, traducido por Carlos Gardini, Buenos Aires, Instituto de Publicaciones Navales, 1987.

¹² SUN ZI, prólogo de Fernando Puell de la Villa, Ob. Cit Pág. 21.

¹³ SANCHEZ Grez, Carlos, Ob. Cit Pág. 7.

ELEMENTOS DE LA GUERRA

De lo antes dicho, se pueden deducir los siguientes elementos del concepto de guerra:

- a) **Contienda Militar; Son ataques o actos de fuerza dirigidos en contra de un objetivo o blanco militar justificados por una necesidad militar objetiva.**
- b) **Combatientes: Son combatientes**
 - b.1) **Los miembros de las Fuerzas Armadas¹⁴ de los Estados Soberanos;**
 - b.2.) **Los miembros de grupos que tienen estructura militar asimilable a un ejército;**
 - b.2.1) **Miembros de grupos de liberación nacional frente a la ocupación extranjera o dominación colonial o los grupos que se enfrentan a regímenes racistas frente a ese Estado (consagrados en el protocolo adicional I a los convenios de 1977);**
 - b.2.2.) **Miembros de grupos que formen parte de una rebelión contra un gobierno legítimo que posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar los convenios. Además es necesario que el gobierno legítimo haya tenido que usar el ejército regular para combatirlos, y les haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes, teniendo los insurrectos un régimen que presente las características de un Estado (protocolo adicional II a los convenios de 1977)**
 - b.3) **Miembros de milicias o cuerpos de voluntarios, siempre que sean equiparables a los de las FFAA;**

¹⁴ Que puede ser definido como las unidades y organizaciones creadas por un acto de organización jurídica o fáctica, que está estructurada militarmente y especialmente identificadas por uniforme y otros elementos claramente característicos WERLE, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005 Pág. 455. A nivel del DIH las fuerzas armadas aparecen descritas en el Art. 43 del Protocolo Adicional I.

b.4) Civiles que toman espontáneamente las armas contra la parte enemiga.

- c) Reciprocidad: Los actos de fuerza, para ser considerados guerra, deben ser recíprocos, pues si no lo son, no es guerra propiamente tal, sino otro tipo de uso de la fuerza como una ocupación. En todo caso igualmente son aplicables las normas del Derecho Internacional Humanitario a los conflictos armados no asimilables a la guerra.
- d) Intención de imponer la voluntad de una parte sobre la otra, mediante la disposición a usar la fuerza.

1.1.1. Efectos Jurídicos de la Guerra

La guerra presenta distintos efectos en el derecho, tanto a nivel internacional como nivel interno, a saber¹⁵:

- i) Se interrumpen las relaciones diplomáticas y consulares entre los Estados beligerantes, quebrándose las relaciones entre éstos y declarándose caducos ciertos instrumentos jurídicos como los de cooperación y los comerciales (guerra internacional), que son normas de Derecho Internacional en tiempo de paz;
- ii) Adquieren vigor los derechos y deberes de neutralidad, así como la institución de las potencias protectoras y el rol de la Cruz Roja, en la terminología de los Convenios de Ginebra; al igual que toman plena eficacia operativa ciertos tratados firmados por las partes, como los propios convenios, y otros como el Convenio de la Haya de protección de bienes culturales, entre otros (guerra internacional);

¹⁵ Un análisis más completo en SANCHEZ Grez Ob. Cit. Pág. 8 y siguientes.

- iii) Comienza a regir el marco del derecho internacional humanitario, el cual dentro de sus normas señala regulación de los medios para conducir las hostilidades y las conductas prohibidas. Es justamente la violación a esas normas, y en particular las denominadas infracciones graves, lo que constituye el corpus de los crímenes de guerra (guerra internacional y no internacional).

El derecho Internacional Humanitario opera incluso en casos de pequeñas escaramuzas, sin que sea necesaria la declaración formal de guerra, aunque, si existe tal declaración, opera aunque no haya existido uso de la fuerza por parte de los beligerantes o, si existe ocupación de un territorio por parte del enemigo, sin requerir existencia de resistencia militar;¹⁶

- iv) Se toman medidas restrictivas de los derechos de las personas consagrados en la Constitución. En el caso chileno pueden ser los estados de asamblea en el caso de guerra externa y el estado de sitio en caso de guerra interna y grave conmoción interior declaradas por el Presidente de la República con acuerdo del Congreso Nacional, consagrados en el Artículo. 40 de la Constitución Política. En el caso de estado de asamblea se suspenden los derechos de reunión, libertad personal, se restringen los ejercicios de los derechos de asociación, se disponen requisiciones de bienes, y se establecen limitaciones al ejercicio derecho de propiedad (Artículo 43 inc. 1 CPR). En el caso del Estado de sitio, los derechos afectados son la restricción de la libertad de locomoción, la suspensión o restricción del derecho de reunión, y arresto a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y no sean cárceles ni estén destinados a la prisión y detención de reos comunes (Art. 43 inc. 2 CPR)

A nivel internacional, la Carta de Naciones unidas prohíbe el uso de la fuerza como mecanismo de resolución de controversias internacionales entre los miembros de la

¹⁶ WERLE, Gerhard, Ob. Cit. Pág. 455 De hecho históricamente otro elemento era la disposición al uso de la fuerza.

organización, salvo en caso de legítima defensa de un miembro o como acción de la organización para restablecer la paz y seguridad internacionales¹⁷.

La guerra tiene una regulación tanto en la forma de su inicio como en su desarrollo y cuando acontecen infracciones a ella. Estas últimas son sancionadas por otras áreas del derecho como el derecho penal (interno e internacional), sobre lo cual nos referiremos más adelante.

De estos efectos, se puede deducir que la guerra es un fenómeno que produce una serie de consecuencias tanto a nivel interno como internacional, y genera derechos y obligaciones tanto para beligerantes como para terceros, a la luz de proteger en particular a las personas que sufren el rigor de los conflictos, como los civiles, los enfermos y los prisioneros de guerra, a fin de que se vean afectados lo menos posible por los conflictos, y se restablezca la paz y el equilibrio, tanto a nivel internacional como a nivel interno.

1.2. CONCEPTO DE CRÍMENES DE GUERRA.

Para poder llegar a una definición de estos ilícitos, debe realizarse un trabajo teniendo en cuenta las normas principales de derecho internacional humanitario. El Derecho internacional Humanitario, en palabras de Michael Bothe se compone de dos cuerpos. Por un lado, un cuerpo de normas primarias de DIH, que serían las normas que regulan los conflictos armados, y por otro las infracciones a las prohibiciones que establecen esas normas primarias o los crímenes de guerra, que son normas secundarias. Así, los crímenes son dinámicos e interdependientes de las normas primarias¹⁸.

¹⁷ Art. 2.4, 51 y 42 Carta ONU, [en línea] <[Http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm#Cap7](http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm#Cap7)>.

¹⁸ BOTHE, Michael "War Crimes" en THE ROME STATUTE OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW; Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones (editors) New York, Oxford University Press, 2002 (2 volúmenes) Pág. 381.

Esto colisiona el principio de legalidad y la certeza de las infracciones por un lado y, por otro, la flexibilidad necesaria para incorporar nuevas prohibiciones amén al desarrollo rápido de la tecnología militar y las nuevas tácticas empleadas en la guerra¹⁹.

Dentro de las definiciones elaboradas por la doctrina se sostiene que un crimen de guerra es toda violación a una regla de derecho humanitario cuya punibilidad surge directamente del DIH; o que es un delito de derecho internacional cometido en conexión con conflictos armados; o que es la generalidad de las conductas punibles durante la guerra u otro conflicto armado²⁰.

Tomando en cuenta lo señalado por la doctrina, crimen de guerra es un delito internacional, consistente en la violación de una regla de DIH, punible según el Derecho Penal Internacional, cometido en un conflicto armado o en conexión con éste.

Los elementos de esta definición son los que siguen:

- a) Violación a Regla de DIH: Son los Convenios de Ginebra los que fundamentalmente determinan la protección de quienes padecen de los conflictos bélicos y encausan la conducción de hostilidades. A través de las denominadas infracciones graves a los Convenios se determinan aquellos actos que violentan el espíritu protector de esta área del derecho, vulnerando bienes jurídicos protegidos como vida, propiedad, etc.
- b) Punible según el Derecho Penal Internacional: Las normas del DIH están dirigidas fundamentalmente hacia los Estados (sin perjuicio de que haya normas dirigidas a personas), los que deben poner en práctica la adecuada aplicación del texto legal. Sin embargo son individuos los que actúan. Es esta área del derecho, el Derecho Penal Internacional, la que determina los

¹⁹ Un ejemplo de ello es la regulación de las bombas inteligentes y los ataques quirúrgicos y los abusos que se pueden en ellos.

²⁰ WERLE, Gerhard, Ob. Cit. Pág. 424.

elementos propios de cada delito. Este mismo derecho desarrolla otros aspectos, como los relativos a prescripción, obediencia debida, entre otros asuntos.

También hay un elemento de intencionalidad que se expresa en que la conducta sea cometida de forma dolosa por el autor, esto es, que conozca la prohibición y decida acometer la conducta, teniendo conocimiento de las circunstancias de hecho que conforman el acto, sin que sea necesaria una evaluación jurídica al respecto, y sabiendo o debiendo saber el resultado que produce.

- c) Cometido en un conflicto armado o en conexión con éste: Para ello es preciso determinar si la situación es conflicto armado o no, sea a través de actos formales, como las declaraciones de guerra, o por actos de fuerza directos. No necesariamente deben los crímenes ser cometidos en medio de las batallas, pero si debe existir un nexo. Éste puede ser objetivo, cual es que los delitos se cometan en lugares estrechamente relacionados con las hostilidades, que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto, o subjetivo, dependiendo si la actitud del delincuente hacia el delito es idéntica haya conflicto armado o no²¹.

Es conveniente realizar la siguiente precisión, cual es que los crímenes de guerra, en razón de su gravedad, son excepcionales y precisos a las conductas más abyectas cometidas en el desarrollo de las hostilidades. Por eso, es preciso tener claro, y en eso compartimos con el autor sudafricano, que no puede ser crimen de guerra aquello que

²¹ Pues puede que los delitos, ordinarios y de guerra ocurran simultáneamente, si el autor actúa de forma independiente del conflicto es crimen común, si actúa consciente de la existencia del conflicto o se beneficia de la existencia de este para actuar hay crimen de guerra. En AMBOS, Kai Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (*core crimes*) en el derecho penal internacional, versión electrónica de libro "los nuevos crímenes del derecho penal internacional.", [en línea] Bogotá, Colombia, Ibaniez, 2004, Pág. 49 a 68 [Http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Crimenesgraves0504.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Crimenesgraves0504.pdf) [consulta; 24 Enero 2008].

no esté expresamente prohibido por el Jus in bello²², y que no todo lo que esta prohibido por el Jus in bello se transforma automáticamente en crimen de guerra y debe ser penado. Los crímenes de guerra son infracciones a valores importantes, que impliquen graves consecuencias para la víctima, lo que generalmente será así en actos que atente la vida o integridad física de la víctima, o destrucciones relevantes de propiedad. En otros casos debe indagarse casuísticamente.

Un ejemplo de lo anterior son las destrucciones de bienes protegidos²³. Es crimen de guerra si éste se produce a gran escala, si es ilegal (pues existen causales de justificación que permiten su ataque) y se realiza de forma arbitraria. Si alguno de estos requisitos copulativos falla, no estamos frente a la comisión de éste crimen.

A lo largo de la historia se ha intentado regular los crímenes de guerra y su sanción, esta historia la analizaremos en dos frentes, por un lado el frente internacional y por otro lado la evolución que en Chile.

1.3. EVOLUCION DE LOS CRIMENES DE GUERRA A NIVEL UNIVERSAL

A lo largo de la historia se ha intentado, en el marco del control jurídico de los conflictos bélicos, regular con grados diferentes de éxito la forma en que se conducen las hostilidades (que es el derecho de la guerra o el Jus in bello) y las sanciones en caso de contravención a ese derecho protector (que es la regulación de los crímenes de guerra), labor que quedó entregada al derecho penal interno de cada Estado, en una primera fase, para luego pasar a esfuerzos conjuntos de la comunidad internacional, que llevó al surgimiento del Derecho Penal Internacional. Este estudio examina desde la antigüedad hasta nuestros días cómo los diversos pueblos buscaron sancionar las violaciones en combate.

²² Aquellos positivados en los tratados respectivos.

²³ Art. 8.2.a.iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

1.3.1. Regulación en la Antigüedad

El análisis respecto al comportamiento en combate de los soldados ha sido un tema de especial preocupación desde los pueblos antiguos. En la más remota antigüedad, se trataban de guerras en las cuales el único control era la piedad de los vencedores, por lo que la guerra era una expresión de barbarie pura, en donde no existía la noción de que se realizaran ilícitos, y cuyo único fin era la destrucción del adversario²⁴.

Pero en los textos militares se expresan ciertas normas, como el clásico “El Arte de la Guerra” del estratega militar chino Sun Zi del Siglo VI A.C., que expresa una cierta preocupación por los prisioneros de guerra al señalar “...Preocúpate por los prisioneros y aliméntalos (trátalos bien). Este procedimiento aumenta tus propios efectivos y redonda en la derrota del adversario...”²⁵.

En la misma dirección se reconoce el Código de Manu en India del 200 A.C., que prohibía rematar a los malheridos y el uso de armas envenenadas en contra del enemigo²⁶.

Con el surgimiento del cristianismo, surge el concepto de la “guerra justa”, que alude a las motivaciones o razones que conducen al conflicto, subsumiendo en ellas las conductas que se desencadenen durante el conflicto. Aunque esto luego se acotó al decir que no porque la guerra fuera justa todas sus consecuencias lo serían²⁷.

²⁴ Entre las que se destaca la destrucción de Jerusalén el año 70 hecha por el Emperador Tito, en QUINTANO RIPOLLES Ob. Cit Pág. 513.

²⁵ SUN ZI, Ob. Cit. Pág. 55.

²⁶ Mc CORMACK, Timothy; From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime”, en THE LAW OF WAR CRIMES; National and International Approaches Editores; Timothy McCormack and Gerry Simpson, The Hague, Kluwer Law International, 1997, Pg. 37.

²⁷ Un ejemplo de esa reflexión es en la filosofía escolástica en el pensamiento del gran jurista Francisco de Vitoria quien decía que en la guerra es lícito hacer todo lo que fuera necesario para la defensa del bien público, pero ese principio se atenúa al prohibirse matar a inocentes con intención directa con la excepción del ataque justo a fortaleza o ciudad, y bajo el precepto de no causar males ciertos para evitar otros mayores inciertos QUINTANO RIPOLLES, Ob. Cit. Pág. 516.

Se destacan ya en el Medioevo los esfuerzos de la Iglesia Católica por imponer las denominadas “Treguas de Dios”, y evitar el uso de armas dañosas como las ballestas, por ser odiosas a Dios. Estos esfuerzos se expresaron en el concilio de Letrán de 1139, aunque estas normas no se aplicaban a los enemigos de la fe²⁸.

En el ámbito de la regulación penal, se destacan los juicios en contra del Conde von Hohenstafen en Nápoles, y Sir William Wallace en Inglaterra por atrocidades en la guerra de Escocia en contra de los ingleses, por atacar sin distinguir “edad, sexo, monja o cura”, y el “juicio internacional” en contra de Peter von Hagenbach por los delitos de “asesinato, violación, y otros crímenes en contra de las leyes de Dios y de los hombres” siendo sentenciado a muerte²⁹.

Pero estos juicios son hechos aislados, ya que la regla general es que se presentan combates violentos, en los que se responde al criterio político y filosófico de dominio patrimonial del soberano sobre súbditos propios y ajenos. Se expresa este criterio en que son los propios reinos los que en virtud de su prudencia, e inspirados en el espíritu religioso, colocan ciertos límites a los combates y juzgan ciertos excesos, pero indudablemente se presenta un fuerte rezago respecto a una humanización efectiva de las conflagraciones bélicas.

1.3.2. Sanción de los Crímenes de Guerra en los Tiempos Modernos

Con la constitución de los Estados soberanos se configuran nuevas normativas como los artículos de guerra y las instrucciones a los ejércitos, los que consagran normas no sólo en las operaciones militares sino que también, en algunos casos, se establecen delitos, cuya comisión lleva aparejada una sanción. Toda esta normativa se mantiene en el plano interno de los Estados.

²⁸ QUINTANO RIPOLLES, ob. Cit. Pág. 514.

²⁹ El juicio fue hecho por los jueces de 38 pueblos aliados por su ocupación de la ciudad de Breisach en Austria y el maltrato que le propinó a los civiles. La ciudad fue liberada por Francia, el cantón de Berna y los pueblos y reinos de arriba del Rin, en Mc CORMACK, Timothy; ob. Cit. Pág. 38.

Un primer acercamiento se aprecia en los artículos de guerra del Rey Gustavo Adolfo II de Suecia de 1621, que en su artículo 100 establecía que “ningún hombre debía ejercer la tiranía sobre ningún clérigo, anciano, hombres o mujeres, doncellas o niños”. Estas normas fueron traducidas al inglés en 1839 y fueron utilizadas durante la guerra civil inglesa³⁰.

Luego, ese principio se extendió al otro lado del Atlántico. De hecho en los artículos de guerra adoptados por el Congreso Provisional de Massachusetts en 1775, que luego serían confirmados por los Estados de la naciente Unión al declarar su independencia, se consagraba el deber de los oficiales superiores de conservar el orden en los cuarteles y en las marchas, para evitar abusos de sus subordinados, en particular, malos tratos a otras personas³¹.

Estas normas, y las que posteriormente vendrían, inspiradas en el iluminismo y la idea de derechos anteriores de las personas al Estado, serían perfeccionadas posteriormente con nuevas formas de regulación de combate y prohibiciones por las cuales serían sancionadas.

En ese sentido aparecen los primeros Códigos Penales Militares, como el de Francia de 1857 o el alemán de 1872. Aunque con un carácter eminentemente disciplinario, muestran ciertos avances, como la incorporación de delitos como el pillaje y la devastación³².

Pero la regulación, que sin llevar el título de código militar, se le asemeja y perfecciona en cuanto a la criminalización de ciertas conductas, fue el denominado “Código de Lieber”, aunque su nombre correcto son las Instrucciones para el Mando de

³⁰ Mc CORMACK, Timothy; ob. Cit. Pág. 39.

³¹ De hecho estas normas fueron utilizadas en juicios posteriores dentro de lo que se denominó derechamente como violaciones a las leyes y los usos de la guerra como los juicios marciales a dos ingleses Arbuthnot y Ambrister en 1818 por incitar a los indios a combatir en contra del ejército de la Unión masacrando las mujeres y los niños de los soldados. En Mc CORMACK, Timothy; ob. Cit. Pág. 41.

³² QUINTANO RIPOLLES, ob. Cit. Pág. 531.

los Ejércitos de los Estados Unidos en el Terreno, Ordenes Generales n°100 de 24 de Abril de 1863, creado en plena guerra de secesión americana. Éste establece en su art. 44 que “serán punibles los actos de violencia desaforada cometido contra las personas en el país invadido, toda destrucción de la propiedad no autorizada por el comandante, así como el robo, el pillaje y el saqueo, la violación sexual, la lesión, la mutilación o el asesinato de dichos habitantes”, so pena de muerte u otro castigo severo según la gravedad de la ofensa³³. De hecho se pueden suprimir los procedimientos judiciales para un castigo rápido y ejemplar, pues si hay orden superior de abstenerse a cometer estos delitos y el infractor desobedece, puede ser legítimamente muerto por su superior³⁴. Esta legislación fue utilizada en juicios posteriores y fue material para las legislaciones de otros ejércitos³⁵.

A nivel internacional se reconoce la Declaración de París de 16 de abril de 1856, posterior a la Guerra de Crimea, que reguló el combate marítimo, prohibiendo el corso, la captura de bienes del enemigo que se encontraban a bordo de sus buques y ciertas formas de bloqueo³⁶.

Como puede apreciarse, esta regulación pertenece al orden interno, adquiriendo esta criminalización forma sistemática en leyes penales. Su problema radicaba en que generalmente era utilizada en contra de las tropas enemigas y rara vez se utilizó para contener a las tropas propias en combate, por lo que se utilizó como “Justicia de los vencedores”, faltando así coherencia al sistema; defecto que tardaría aún mucho tiempo en ser corregida.

³³ Disponible [en línea] <[Http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1158/4.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1158/4.pdf)> [fecha de consulta; 22 de noviembre de 2007].

³⁴ Ídem.

³⁵ Como el juicio al Capitán confederado Wirz en 1865 por maltratos y asesinatos a prisioneros de guerra de la Unión durante la guerra civil americana. En Mc CORMACK, Timothy; ob. Cit. Pág. 42.

³⁶ SANCHEZ GREZ, Carlos, ob. Cit Pág. 21.

1.3.3. Derecho Internacional Humanitario Hasta II Guerra Mundial

Luego, fue la comunidad internacional, con la participación de varios Estados, la que buscó, bajo el naciente Derecho Internacional Humanitario, colocar normas que regularan las hostilidades y establecer prohibiciones que luego serían el corpus de disposiciones postreras, como los Convenios de Ginebra, los que con el paso del tiempo tomarían el carácter de derecho internacional consuetudinario.

Dentro de los esfuerzos se reconoce la Declaración de San Petersburgo de 1867, en la cual se renuncia al empleo, en tiempo de guerra, de proyectiles explosivos de menos de 400 gramos de peso; La Conferencia de 1874 de revisión de las costumbres generales de la guerra, las que si bien no fueron aprobadas, dieron pie para un documento importante que es el Manual de Guerra Terrestre o Manual de Oxford de 1880 (que no es una convención internacional) que establecía, entre otras directrices³⁷;

- No reconocimiento de medios ilimitados para vencer al enemigo, siendo el combate honorable;
- Prohibición del uso de armas venenosas;
- Prohibición de la perfidia, el uso ilícito de emblemas de la Cruz Roja o las propias del enemigo;
- Prohibición del uso de armas que causen daño superficial;
- Prohibición de dar muerte al enemigo que se ha rendido;
- Prohibición al robo ó mutilaciones de los cadáveres en el campo de batalla;
- Tratamiento humanitario a los prisioneros de guerra, respetando su rango y posición.

En lo penal, los artículos 84 y 85 establecían que en caso de infracción debían ser sancionados de forma específica por el derecho penal. Esto sólo se puede hacer si el ofensor está preso en el país donde cometió el daño, o bien, si está en el extranjero, es llevado a ese país. Si no es el caso puede, el Estado ofendido realizar represalias, las

³⁷ El Manual (en inglés) [en línea] en el sitio del Comité Internacional de la Cruz Roja <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140?OpenDocument>> [fecha de consulta; 22 de noviembre de 2007].

que en otras circunstancias están prohibidas, sobre todo si el daño ya fue reparado. Así, el sistema de represión corresponde al derecho interno.

Muchas de estas normas fueron incorporadas en la Convención Internacional de La Haya de 1899³⁸, agregando normas nuevas respecto al pillaje, espionaje, entre otras, pero a diferencia del “Manual”, aquí no hay normas expresas respecto al derecho penal y a la represión de los criminales, por la falta de consenso entre los Estados. Por ello que no hubo siquiera un esbozo de compromiso y responsabilidad internacional frente a estos.

Pero la convención agrega un elemento nuevo, pues en su preámbulo incorpora la denominada cláusula “Martens” que sería la base del Derecho Internacional Consuetudinario al decir “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”. Esta cláusula permite dar un margen más amplio de protección pues no porque algo esté explícitamente prohibido en una norma positiva quiere decir que sea lícito para el DIH³⁹. Esta cláusula sería luego repetida en la convención de 1907 y los Convenios de Ginebra de 1949.

En la Convención de 1907⁴⁰ se sigue trabajando sobre los mismos conceptos que en las anteriores, sobretodo respecto a la situación en territorio ocupado y en la protección a civiles, dictándose una serie de anexos respecto a los deberes de las

³⁸ La Convención, nacida tras otra conferencia diplomática (en inglés) [en línea] en el mismo sitio; <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/150?OpenDocument>> [fecha de consulta; 22 de noviembre de 2007].

³⁹ WERLE, Gerhard, Ob. Cit. Pág. 426, Texto de la cláusula y su interpretación en el derecho internacional [en línea] <[Http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLCY](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLCY)>.

⁴⁰ La Convención [en línea] <<http://www.exordio.com/1939-1945/codex/Conferencias/lahaya.html>> [fecha de consulta; 22 de noviembre de 2007].

potencias neutrales en guerras marítima y terrestre, a la colocación de minas submarinas automáticas y al ejercicio del derecho de captura en guerra marítima.

A nivel judicial se destaca la represión de crímenes en la Guerra de los Boers entre Inglaterra y ese grupo de colonos descendientes de holandeses, y las atrocidades cometidas por las tropas americanas en la ocupación de Filipinas⁴¹.

Pero sin duda el gran conflicto bélico del período es la I Guerra Mundial (1914-1918), en la cual muchas de estas normas fueron puestas a prueba. Lamentablemente se cometieron múltiples abusos, tales como masacres, torturas, violación y raptos de mujeres, prostitución forzada, castigos colectivos, ataques a prisioneros, profanación religiosa, entre otras.⁴² Se estableció una comisión de investigación al término de la guerra, la que comprobó la existencia de estos hechos, y propuso el establecimiento de un tribunal ad-hoc para juzgar y castigar estos crímenes por parte de jueces de los países aliados.

El Tratado de Versalles de 1918, que puso fin al conflicto, contempla entre otras disposiciones (Arts. 227, 228, 229) la constitución de un tribunal penal internacional, que juzgaría al Káiser Guillermo II de Alemania por “la suprema ofensa en contra de la moral internacional y la santidad de los Estados”, al orquestar y dirigir la guerra. Junto a él se incluyó a una serie de colaboradores⁴³. Lamentablemente los afanes de justicia no se concretaron. Sí se llevaron a cabo procesos en la ciudad alemana de Leipzig, pero sólo hubo penas leves, y el juicio al Káiser nunca se llevó a cabo, pues Holanda, país que lo refugió al término de la guerra, jamás lo entregó al tribunal.

⁴¹ Mc CORMACK, Timothy, ob. Cit. Pág. 42.

⁴² Mc CORMACK, Timothy, ob. Cit. Pág. 46.

⁴³ Los delitos serían juzgados por un solo país, con su tribunal militar si sólo se cometieron en su territorio, en tribunales conformados por jueces militares de los países afectados si fue cometido en más de un territorio y en el caso del Káiser por un tribunal especial. FERNANDEZ-FLORES y De Funes José Luís, “El Derecho de los Conflictos Armados”, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001 Pág. 295.

Se creó al término de la guerra la Liga de las Naciones a instancias del Presidente norteamericano Wilson, donde se intentó construir un foro de resolución de controversias internacionales. En ese mismo periodo se instituyeron nuevas normas, como las relativas a la guerra aérea, protección a las instituciones científicas y culturales, y a instancias de la Liga, la formación de un tribunal internacional. Junto a ello se estableció una Convención respecto al terrorismo con un tribunal permanente en 1937, pero que no entró en vigor por faltas de ratificación.

Penosamente, sobrevino un nuevo conflicto internacional, más brutal y trágico, que demostró lo mucho que faltaba por avanzar para reducir estos horrores, retrasando los avances logrados.

1.3.4. Juicios Internacionales, los Convenios de Ginebra y otros Instrumentos

Fue la Segunda Guerra Mundial, con sus devastadores efectos, ocasionados por la brutal política del régimen nazi y su persecución en contra del pueblo judío, gitanos, entre otros, y las atrocidades cometidas en los combates y ocupación de los distintos países, la que motivó que se crearan nuevas normas, que devinieron en consuetudinarias, y a las cuales se dio vigor universal.

En el contexto de la Segunda Guerra, y con el fin de reprimir las atrocidades cometidas por los alemanes, los países aliados ocupados manifestaron, en la declaración del palacio de Saint James de 1942, que serían castigados todos los culpables de los crímenes. Luego, todos los aliados reiteraron la idea en Moscú en 1943, y finalmente en la firma del Acuerdo de Londres de 8 de Agosto de 1945, por el cual se estatuyó el Tribunal Internacional Militar de Núremberg para juzgar a las personas que, actuando a favor de los intereses de los países del eje, hayan cometido

alguno de los crímenes expresados en el estatuto, en lo que ha sido definido por algunos autores como un sistema coyuntural o represivo excepcional⁴⁴.

Respecto a los crímenes de guerra, el Estatuto de Núremberg los trata en el Art. 6b), definiéndolos como “las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, siendo comprendidas sin limitaciones al asesinato, malos tratos y deportación para trabajos forzados, el asesinato y malos tratos a los prisioneros de guerra o las personas en el mar, la ejecución de rehenes, la destrucción sin motivo de ciudades y pueblos o la devastación no justificada por fines militares”⁴⁵. Esta regulación recogía las normas tanto de La Haya como de Ginebra y las vincula al crimen de agresión.

El tribunal, compuesto por jueces de los 4 países aliados (EEUU, URSS, Francia y Reino Unido), impuso reglas novedosas, como que el cargo de Jefe de Estado o funcionario de responsabilidad no es eximente de responsabilidad, como tampoco la obediencia a ordenes superiores (aunque aquella sería considerada como atenuante), y se persiguió personas jurídicas como el partido nazi, al gobierno del Reich, la SS, la GESTAPO, entre otros⁴⁶.

Fueron juzgadas 22 personas, de las cuales se sentenciaron a muerte a 12, a distintas penas privativas de libertad a otros 7 y tres fueron absueltos, además de la declaración de culpabilidad de la SS, GESTAPO y los dirigentes nazis.

Este tribunal suscitó un acalorado debate, muy documentado, entre diversos autores, en temas como el principio de legalidad y la aplicación retroactiva de la ley penal, pero sentó un importante precedente de persecución y castigos de estos delitos, lo que sería sustancial en el desarrollo normativo futuro.⁴⁷

⁴⁴ FERNANDEZ-FLORES y De Funes José Luís, ob. Cit Pág. 296.

⁴⁵ FERNANDEZ-FLORES y De Funes José Luís, ob. Cit Pág. 296.

⁴⁶ Una explicación más acabada sobre el legado de este tribunal en LLEDO, Rodrigo; DERECHO INTERNACIONAL PENAL, Santiago, Ed. Conosur, 2000, Pág. 172 y ss.

⁴⁷ Entre las posiciones divergentes están las de Kelsen y Jiménez de Asúa que niegan legitimidad al juicio por las infracciones a principios generales de la ley penal mientras que Quintano Ripollés, si bien lo

También se constituyó el Tribunal Militar para el extremo oriente, constituido en Tokio el 25 de Abril de 1946, muy similar al de Núremberg, con la diferencia de que quedó excluido de juicio el Emperador de Japón⁴⁸. No hubo absoluciones, y el tribunal tuvo una conformación internacional (magistrados de 11 países incluyendo neutrales como India).

Fueron condenados 25 personas, 7 a muerte y 18 a distintas penas privativas de libertad. Este juicio generó menos polémica que el europeo y tuvo un efecto mayor, sobre todo respecto a los crímenes sexuales.

Estos tribunales dejaron de operar entre 1948 y 1949, pero la naciente Organización de Naciones Unidas, a través de su Comisión de Derecho Internacional, los legitimó a escala mundial, adoptando los denominados Principios de Núremberg, que en su principio 6 b) sobre los crímenes de guerra, repitió lo establecido en el estatuto del tribunal⁴⁹. Además comenzaron los trabajos para crear un tribunal permanente y un código de igual carácter que normara los crímenes internacionales.

Pero en Ginebra también sucedían cosas, pues el Comité de la Cruz Roja decidió en conjunto con los Estados actualizar las normas humanitarias en conflictos internacionales, originando cuatro instrumentos jurídicos, que son los denominados Convenios de Ginebra, que se dividen en;

- I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña;

reconoce como defecto, le da legitimidad en admitir al sujeto como actor de derecho internacional y la primacía de este derecho sobre el interno, que irá en constante evolución en LLEDO, Rodrigo; DERECHO INTERNACIONAL PENAL, Pág. 181.

⁴⁸ Dado de que Japón cuando se rindió lo hizo como país soberano con su estructura bélica y política intacta lo que hacía que subsistía el Estado mientras que Alemania fue un acto militar, de un Estado ocupado y cuyas instituciones no eran alemanas sino en Consejo de Control aliado, en FERNANDEZ-FLORES y De Funes José Luís, ob. Cit Pág. 301.

⁴⁹ Principios (en inglés) [en línea] en el sitio de Naciones Unidas <[Http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf)> [fecha de consulta; 30 de noviembre de 2007].

- II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar;
- III Convenio de Ginebra sobre el Trato a los prisioneros de guerra;
- IV Convenio de Ginebra sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

Estos convenios recogen toda la herencia de las convenciones anteriores (transformándose en derecho consuetudinario), y crean un sistema de represión mixto o represivo plural, en el sentido de que el instrumento internacional establece un marco jurídico fundamental de represión y otros preceptos de carácter interno que deben encuadrarse en aquellos⁵⁰. Se constituye la distinción entre las “infracciones” sin calificación especial, que son actos u omisiones contrarios a la norma, y las “infracciones graves”, que son las constitutivas de los crímenes de guerra, y donde más seriamente se violentan las normas humanitarias bélicas.

Los 4 convenios, recogiendo la normativa anterior, estipulan infracciones no exhaustivas comunes en los 4 convenios, y otras diferenciadas en los Convenios III y IV. El profesor Alfredo Etcheberry hace una didáctica exposición de éstos en sus apuntes de clase que conviene adoptar para nuestra exposición⁵¹:

⁵⁰ FERNANDEZ-FLORES y De Funes José Luís, ob. Cit Pág. 303.

⁵¹ Apuntes de clase del Curso Derecho Penal Internacional Facultad de Derecho Universidad de Chile 2° Semestre 2006 Pág. 13.

Infracciones graves especificadas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (artículos. 50, 51, 130 y 147, respectivamente)	Infracciones graves especificadas en el III y el IV Convenios de Ginebra de 1949 (artículos. 130 y 147, respectivamente)	Infracciones graves especificadas en el IV Convenio de Ginebra de 1949 (artículo 147)
<ul style="list-style-type: none"> - homicidio intencional; - tortura o tratos inhumanos; - experimentos biológicos; - causar deliberadamente grandes sufrimientos - atentar gravemente contra la integridad física o la salud; - destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente <p>(esta disposición no está incluida en el artículo. 130 del III Convención de Ginebra)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga; - el hecho de privar intencionalmente aun prisionero de guerra o a una persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios 	<ul style="list-style-type: none"> - la deportación o el traslado ilegal; - la detención ilegal de una persona protegida; - la toma de rehenes.

Cuadro 1: Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949

Los convenios establecen en sus Artículos 49, 50, 129 y 146 la obligación de respetar y hacer respetar las disposiciones de los convenios, respecto a tomar las medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales a los autores de estas infracciones graves. Estas disposiciones están relacionadas con el artículo 1

común sobre el cumplimiento de los convenios. Como esta tarea quedó entregada a cada Estado Parte, la respuesta esta ha sido dispar⁵².

En los años '70 se hizo una nueva revisión de las normas, adaptándose a la protección de víctimas tanto en conflictos de carácter internacional como no internacional de 1977, en donde también se establecen, en el I no en el II otras infracciones a saber, y siguiendo el esquema del profesor Etcheberry⁵³:

⁵² La forma cómo se ha dado cumplimiento a esta obligación y es muy variada respecto a cada sistema jurídico y la vinculación del derecho internacional con el interno y los principios propios de derecho penal general, en FERNANDEZ-FLORES y De Funes José Luís, ob. Cit Pág. 316 y ss.

⁵³ Apuntes de clase del Curso Derecho Penal Internacional ob. Cit Pág. 16.

Infracciones graves especificadas en el Protocolo adicional I de 1977 (artículos 11 y 85)

<p>- poner gravemente en peligro, mediante una acción u omisión deliberada, la salud o la integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que estén internadas, detenidas o privadas de cualquier otra forma de libertad a causa de un conflicto armado, en particular las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes que no estén indicados por su estado de salud o que no estén de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los ciudadanos no privados de libertad de la parte que realiza el acto;</p> <p>- cuando se cometan intencionalmente y si causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física o a la salud:</p> <p>- hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;</p> <p>- lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos;</p> <p>- lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos;</p> <p>- hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;</p>	<p>- hacer uso péfido del signo distintivo de la cruz roja y de la media luna roja o de otros signos protectores;</p> <p>- cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo:</p> <p>- el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio;</p> <p>- la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;</p> <p>- las prácticas del <i>apartheid</i> y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal ;</p> <p>- el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se les haya conferido protección especial, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o utilizados por la parte adversa en apoyo de su esfuerzo militar;</p> <p>- el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios y el Protocolo I de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.</p>
---	--

Cuadro 2: Infracción grave a los protocolos adicionales de 1977.

Conjuntamente se dictaron nuevas normas que también coadyuvaron desde el punto de vista de la regulación del derecho. Se reconoce como norma la Convención de La Haya de Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954, que establece no sólo el respeto a éstos en caso de conflicto, sino también en su art. 4.3. Prohíbe, impide y hace cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de éstos⁵⁴, y los sanciona de acuerdo al derecho penal de cada parte contratante (Art. 28).

Los crímenes definidos por estos tribunales posteriormente se volvieron imprescriptibles por la Convención de imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad de 1968⁵⁵, que en su Artículo I se refiere a estos crímenes y los de los Convenios de Ginebra, y exhorta a adecuar a nivel interno sus normas sobre prescripción de la acción penal y la pena, e incluso si fuere necesario sus normas constitucionales para dar cumplimiento a su obligación (Art. 4).

Otro tratado relevante es la Convención contra la Tortura o CAT, ya que si bien es cierto que la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes ya estaba en los Convenios de Ginebra y otros instrumentos, aquí se les entrega un tratamiento más sistemático, además de que se prohíbe usar en cualquier caso la guerra como justificación de la tortura, y se menciona con más claridad el principio de jurisdicción universal (Art. 5 y ss.).

Finalmente se destacan otros convenios que también dan ciertas normas de protección, como la Convención de prohibición de desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas, tóxicas y su destrucción de 1972, la

⁵⁴ La Convención [en línea] en el sitio del Comité Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM2Q>> [fecha de consulta; 22 de noviembre de 2007].

⁵⁵ La Convención [en línea] en el sitio de la Organización de las Naciones Unidas <http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/p_limit_sp.htm>.

Convención sobre prohibición y restricción de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas de Ginebra de 1980, la Convención de Derechos del Niño de 1989, entre otras.

Se puede decir de ésta fase que el desarrollo se lleva a dos frentes. Por un lado el internacional, que crea, y por otro lado, el nacional, que complementa y desarrolla. La noción de un tribunal internacional comienza adquirir un mayor cuerpo.

1.3.5. Desarrollos post Guerra Fría

Dentro de los desarrollos modernos, hay cuatro hechos importantes a saber, de los cuales dos de ellos son eventos jurisdiccionales de tipo coyuntural y dos son proyectos de regulación seria, coherente y permanente;

Tribunal para la Ex –Yugoslavia y Ruanda

Se pensaba que con la caída de los socialismos reales el mundo ganaría paz y estabilidad, pero eso no duraría mucho, pues recién iniciada la década de los '90 se desencadenaría la desintegración de la República Federal de Yugoslavia, Estado conformado por un conjunto de naciones, con tradiciones culturales y religiosas muy diversas entre sí, que deseaban cada una su independencia. Esto provocó una guerra fratricida entre ellos y Serbia, que deseaba mantener la unidad del Estado; una brutal guerra que constituía un peligro para la paz y la seguridad internacional.

Naciones Unidas, en sus intentos por pacificar la zona, convocó a una comisión de expertos para que investigaran las denuncias de asesinatos en masa, “depuración étnica”, detenciones arbitrarias, torturas, violaciones, destrucción de propiedad, etc.⁵⁶. Finalmente se conforma el Tribunal Internacional para Yugoslavia (TPIY) en virtud de la resolución 827 del Consejo de Seguridad. Este tribunal sería de naturaleza ad-hoc.

⁵⁶ LLEDO, Rodrigo; DERECHO INTERNACIONAL PENAL, Pág. 201.

Este tribunal presenta la virtud de que en su constitución no intervino un tratado entre las potencias vencedoras, sino que surge en virtud de la acción de un organismo multilateral como lo es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que lo crea en virtud del Capítulo VII de la Carta de la Organización, debido a que los hechos en los Balcanes constituía un peligro para la paz y seguridad de la humanidad.

Respecto a los crímenes de guerra los divide en dos artículos, el 3 relativo a las infracciones a los convenios de Ginebra vistos *supra* 1.2.4, y el 4 relativo a la violación a las leyes y usos de la guerra como el empleo de armas prohibidas, destrucción de bienes, pillaje, etc.

El segundo de estos tribunales, el de Ruanda, deviene de un conflicto interno basado en el enfrentamiento, persecución y genocidio entre diversas tribus, con una impresionante cantidad de muertos, heridos y desplazados, expandiendo sus efectos al resto del continente africano.

Fue así que a través de la Resolución 955 del Consejo de Seguridad se estableció el Tribunal Internacional para Ruanda (TPIR) que siguió los mismos parámetros que el TPIY (competencia restringida, naturaleza ad-hoc, etc.).

Como era un conflicto civil, las conductas incluidas como crímenes de guerra tienen que ver con violaciones al Artículo 3 común a los cuatro convenios y al protocolo adicional II, que incluyó entre otras conductas el homicidio, la tortura, las mutilaciones, el saqueo, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente, entre otras.

Estos tribunales cumplieron el rol de sancionar hechos de extrema gravedad, legitimados por la comunidad internacional, lo que ayudó a la tarea de pacificación, aunque compleja y en ciertos puntos polémica, y al restablecimiento de una paz parcial en esas zonas, aunque no se trató de un resultado permanente. Otro de los aportes de estos tribunales fue el de insertar delitos que antiguamente eran de ocurrencia solamente en conflictos internacionales, como delitos que pueden ser cometidos en

conflictos armados no internacionales, tomando como razonamiento el derecho internacional consuetudinario, los principios de Núremberg y la práctica estatal, aunque no todos los avances se manifestaron en las normas universales postreras.⁵⁷

Proyecto de Estatuto de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad

Este proyecto, elaborado por la Comisión de Derecho internacional en 1996⁵⁸ para ser presentado ante la Asamblea General de la ONU, tardó casi 50 años en concretarse. Contempla varios elementos coordinados y sistematizados en una parte general, que consagra los principios generales de derecho penal, como la responsabilidad individual, la del Estado, la del superior, la jurisdicción universal (con normas como la obligación de extraditar y juzgar, irretroactividad de la ley penal, non bis in ídem), entre otras.

La segunda parte es una de carácter especial, que trata de la tipificación de estos delitos de forma particularizada. En el caso de los crímenes de guerra es el Art. 20 el que los trata. Básicamente se divide en siete zonas:

- Actos violatorios al derecho internacional humanitario (asesinatos, tortura, destrucción y apropiación de propiedad, toma de rehenes, maltrato a prisioneros de guerra, etc.).
- Actos violatorios al derecho internacional humanitario, que causen la muerte, y serias heridas en la salud (ataque a la población civil, uso péfido de los emblemas de la cruz roja, ataque a depósitos de lugares peligrosos).
- Cualquiera de los actos cometidos dolosamente en violación del derecho internacional humanitario (desplazamiento de población, demora en repatriación de prisioneros de guerra).
- Actos de violación de dignidad personal en violación al derecho internacional humanitario (violación, tratos crueles, inhumanos y degradantes, prostitución forzada).
- Actos de violación de las leyes y usos de la guerra (uso armas prohibidas, destrucción de ciudades fuera de necesidad militar, ataque a propiedad privada)

⁵⁷ WERLE, Gerhard, Ob. Cit. Pág. 445-46.

⁵⁸ El proyecto, que falló por falta de consenso en el sitio de Naciones Unidas [en línea] <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf> [fecha de consulta; 20 de noviembre de 2007].

- Actos de violación a las leyes del Derecho Internacional Humanitario aplicable en conflictos armados no internacionales (otros ya vistos)
- Uso de métodos de combate no amparados en las necesidades militares (daño medioambiente)

En este sentido, las normas constituyeron las bases de lo que vendría en el estatuto de Roma, aunque sin plasmar aun a la idea de un tribunal internacional permanente.

Estatuto de Roma

Luego de muchos años de negociaciones, finalmente se logró un consenso para un sistema de represión criminal internacional, incorporando no sólo un derecho penal internacional, sino que también un derecho procesal internacional. Este sistema abarca algunos crímenes internacionales (están excluidos otros como el narcotráfico) y se caracteriza porque es la comunidad internacional quien juzga si no hay voluntad de parte de los Estados a hacerlo, entrando los hechos en su competencia material.

La Corte fue aprobada en su estatuto el 17 de julio de 1998, por la conferencia internacional de Naciones Unidas para su elaboración, con el voto favorable de 120 Estados, el rechazo de EEUU, China, Irak, Israel, Libia y Argelia. Se reconoce en su constitución que estos crímenes constituyen violaciones a la paz y seguridad de la humanidad. Por lo anterior el tribunal es permanente, independiente, vinculado al sistema ONU con competencia complementaria a los Estados nacionales.

El estatuto, que es un texto global único que comprende los grandes actos delictivos que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, sigue, en buena medida, el proyecto de Código de 1996, pero con diferencias en el orden, y obviamente en la estructura del proceso judicial y las obligaciones del Estado de cooperación judicial.

El estatuto tiene normas de derecho penal general y especial, sancionando los crímenes de genocidio⁵⁹, lesa humanidad⁶⁰, y el crimen de agresión⁶¹. Para nuestros

⁵⁹ Artículo 6 del Estatuto.

⁶⁰ Artículo 7 del Estatuto.

propósitos, se reflejan los crímenes de guerra en el Art. 8, los que serán estudiados en profundidad en el Capítulo III.

1.4. EVOLUCION DE LOS CRIMENES DE GUERRA EN CHILE

En el examen de las normas que regulan los crímenes de guerra, sobre todo si se desea realizar un análisis comparativo respecto a las normas internacionales, se debe revisar con acuciosidad la normativa interna vigente (lo que realizaremos en el Capítulo II). Pero esa normativa tiene una historia y un trasfondo fáctico y moral, que hacen que esa norma tenga una vigencia y una evolución que sirve de nexo a las normas vigentes. Esta evolución viene desde el pasado colonial de Chile, se consolidó luego con la independencia y recibió aportes de la evolución internacional. Realizaremos este breve repaso, desde el pasado colonial hasta nuestros días.

1.4.1. Regulación Colonial

La conquista española sobre los territorios de América, y en particular Chile, se realizó sobre la base de guerras de dominación y conquista. Esas guerras se regulaban por normas, muy escasas, pero normas al fin, que luego se asentaron en el periodo colonial.

La filosofía de guerra española venía profundamente inspirada por el cristianismo, en el sentido de propender a una guerra justa, y donde si el origen de la guerra era justo, lo demás también era justo. Tomaba en consideración los preceptos de la teología moral respecto a la humanización de las guerras, circunscribiendo el derecho de la guerra a los soberanos, quedando afuera los conflictos privados⁶².

⁶¹ El Art. 5.2 del Estatuto expresamente dispone que en el caso de éste crimen, la Corte ejercerá su competencia una vez que una conferencia diplomática en virtud de los Art. 121 y 123 establezca la definición y los elementos de éste crimen.

⁶² QUINTANO RIPOLLES, ob. Cit. Pág. 515.

Aunque luego los pensadores religiosos pudieron colocar ciertas normas prohibitivas (las que fueron analizadas en el punto 1.1.1.), quedaron fuera muchos elementos, como el saqueo e incendio de los pueblos enemigos por necesidad militar, la muerte rehenes por incumplimiento de convenio, la apropiación de bienes si la guerra era justa, la servidumbre de los enemigos si la guerra era justa y el castigo con la muerte a los enemigos vencidos, sobre todo si el enemigo no era cristiano, entre otras conductas⁶³. Estas conductas fueron recogidas posteriormente, en distintas legislaciones penales comunes y penales militares, para regular los usos de la guerra y mantener la disciplina y la fuerza, siendo utilizado en las partidas del Rey Alfonso X El Sabio, particularmente en la segunda, que reguló las relaciones en la guerra y fue clave en la reconquista española de la dominación mora.

Pero las normas no tenían unidad, por lo que una vez que España se reunió con los reyes católicos y con la dominación en América, las normas con las cuales los ejércitos debían operar era con las denominadas ordenanzas reales, que eran cuerpos normativos promulgados por los Reyes de España para uso de sus ejércitos, conteniendo todo el saber de la época como táctica, organización, leyes penales, deberes, entre otras⁶⁴.

Aunque las primeras instrucciones a los ejércitos no eran reales sino que de los propios conquistadores, como Hernán Cortés, quien castigaba con pena de muerte a quien atacaba al enemigo sin orden de hacerlo (una especie de acción contra el *Jus ad bellum*), en el plano de el *Jus in Bello* existía una regulación limitada, en sentido de que ningún español “entre en ninguna casa, ni para robar ni para otra cosa, hasta ser del todo echados los enemigos” (se entiende que luego se podían hacer lo que desearan)⁶⁵. Otro tema es el debate respecto a los indígenas entre Ginés de

⁶³ QUINTANO RIPOLLES, ob. Cit. Pág. 518.

⁶⁴ DE SALAS LÓPEZ, Fernando, Ordenanzas Militares de España e Hispanoamérica, Madrid, Fundación Mapfre, 1992, Pág. 19.

⁶⁵ DE SALAS LÓPEZ, Fernando, ob. Cit Pág. 34.

Sepúlveda y Bartolomé Las Casas, que tenía efectos sobre la forma de conducir la guerra de conquista.

La ordenanza señera de la época colonial es la ordenanza para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de los Ejércitos del Rey Carlos III de 1768. El rey de ascendencia borbona trajo impulsos de cambio, y sobretodo el iluminismo, aportó un desarrollo distinto en cuanto a las normas y formas de entender la guerra. Entre sus normas destaca el respeto a los prisioneros de guerra, y el respeto a los que yacen en el campo de batalla, además de una serie de delitos militares y comunes, que eran castigados con severidad (pena de muerte o corporal), destacando los delitos religiosos propios de la época, como el robo a los vasos sagrados, el ultraje a las imágenes divinas o a sacerdotes, o el insulto a lugares sagrados (todos incluso en país enemigo)⁶⁶. Este código regiría en Chile hasta la dictación de las ordenanzas de 1839.

1.4.2. Ordenanzas de 1839

Una vez que Chile se transformó en Estado independiente, surgió la necesidad de reformar las ordenanzas según el nuevo escenario político del país. Así, desde 1815, se fue trabajando en esa dirección, la que finalmente se concretaría en las ordenanzas para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de los Ejércitos de la República de 24 de Abril de 1839, bajo el mando del Presidente José Joaquín Prieto, siendo ministro de guerra don Ramón Cavareda⁶⁷.

En líneas generales sigue los mismos elementos que las ordenanzas de 1768, en el sentido de que es, siguiendo el mensaje presidencial que le dio origen, “una reforma de aquellas, habiéndose suprimido o modificado los títulos y artículos innecesarios o que

⁶⁶ Todas las normas penales en DE SALAS LÓPEZ, Fernando, ob. Cit Pág. 135 y ss.

⁶⁷ República de Chile, Imprenta La Opinión 1840.

pugnan con el espíritu de la forma de gobierno adoptado⁶⁸, pero siguiendo en muchos casos la letra y el espíritu de las anteriores. Respecto a las regulaciones de guerra contenidas en el Título LXVIII, relativo a las ordenes generales para el servicio de campaña, destacan en particular sus artículos 9 (cuando se ataca un lugar entre en casa alguna de él, sin ser mandado, debiendo en uno y en otro caso los oficiales de la misma compañía), el art. 10 que señala que a persona alguna del ejército le será permitido el desnudar a herido de los que quedan en el campo de batalla, y los que hicieren prisioneros a oficiales los trataran con la decencia y generosidad que corresponde a su carácter, y el art. 11 respecto al trato a los heridos, todos penados bajo sanciones severas (pena de muerte o corporal). También se refiere a los delitos en contra de bienes religiosos, en los mismos términos que en 1768.

Estas ordenanzas fueron reeditadas en 1872, 1882, 1890, 1901, hasta 1927 donde desaparece la parte penal quedando sólo lo disciplinario bajo el nombre de Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas vigente hasta nuestros días con pocas modificaciones al texto carlista⁶⁹.

Sin duda que uno de los momentos más relevantes en el cuanto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario fue la Guerra del Pacífico, que involucró a Chile, Perú y Bolivia (1879-1884). En ese momento, a nivel universal se había avanzado a nivel de conferencias diplomáticas y esfuerzos internos de ciertos Estados⁷⁰. Chile no había incorporado estos avances, por lo que mantenía las viejas disposiciones de la época colonial y ciertos aportes de la doctrina⁷¹. Era todo lo disponible.

⁶⁸ DE SALAS LÓPEZ, Fernando, ob. Cit Pág. 173.

⁶⁹ DE SALAS LÓPEZ, Fernando, ob. Cit Pág. 175.

⁷⁰ Véase 1.3.3. Pág. 26

⁷¹ Como los de Andrés Bello, que en sus obras completas consideraba que era contrario al Derecho de la Guerra el matar a los prisioneros salvo en casos extremos o si resistían. IBARRA Cifuentes, Patricio "Prisioneros en la Guerra del Pacífico; Testimonios Contemporáneos" Memoria de Prueba para obtener el grado de Licenciado en Filosofía y Humanidades, Mención Historia, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Filosofía y Humanidades, 2005 Pág. 10.

A los meses de iniciado el conflicto, Chile acoge algunos artículos de la Declaración de Ginebra de 1864, referidas al personal sanitario (Art. 5 y 6) y la obligación de recoger a los combatientes heridos del campo de batalla; aunque fundamentalmente se siguieron las normas del Código de Lieber de 1863, no sólo en lo relativo a la conducta de los soldados, sino también a materias como el cuidado de los prisioneros de guerra y normas de conducción de hostilidades. Estas normas se hicieron saber a los soldados a través de medios oficiales y se ordenó su cumplimiento.⁷²

Pese a esto, y que las normas eran recíprocas (al menos con los militares peruanos), en la guerra se produjo una gran carnicería, con delitos como el declarar que no se dará cuartel, el matar a prisioneros de guerra (en particular en las marchas de Tarapacá y la Sierra), utilización de prisioneros de guerra como escudos humanos y su utilización en trabajos no inherentes a su condición (como ser criados domésticos), rematar a heridos en el campo de batalla o “repase”, vejámenes a los cadáveres e incendios masivos a los poblados⁷³.

Estos actos, que fueron cometidos por todas las fuerzas, muestran que el cumplimiento de la normativa internacional era ilusorio por las de circunstancias, lo que hizo que la guerra, a ratos, más que contienda, pareciera carnicería. Lamentablemente muchas de estas conductas jamás fueron sancionadas por tribunales, salvo casos aislados, y más relacionados con faltas a la palabra de honor o espionaje pero no respecto a este tipo de violaciones.

⁷² Dentro de las más importantes está la prohibición de declarar que no habrá cuartel o aceptar combatir sin cuartel, a menos que sea estrictamente necesario, el no asesinato de los prisioneros de guerra a menos que sobrepasen a sus captores y que los civiles que se alzan en armas no reciben protección alguna por lo que pueden ser muertos. Estas normas se hicieron conocidas en el texto “El Derecho de la Guerra según los últimos progresos de la civilización” que se convirtió en publicación oficial siendo seguida por la Armada y el Ejército expedicionario del norte. En IBARRA Cifuentes, Ob. Cit. Pág. 6.

⁷³ Algunos actos salientes como el fusilamiento masivo de Prisioneros de Guerra a cargo del teniente Straham o el repase de heridos en la Batalla de Chorrillos En IBARRA Cifuentes, Ob. Cit. Pág. 66 y 154.

Lamentablemente tampoco el gobierno chileno acogió las normas que castigaban infracciones al Derecho Humanitario en el derecho interno, desperdiciándose esa oportunidad para alcanzar nuevos horizontes.

1.4.3. El Código de Justicia Militar.

Desde 1872 se intentó crear un código, deseo propio de los esfuerzos codificadores de mediados del Siglo XIX, pero los avatares políticos y militares del periodo hicieron que la discusión se dilatara.

Tras esfuerzos legislativos entre 1888 y 1890, y otros a inicios del 1900, finalmente, y ante la presión de los militares, durante la junta de gobierno que reemplazó al Presidente Arturo Alessandri en 1925, y por medio de un Decreto Ley, se dictó el DL 806 Código de Justicia Militar, que reemplazó a la ordenanza.

El texto legal, que es la expresión interna y vigente todavía del Derecho Penal Militar se encarga de castigar los denominados delitos militares, que son aquellos delitos especiales que son integrados por la naturaleza militar del bien jurídico protegido y la calidad militar del autor, a saber el soldado que infringe sus deberes militares⁷⁴.

Pero no solamente el Código versa sobre los delitos militares, también determina la competencia que tendrán los tribunales militares (de estos conocen por la etapa los tribunales militares en tiempo de guerra) sobre determinados asuntos, como los delitos cometidos durante el **Estado de guerra**, dentro de los cuales se encuentran las infracciones al DIH. También su procedimiento es diferente por cuanto se ciñen a las

⁷⁴ MERA FIGUEROA, JORGE; La Parte Especial del Derecho Penal Militar Chileno en MERA FIGUEROA, JORGE [ET AL], "Hacia una reforma de la justicia militar: delito militar, régimen disciplinario, competencia y organización", Cuaderno de Análisis Jurídico nº 13, Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2002, Pág.13.

antiguas reglas procesales penales del país en donde imperaban principios como el secreto (en la fase de sumario), la escrituración, procedimiento no concentrado, etc.

En el caso de los delitos que tienen relación con infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se encuentran contenidos principalmente en el Título III del Libro III, de la penalidad, dentro del CJM, el título denominado, de forma no muy precisa, delitos contra el derecho internacional.

No existen actas respecto a la historia de este título, pero se presume que sigue, en el marco de las infracciones al derecho bélico las normas del Reglamento de Campaña del Ejército español de 1882, que sigue a su vez algunas de las normas del Manual de Oxford de 1880, padre de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y sus anexos, sin embargo no puede descartarse la utilización de otros convenios como los de San Petersburgo de 1868.

El texto del Código, concebido exclusivamente para la ocurrencia de conflictos armados internacionales, no sufrió de grandes alteraciones a lo largo de su vigencia, si bien en otras áreas el Código tuvo una amplísima aplicación (en particular en años recientes), la ausencia de conflictos bélicos de dicho carácter hizo de que una reforma y una adopción concreta de normas internacionales careciera de una mayor urgencia, además de la relación existente entre los tratados y el derecho interno que consideraba la primacía de éste sobre el primero, y la circunstancias históricas y políticas del país cerraran el paso a cualquier debate.

Este título trata dos clases de ilícitos, por un lado las infracciones a las leyes de la guerra (en particular el trato a los prisioneros de guerra y la conducción de hostilidades, ciertas figuras de ataques indiscriminados y abuso de emblemas protegidos) que son las referidas en el Art. 261 a 264 de dicho cuerpo legal y, por otro lado, aquellos delitos en donde el bien jurídico afectado es la seguridad exterior del Estado, que son las referidas en los Artículos. 259 y 260 en los que se refiere al riesgo que Chile enfrente hostilidades o bien se alarguen las hostilidades ya iniciadas.

Según Astrosa, estos delitos se sancionan conductas lesivas al derecho de gentes, expresados en distintas normas internacionales que dicen relación con las reglas, usos y costumbres en caso de guerra, y que en el segundo tipo de delitos que son sancionados dice relación con abusos que pueden incurrir nuestros combatientes en contra de las siguientes categorías de personas

- Prisioneros de guerra
- Parlamentarios enemigos
- Militares heridos, enfermos o muertos
- Civiles en cuanto al saqueo que pueden sufrir los habitantes del país enemigo
- Abuso a emblema protegido
- Bienes del enemigo que son destruidos innecesariamente⁷⁵

Los delitos que a continuación analizaremos tienen ciertos elementos comunes como que no se requiere la calidad de militar para el sujeto activo y que las penas a las cuales pueden ser condenados los autores son penas comunes y no penas militares y que estos delitos son dolosos (directo o eventual) y no cabe respecto de ellos la comisión culposa de los mismos, estos son:

Art. 261. Será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados:

1° El que obligue a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, los maltrate de obra, los injurie gravemente, o los prive del alimento indispensable o de la asistencia médica necesaria;

2° El que, contraviniendo las instrucciones recibidas, sin necesidad y maliciosamente, ataque hospitales o asilos de beneficencia dados a conocer por los signos establecidos para tales casos, o destruya templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte;

3° El que, contraviniendo también las instrucciones recibidas y sin exigirlo las operaciones de la guerra, destruyere vías de comunicación, telegráficas o de otra clase;

4° El que, sin provocación, ofendiere de obra o palabra a un parlamentario.

Art. 262. Serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo los militares que, faltando a la obediencia que deben a sus jefes, incendien o destruyan edificios u

⁷⁵ ASTROSA H. Renato, Derecho Penal Militar, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1974, Pág. 210.

otras propiedades, saqueen a los habitantes de los territorios en que operen o cometan otros actos de violencia grave en las personas.

A los promotores y al de mayor empleo se les aplicará la pena como si el delito estuviere revestido de una circunstancia agravante, y si del delito hubiere resuelto la muerte de alguna persona, se les aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte.

Art. 263. El que despoje de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselo, sufrirá la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Si al despojar al herido le causare otras lesiones o le agravase notablemente su estado, poniendo en peligro su vida o causándole su pérdida, la pena podrá elevarse hasta la de presidio perpetuo.

En las penas anteriores incurrirá también el que por crueldad y fuera del caso de legítima defensa, cometa violencias innecesarias con un militar herido o enfermo.

Art. 264. Será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, el que, en tiempo de guerra y en la zona de operaciones de una fuerza en campaña, use sin derecho las insignias, banderas o emblemas de la Cruz Roja.

En el caso de las normas del Art. 261 recoge una serie de hipótesis diferentes, en el primer numeral se refiere a atentados a los prisioneros de guerra, que por sus características se podía interpretar conjuntamente con algunas de las normas del III Convenio de Ginebra de 1949. Las conductas descritas ya estaban presentes en los Reglamentos de La Haya que además regulaban el tratamiento al que debían ser sometidos los prisioneros. En el caso de la figura del maltrato de obra, era la más difusa por cuanto no explica que significa ni en que consiste pero se podía entender que era el daño físico o síquico a los prisioneros, reconduciéndolo a la norma común.

La segunda de las figuras dice relación con hipótesis de ataques indiscriminados, en particular a alguno de los bienes protegidos en distintos tratados internacionales entre ellos los propios Convenios de Ginebra, este tipo era tremendamente restrictivo ya que existía una hipótesis de desobediencia, además de ello se establecía como requisitos copulativos como la ausencia de necesidad (al respecto se podía remitir a las normas del Protocolo Adicional I) y un requisito mental como la presencia de malicia en el agente lo que hacía prácticamente imposible su incriminación dado lo alto del estándar exigido por el legislador.

Parecido a lo anterior es el numeral tercero, que presenta otra clase de bienes, relacionados por su impacto en quienes no combaten al afectarse las vías de comunicación que son usadas por la población civil de forma cotidiana, en este caso nos encontramos con una violación al principio de proporcionalidad. En lo que se diferencia del numeral 2º es que en este no se requiere ánimo especial por parte del agente, aunque eso no hacía más sencilla la incriminación por el carácter copulativo de sus requisitos.

Finalmente la última de las figuras de este artículo tiene que ver con el maltrato de obra o palabra a un parlamentario, expresión de las normas del Derecho de La Haya (que cristalizó una figura clásica en los conflictos armados propios de esa época y lo definió), lo que conformaba un ataque a una persona u objeto especialmente protegido, este maltrato era amplio pues podía ser de palabra o física y era completamente independiente del daño causado.

Curiosamente esta figura fue posteriormente eliminada en la ley actualmente vigente que regula los crímenes de guerra, no se dieron razones atinentes al respecto pero la evolución de los conflictos armados (donde priman los medios tecnológicos) hizo desaparecer al parlamentario como agente relevante en el desarrollo de éste.

El siguiente artículo el 262, ataques dirigidos en contra las personas (visto esto en un sentido amplio no solo comprendiendo en ella a la población civil del territorio donde operan las fuerzas nacionales sino también todo aquel que sea no combatiente), en dos figuras, por un lado ataques en contra de la propiedad de las personas (sea como destrucción directa o a través del saqueo a los habitantes), y por otro lado la violencia grave en contra de éstas, delito de amplísimo espectro pues podía incluir una serie de actos de ataque contra la integridad física, síquica o sexual de las víctimas, utilizando para ello una interpretación tanto del Reglamento de La Haya como de los propios Convenios de Ginebra de 1949.

Este delito sólo podía ser cometido por los militares, pero no por la entidad de los bienes jurídicos protegidos que eran civiles y no militares sino a una hipótesis de desobediencia, que se relaciona con los delitos de insubordinación por el no respeto de los subalternos las órdenes impartidas por los superiores, sin este elemento objetivo no estamos en presencia del tipo.

Este delito era de características colectivas en cuanto al sujeto activo pues se distinguía entre quienes eran los meros ejecutores, quienes recibían una pena menor y los promotores y los de mayor empleo (jefes), quienes poseían un grado mayor de reproche. Además se calificaba la conducta por el resultado ya que si en la comisión de los delitos acaecía la muerte de una persona la pena llegaba incluso a la capital.

Sobre este crimen recaían críticas, en particular por el hecho que castigaba de forma desigual a los jefes sólo en la medida que éstos hayan impartido órdenes pero no por hacer una vigilancia deficiente o por errores de omisión, pudiendo quedar impunes, esto fue uno de los puntos que planteó modificar en la legislación posterior.

El siguiente artículo, establece precisiones, la primera de ellas es la presencia de sujetos pasivos calificados, por cuanto sólo pueden ser afectados heridos o Prisioneros de Guerra (inciso primero y segundo) o militar enfermo o herido (inciso final), mientras que el sujeto activo de la conducta era cualquier persona. Además se establecen figuras diferentes al ser tanto atentados contra la propiedad como el de violencias innecesarias en contra de las personas señaladas en el inciso final.

En cuanto a los primeros dos incisos, estas normas de despojo de los bienes que porta la víctima al momento de ser dejado fuera de combate se debían conciliar con las normas relativas con los delitos en contra de la propiedad (Art. 432 y siguientes del Código Penal), este delito contemplaba penas particularmente rigurosas lo que señalaba el grado de reproche del legislador frente a este delito, en particular porque el sujeto pasivo no tiene capacidad alguna para defender su propiedad y se castiga el actuar frente a esa indefensión.

Este delito tiene relación con otro ilícito que es aquel descrito en el Artículo 365 del CJM

Art. 365. El civil o militar que despoje del dinero, alhajas u otros objetos que tengan consigo, a los militares o auxiliares muertos en el campo de batalla, con el fin de apropiárselos, será procesado por robo Justicia, con violencia en las personas

En este caso se hacía una remisión expresa al Código Penal, por lo que se debía atener a sus normas, este acto protege dos bienes jurídicos por un lado el respeto a los muertos, (algo acendrado desde antiguo en el Derecho Internacional) y por otro lado la propiedad, los militares seguían la definición del Art. 6 del CJM.

En este caso el objeto de la sustracción son bienes muebles pero particularmente aquellos de mayor valor. Siguiendo la interpretación de la norma con las del resto del Título IX del Libro III (llamada Delitos contra la Propiedad) los objetos sustraídos (dinero y alhajas fundamentalmente) forman parte de los intereses materiales de las FFAA, por lo que no es un atentado a la dignidad del militar caído en combate sino la propiedad que sobre los bienes tienen los institutos armados.

Esto hacía que este delito resultara curioso, en cuanto al lugar donde está reglado (de hecho se mantiene vigente pese a la ley 20.357), pues estos bienes en estricto rigor no le pertenecen a nadie y su apropiación, [si aceptamos la tesis de afectar los intereses de los institutos armados] no afecta la propiedad, ni los intereses, ni la operatividad de las Fuerzas; coincidiendo con la apreciación crítica del Profesor Mera⁷⁶.

En el caso del inciso final, este se refiere a las violencias innecesarias cometidas en contra de estas categorías de personas, estas violencias no se encuentran definidas por el legislador, se debe entender que se contemplaba un rango de violencia tolerado en la ley, como las causales de justificación general como la legítima defensa,

⁷⁶ MERA, Ob. Cit. Pág. 64.

aceptándose tratos violentos a personas protegidas, sin que sea para la comisión de otros delitos como el de robo.

Para la comisión de este delito no se requería que el militar enfermo o herido sufriera lesión alguna o la muerte, por lo que se constituía como un delito de mera actividad. Además exigía un tipo específico y subjetivo de dolo al referirse al elemento de crueldad por parte al agente, demostrando una disposición interna, mental o incluso sentimental⁷⁷ algo poco usual en la construcción del resto de los tipos de derecho penal general o militar, lo que da intención del reproche del legislador y lo alto de las penas.

El último de los artículos es el 264, que era un atentado a un emblema protegido, pues vulneraba la buena fe del adversario y constituía un medio pérfido de combate.

Este fue el único artículo que tuvo modificaciones durante los 70 años de vigencia, este artículo contaba con una regulación dual que era la ley sobre la Cruz Roja número 3924 establece el uso de la bandera y el artículo 6° señala el llamado a sancionar tales normas⁷⁸, fuera de ello existía desde la ratificación del Protocolo Adicional I de 1991 que lo contemplaba en el régimen de infracciones graves.

El delito exigía no sólo su ocurrencia en el marco de un conflicto armado (algo bastante lógico) sino su utilización exclusiva en el teatro de operaciones lo que lo convertía lo que restringía el marco de aplicación de la norma. En cuanto a la penalidad en un principio sólo era de tipo pecuniaria pero luego se agravó a penas de prisión, que en todo caso eran menores.

⁷⁷ Crueldad se puede definir como impiedad o deleitarse en hacer sufrir o permanecer proclive ante el dolor irrogado a otro. En, GUZMAN DALBORA, José Luís, Informe de Chile; en AMBOS Kai, MALARINO EZEQUIEL (Compiladores), Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales, Montevideo, Konrad Adenauer Sittfung, 2005. Pág. 172.

⁷⁸ ART. 5° La bandera i el brazal son signos de neutralidad i sólo podrán usarse con la autorización correspondiente.

ART. 6° El Reglamento Jeneral determinará el uso de la bandera, del brazal, de los distintivos i uniforme de la Cruz Roja Chilena, i establecerá sanciones, que se aplicarán administrativamente, para los casos de infracción. (la redacción es la expresada en la norma).

Este artículo tenía una relación con el espionaje en cuanto a si el sujeto activo era extranjero se le imputaba su acción como espionaje indiciario del Art. 252 n°1, penada con gran severidad⁷⁹. Al igual que todos los delitos de este título sólo podía ser cometido de forma dolosa y por cualquier persona sea militar o civil.

Finalmente y en este breve repaso debemos señalar que dentro de la estructura del CJM, también eran relativos al Derecho Internacional Humanitario o al tratamiento de personas protegidas por este ordenamiento, dentro de las normas más relevantes debemos mencionar las que siguen;

Art. 330; Violencias innecesarias en contra de las personas en el marco del ejercicio de sus funciones militares

Art. 374; Tratamiento a los Prisioneros de Guerra fugitivo

Art. 247; Prisionero de Guerra liberado y vuelva a tomar las armas contra el Ejército Nacional

Como se puede apreciar no eran muchos los temas regulados por el CJM, por lo que al existir una serie de vacíos, muchas de las conductas consideradas como infracciones graves a los Convenios de Ginebra quedaban impunes, en gran parte porque estos son anteriores a aquel y varias de las figuras no fueron incorporadas debidamente por el legislador nacional.

Se planteó así buscar la aplicación a algunas de las normas de los Convenios de Ginebra, así en años recientes, han sido los tribunales de justicia los que, conociendo de casos de violaciones a los derechos humanos durante el Régimen Militar encabezado por el Gral. Augusto Pinochet (1973-1990), se pronunciaron sobre la

⁷⁹ Art. 252. Será condenado a la pena de presidio perpetuo como espía:

1° El que subrepticamente o con ayuda de disfraz, o con falso nombre o disimulando su calidad, profesión o nacionalidad, se introdujere en tiempo de guerra, sin objeto justificado, en una plaza de guerra, en un puesto militar o entre las tropas que operan en campaña;

aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949, en particular el IV⁸⁰ y los deberes de punición que de acuerdo a éste corresponden al Estado, asunto que a continuación veremos.

1.4.4. Aplicación de los Convenios de Ginebra en el derecho interno

Es en 1990, con el retorno a la democracia, que comienza el debate respecto a la Aplicación de los Convenios de Ginebra a la situación ocurrida durante los primeros tiempos del Régimen Militar (entre 1973-1978), en particular por la obligación de investigar y sancionar las infracciones graves a ellos, complementados con las normas generales de sanción penal previstas en los Convenios III y IV respecto al trato a prisioneros de guerra y civiles respectivamente, y al Art. 3 común para conflictos armados no internacionales.

El debate sobre estas normas debe ser complementado con la discusión sobre la aplicación del D.L. 2.191 sobre la amnistía de 1978 y las normas generales de prescripción en materia penal, en relación al Decreto Ley n°5 de 1973, que declaraba al territorio nacional en estado o tiempo de guerra. Este sucinto repaso analiza los momentos de aplicación de estos institutos por la Corte Suprema, desde el rechazo total hasta la aceptación incluso de normas no ratificadas por Chile.

Rechazo a la aplicación de las normas

Hasta 1998, los tribunales superiores, en fallos que pronunciaban acerca de sobreseimientos definitivos, dictados por los tribunales castrenses, que ordenaban el cierre de la investigación en causas por violaciones a los derechos humanos, rechazaban la aplicación de los Convenios de Ginebra por las siguientes razones:

⁸⁰ Dado que los Convenios fueron ratificados en 1950, la ausencia de conflictos externos protagonizados por nuestras fuerzas, hizo que estas normas no tuvieran gran aplicación práctica. En GUZMAN DALBORA, José Luís, Ob. Cit. Pág. 173

- En virtud del D.L. 5, que solamente estipulaba aplicar los delitos y la penalidad de ese tiempo del Código de Justicia Militar y que no existía en Chile un verdadero estado de guerra interna.

Un ejemplo de ello es el fallo de la Corte Suprema de 08 Septiembre de 1998 expresa:

9°)... Y respecto a la Convención de Ginebra de 1949, efectivamente Chile se hallaba en Estado de Sitio en grado de defensa interna, que conforme al Decreto Ley N° 640, sobre Estados de Excepción, constituye un grado de menor entidad que el que fue materia del Decreto Ley N° 5 de 1973 que hacía aplicable la penalidad de tiempo de guerra del Código de Justicia Militar y demás leyes penales y en general los efectos de dicha legislación al estado de sitio decretado y que como ha sostenido esta Corte, se trató de una ficción legal que no era el reflejo de la realidad experimentada en esa época en que no hubo cuerpos armados que bajo una organización bélica se hubieran enfrentado en un clima de guerra, disponiendo cada bando de algún territorio. Al ser éstas las condiciones de aplicabilidad de las normas sobre Conflictos Armados sin Carácter Internacional de la Convención de Ginebra complementadas por el Protocolo Adicional II de 1977, cabe concluir que su omisión no ha significado transgresión de sus disposiciones, como tampoco se han dejado de observar los artículos 5° y 6° de la Carta Política⁸¹

Otra de las razones argumentadas para rechazar la aplicación de las normas ginebrinas, tiene que ver con el estatuto que esas normas guardan en el derecho interno, y en particular su relación con las normas sobre amnistía, haciendo que las normas internas primaran sobre las internacionales:

10°) “Que no está demás consignar, que, por lo regular, con anterioridad a la modificación del artículo 5° de la Constitución, que recién con fecha 17 de agosto de 1989 subordinó a los tratados internacionales ratificados por Chile en materia de derechos humanos, se impuso el criterio de que, al menos las leyes nacionales de orden público tienen preeminencia sobre las disposiciones de tratados o convenciones internacionales”⁸²

⁸¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 95 2° Parte; Sección 4°, 1999 Pág. 176, en el mismo sentido fallo de 07 Agosto 1997 en la misma revista Tomo 94 2° Parte; Sección 4°, 1998 Pág. 170 a 172 y 11 de marzo de 1998 Revista Gaceta Jurídica n° 213, Marzo 1998, Pág. 155

⁸² Ídem.

De esta forma, los pasos para encontrar justicia y reparación frente a los abusos y crímenes cometidos, no obtenían resultados. Poco tiempo después esa doctrina comenzaría a cambiar, y esta postura tomaría posiciones cada vez más minoritarias⁸³.

Fallos que Acogen los convenios

A contar de septiembre de 1998 se empiezan a acoger de modo cada vez más creciente las disposiciones de los Convenios de Ginebra. Uno de los fallos clave resulta el que recayó sobre el recurso de casación en el fondo de la resolución que ordenaba el sobreseimiento definitivo del caso Pedro Enrique Córdova. Dijo la Corte:

9°)“...Que se dictó por la Junta de Gobierno el Decreto Ley n°5 que declaró interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar... debía entenderse como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación... Y entre esta última indudablemente vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949 que en su artículo 3° (IV convenio), 146 y 147 (reproduce las normas).

10°)Que en consecuencia el Estado se impuso la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pueden tener participación en conflictos armados dentro de su territorio quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores...En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso... que de acuerdo a la norma Constitucional (Art. 5 inc. 2°) el derecho interno

⁸³ No obstante más recientemente se han producido fallos apoyando la primera tesis, como el fallo caso “Húsares de Angol” de 04 de Agosto de 2005, en que absolvió a los condenados en segunda instancia, aplicándose en ellos la institución de la prescripción. Curiosa resulta en uno de los considerandos del fallo la interpretación del Art. 148 del IV Convenio que establece la prohibición a las partes contratantes de exonerarse a sí misma a causa de las infracciones graves que dispone el convenio, señala la Corte “Que...la norma ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa, es **responsable de compensar económicamente (énfasis mío)** los daños producidos aunque no haya castigado a quien cometió infracción y que está vedado a los Estados pactar renunciaciones a esa obligación” (considerando 9°). Esta extraña interpretación fue, a nuestro entender, correctamente retrucada en el voto de minoría al señalar el sentido completo de responsabilidades de tal artículo al decir en su considerando 4°) “Que la mentada prohibición de auto-exoneración no se refiere sólo a las consecuencias civiles de las infracciones sino también, y de manera primordial, a las sanciones penales contempladas para ellas; pues es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas”. Aunque como es obvio esta tesis no pudo imponerse en el fallo (Voto de Minoría redactado por los Ministros don Jaime Rodríguez Espoz y Enrique Cury). En Revista Fallos del Mes n°536 Agosto de 2005, Pág. 2099 y 2101 respectivamente.

debe adecuarse a ellos y el legislador debe conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios...”⁸⁴.

Con este fallo se inició una jurisprudencia donde estos principios fueron reconocidos. Los efectos de estos fallos no sólo fueron el de revocar los sobreseimientos definitivos en las causas de derechos humanos, sino más, permitieron que los principales actores de la represión, la cúpula de la disuelta DINA (Dirección de Inteligencia Nacional), fueron condenados con fallos rimbombantes, como el fallo de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez⁸⁵.

A mayor abundamiento, el 26 de septiembre de 2006 la Corte Interamericana falló en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, en donde no sólo se consideró contraria a la Convención Americana la amnistía, sino que también desde la perspectiva de los crímenes contra la humanidad y la evolución del DIH, expone como se han castigado, y se ordena reprimir abusos graves como los sufridos por la víctima en este caso⁸⁶.

Los principios emanados de este fallo fueron recogidos por la jurisprudencia nacional en la sentencia de la Corte Suprema de 13 de diciembre de 2006, en el denominado “Caso Molco”, de donde se extraen varias conclusiones interesantes. Una de ellas es la relación derechos humanos y derecho internacional humanitario, las fuentes de esa norma y el uso de normas no ratificadas por Chile;

5º) Que el Derecho internacional humanitario constituye un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados, dispensando

⁸⁴ Revista Fallos del Mes n°478 septiembre de 1998, Pág. 1764. En el mismo sentido GUZMAN DALBORA, José Luís, Ob. Cit. Pág. 175.

⁸⁵ En este fallo se señala también otras normas de derecho como las normas interamericana de desaparición forzada de personas, el mayor rango de los tratados internacionales en el derecho interno, para decretar la no procedencia de la amnistía y prescripción y la posición de las normas ginebrinas. Fallo de la Corte de Apelaciones de 5 de enero de 2004 en Revista Jus et Praxis [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122003000200010&lng=en&nrm=iso&tlng=es> {Fecha de consulta: 13 de junio de 2008}. En el mismo sentido el considerando 34 y 35 del Fallo de la Corte Suprema de 17 de noviembre de 2004 que confirma el fallo en alzada [en línea] <http://www.memoriaviva.com/Desaparecidos/D-S/miguel_angel_sandoval_rodriguez_fallo.htm> {Fecha de consulta: 13 de junio de 2008}.

⁸⁶ Véase Fallo Almonacid Arellano vs. Chile en particular párrafos 93 y siguientes en particular las citas a jurisprudencia a tribunales internacionales y al Estatuto de la Corte Penal Internacional y el párrafo 99.

protección a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limitan los medios y métodos de hacer la guerra... Esta rama está integrada por acuerdos firmados entre Estados denominados tratados o convenios y por el derecho consuetudinario internacional, que se compone a su vez de la práctica de los Estados, que éstos reconocen como obligatoria, así como por principios generales del derecho... Aunque algunas de sus normas son similares, el Derecho Internacional Humanitario se ha desarrollado en forma separada del Derecho internacional de los Derechos Humanos, lo que no es obstáculo para que puedan aplicarse en ocasiones de forma simultánea, a través de un proceso de convergencia, tanto normativa como hermenéutica⁸⁷.

12°) Que el Derecho Internacional Consuetudinario, advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de Lesa Humanidad relativas a la prescripción suscita grave preocupación en la opinión pública mundial...estimó necesario legislar en ese nivel, asentando el principio de imprescriptibilidad de esa categoría de crímenes nefastos, a través de la denominado “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad...pero no ratificada por Chile⁸⁸.

13°) Que si bien la norma convencional no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que si pueda vincular al Estado, en la medida que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional⁸⁹.

Luego, explica los efectos del Convenio como cristizador de la Costumbre internacional, al declarar que el tratado no es otra cosa que la positivización de una norma que ya existe. En eso la corte es clara:

17°) “Que... el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido. Las disposiciones convencionales que cumplen con la fórmula descrita, obligan internacionalmente, con independencia de la entrada en vigor del texto que las contiene y aún respecto de Estados que no forman parte del tratado”⁹⁰.

Posteriormente en la resolución se señala la doctrina de los Fallos Almonacid y Barrios Altos (Considerandos 19 a 22), y que en virtud de lo expuesto, la aplicación de todas estas normas y el respeto a los Convenios Internacionales de Derechos

⁸⁷ Revista Gaceta Jurídica número especial 320, Editorial Lexisnexis, Santiago febrero de 2007, Pág. 159.

⁸⁸ Gaceta Jurídica Ob. Cit. Pág. 162.

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ Gaceta Jurídica Ob. Cit. Pág. 163.

Humanos y de Derecho Internacional de Derechos Humanos, se señala que la amnistía y la prescripción son contrarias a derecho. La aplicación de la prescripción [que es la institución en este caso] en el fallo de segunda instancia, es una errónea imputación del derecho, por tanto el fallo debe casarse y procede la condena de los acusados.

Luego de este fallo, y de forma consistente, los tribunales han aplicado estos razonamientos en casos de violaciones a los derechos humanos donde se alegan institutos de amnistía y prescripción, y donde estos tratados han tenido cada vez una mayor aplicación⁹¹.

Lamentablemente esta consistencia, no se ha plasmado de forma total, pues por la conformación y composición de las salas de los Tribunales Superiores de Justicia, que son los que conocen de recursos donde versan estas materias, y el carácter no vinculante de sus fallos, impiden que haya una sola línea argumental, acerca el pronunciamiento de la aplicación de los Convenios (y su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico) y la no aplicación de instituciones como la amnistía y prescripción.

Este es un tema que cruza a todo nuestro derecho, impidiendo la certeza jurídica y siembra dudas sobre el real compromiso del Estado con la aplicación del derecho internacional, por ello se deben buscar formulas correctivas como leyes que deroguen la amnistía, definición más clara de ciertos tratados en el derecho interno, entre otras.

⁹¹ Fallos de la Corte Suprema de 13 de Febrero de 2007, 06 de junio de 2007, 27 de julio de 2007, 28 de agosto de 2007, 05 de septiembre de 2007 y 10 de enero de 2008.

CAPÍTULO II; REGULACION DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL ESTATUTO DE ROMA

2.1. GENERALIDADES

Este texto comprende, en palabras de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en su Informe a la Sala que da cuenta del proyecto de acuerdo que ratificaba, en su momento, sin éxito el Estatuto de Roma, un Código Penal con parte general y especial⁹²; como también un Código Orgánico de Tribunales, por cuanto estructura la Corte en forma completa⁹³, y, asimismo, un Código Procesal Penal que regula todo el procedimiento⁹⁴, además de normas propias de Derecho Internacional Público⁹⁵.

Tras el proceso de ratificación interna de los Estados, la Corte entró en funcionamiento el 1° de Julio de 2002, al depositarse en la Secretaría General de Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, y hasta octubre de 2007 son 105 los Estados que forman parte de él⁹⁶.

⁹² Artículos 22 al 33 relativo a los principios generales de Derecho Penal, artículos 77 a 80 respecto de las penas, artículos 108 y 111 relativo a la ejecución de las penas (parte general del derecho penal) y artículos 5 al 9 relativos a los crímenes (parte especial).

⁹³ Artículos 1 al 4 sobre establecimiento de la Corte, 34 al 52 sobre la composición y la administración del tribunal, 113 al 118 que trata de la financiación del tribunal y 10 al 21 relativo a la competencia y el derecho aplicable.

⁹⁴ Artículos, 53 al 61 relativos a la investigación, 62 al 76 que regula el juicio, 81 al 85 referido a la apelación, 86 al 102 acerca de la cooperación internacional con la Corte en particular la extradición y los tratados de entrega.

⁹⁵ 112 acerca de la Asamblea de Estado parte, 119 al 128 normas finales, Boletín 2.293-10-2 de 26 de Noviembre de 2000 Disponible en [Http://sil.senado.cl/docsil/info2046.doc](http://sil.senado.cl/docsil/info2046.doc) [consultado el 25 de Abril de 2008] pese a que luego nuestro país no ratificó el tratado, situación que se mantiene hasta hoy.

⁹⁶ Listado de los Estados parte disponible en el sitio CPI [Http://www.icc-cpi.int/statesparties.html](http://www.icc-cpi.int/statesparties.html) [Consulta; 02 Mayo 2008].

Dentro de los actos delictivos que son tipificados en el tratado, **los crímenes de guerra** ocupan un lugar fundamental dentro del panorama de los delitos internacionales. Se encuentran contenidos en el Art. 8, que contiene una lista cerrada de 50 actos que los constituyen⁹⁷:

Artículo 8

Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.
2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":
 - a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:
 - i) El homicidio intencional;
 - ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
 - iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
 - iv) La destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
 - v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;
 - vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;
 - vii) La deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal;
 - viii) La toma rehenes;
 - b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

⁹⁷ Al respecto conviene señalar que, con objeto de sacar adelante el tratado se optó por este sistema a fin de no causar inconvenientes con las necesidades de defensa de los Estados, hay que tener presente cualquier reforma al Estatuto, para adicionar nuevos crímenes o modificar los existentes requiere el Estatuto de reforma por Conferencia de los Estados parte de acuerdo al Art. 121 y siguiente con la aprobación de la mayoría de los Estados, a diferencia de los crímenes de lesa humanidad que en el Art. 7.1. k) establecen una norma residual sobre otros actos inhumanos que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física como ataque generalizado y sistemático contra la población civil y con conocimiento de tal ataque. Análisis de esto en AMBOS, KAI, Ob. Cit.

Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;

i) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;

v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

xii) Declarar que no se dará cuartel;

xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;

xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;

xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

- xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;
- xix) Emplear balas que se ensanchan o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;
- xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;
- xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;
- xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;
- xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
- xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;
- xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

- i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
- ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- iii) La toma de rehenes;
- iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

- i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
- ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
- iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
- iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
- v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
- vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
- vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;
- viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;
- ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;
- x) Declarar que no se dará cuartel;
- xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
- xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos

armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo

Cada uno de estos crímenes presenta las siguientes reglas generales;

- a) Un resultado conseguido o intentado que afecta a los derechos fundamentales de las personas (vida, integridad, libertad) de manera intensa, cualitativa o cuantitativamente.
- b) Que tales actos no son actos aislados, sino que se enmarcan en una línea de conducta (de un gobierno u organización) que constituye una continuidad (o situación delictiva): intención de destruir total o parcialmente un grupo, parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, parte de un plan o política o parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.
- c) Un elemento de intencionalidad⁹⁸.

Además deben cumplir el requisito que establece el Art. 8.1., que es que se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de los mismos. Pueden ser conocidos por el tribunal de forma complementaria, si las jurisdicciones nacionales no pudieron o no quisieron sancionar los hechos.

Dada la aplicación del principio de legalidad, la Corte no conoce ningún otro crimen de guerra que los contemplados en el Art. 8.2., por lo que cada Estado puede ampliar o modificar los actos punibles de acuerdo a su derecho interno.

Doctrinariamente, se pueden dividir los delitos tratados del Art. 8 de la siguiente forma:

1. Crímenes cometidos contra personas que no toman parte, (civiles, internados), o ya dejaron de tomar parte en conflicto armado (combatientes que dejan de combatir por causa de lesión, enfermedad, detención y prisioneros de guerra).

⁹⁸ BUENO ARÚS, Francisco; DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan, MANUAL DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, España, 2003 Pág. 73.

2. Crímenes cometidos en contra de civiles y combatientes por usar métodos prohibidos de combate.
3. Crímenes cometidos contra enemigos o civiles utilizando medios (armas) prohibidos de combate.
4. Crímenes contra personas y objetos especialmente protegidos (personal Naciones Unidas, personal religioso, Comité Internacional, Cruz Roja, personal médico y humanitario).
5. Crímenes cometidos por el uso impropio de signos y emblemas⁹⁹.

El Estatuto, para tratar estos crímenes, decidió distinguir entre los crímenes de guerra que acaecen en conflictos armados internacionales (letras a y b Art. 8.2.), y los conflictos armados no internacionales (letras c y e Art. 8.2.). Los primeros son los que reciben la mayor protección y el mayor número de normas punibles, con 34 conductas.

Esta distinción ha sido cuestionada por parte de la doctrina, pues considera que el Artículo en vez de superar una distinción clásica, refuerza las lagunas existentes de forma arbitraria, privilegiando en extremo el principio de legalidad, respecto a los conflictos internos que son, en la forma actual de los conflictos bélicos, tanto o más brutales que los conflictos internacionales, y de hecho son los que mayor preocupación generan en la comunidad internacional¹⁰⁰.

Lo que plantea este sector es que la lista de crímenes de guerra sea unívoca sin distinción respecto a si el conflicto es internacional o no. No es una asimilación sin más a las normas internacionales, sino que es reconocer situaciones de hecho que ocurren

⁹⁹ CASSESE, Antonio, "International Criminal Law", New York, Oxford University Press, 2003, Pgs. 55-57. De forma similar lo ha considerado la doctrina más avanzada, el Código Penal Internacional Alemán, entre otros, tomando la clasificación un criterio más material que formal, WERLE, Gerhard, ob. Cit. Pág. 449.

¹⁰⁰ Eso hace reprochable en la estructura del estatuto el hecho de que no exista para los conflictos internos, regulación alguna respecto a las armas prohibidas, o a la inanición como medio para hacer la guerra, lo que sirve para ocasionar más abusos. Como ejemplo de estos conflictos recientes Sudán, Sri Lanka o la República Democrática del Congo aunque este último con injerencia de otros Estados, lo que ha obligado a una mayor o menor actuación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

en los conflictos armados, manteniendo ciertas diferencias según el caso¹⁰¹. De hecho ciertas legislaciones nacionales como la alemana lo contemplan. De hecho si se observa con detención la estructura del Art. 8 se nota una cierta identidad entre los actos, lo que acota y precisa la lista de actos punibles¹⁰².

La postura contraria lo plantea el Comité Internacional de la Cruz Roja, pues considera que en virtud del entendimiento y la expansión del DIH, y que por las circunstancias de hecho prevaleciente en el momento, tiene vigencia la distinción entre los conflictos internacionales (entre dos o más Estados) o internos entre (fuerzas gubernamentales y no intergubernamentales o los grupos no gubernamentales entre sí). Esto ha sido reforzado por los fallos de los Tribunales ad-hoc de Yugoslavia y Ruanda¹⁰³.

Del análisis de ambas posturas se puede deducir que, a objeto de otorgar una mejor protección a las personas víctimas de los conflictos armados, restringir más las formas de conducción de hostilidades en conflictos internos, y finalmente hacer más simple el conocimiento de las normas y su cumplimiento hacia quienes va dirigido, (Estado, FFAA y otros grupos), con el respeto a las particularidades de cada conflicto, la norma de Roma no constituye un avance en virtud de otorgar más protección, pues dificulta la inteligencia y adecuada interpretación de la norma, al dejar afuera múltiples situaciones que afectan a quienes se ven envueltos en conflictos bélicos y deja algunos actos sumidos en la impunidad.

El tratado recoge, reconoce y distingue entre el Derecho de Ginebra, como parte del derecho internacional consuetudinario. La letra a comprende las infracciones graves a

¹⁰¹ AMBOS, Kai, ob. Cit Pág.49, otros autores que lo postulan como Dörmann al analizar los elementos de los crímenes de las letras a y c Art. 8 y a propósito de la toma de rehenes AKSAR, Yusuf, *Implementing international humanitarian law, from the ad-hoc tribunals to a permanent international criminal law*, Londres, Routledge, 2004, Pág. 181, aunque hay observaciones que matizan tal opinión.

¹⁰² AMBOS, Kai, ob.cit. Pág. 63.

¹⁰³ CICR Opinion Paper, How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law? March 2008 disponible en [http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/\\$file/Opinion-paper-armed-conflict.pdf](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/$file/Opinion-paper-armed-conflict.pdf) [consulta; 18 de Abril 2008] Pág. 2-4.

los cuatro convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, que se aplican en los conflictos armados de carácter internacional, y las violaciones graves del Artículo 3 común a los 4 convenios para los conflictos armados no internacionales (Art. 8.2.c.)¹⁰⁴.

También se comprende el Derecho de La Haya (letras b y e Art. 8.2) y otros tratados nacidos en el seno de Naciones Unidas ~o Derecho de Nueva York~, como convenios que prohíben la participación de los niños en Conflictos Armados y protección al personal de la institución, y, aunque no lo dice expresamente, las normas contenidas en el régimen de infracciones al Protocolo Adicional I de 1977 (Art. 8.2.b.), excluyéndose las normas del Protocolo Adicional II, por no ser derecho consuetudinario¹⁰⁵.

Estas normas se deben entender complementadas con las que regulan los elementos de los crímenes, expresadas en el Art. 9, que ayudan al tribunal en la interpretación y aplicación de las normas, aprobados por los Estados parte en el año 2002, y con los fallos que los tribunales penales internacionales han dictado respecto a conflictos internos o internacionales, en ellos tanto el Tribunal Penal para Yugoslavia como para Ruanda ocupan un lugar central.

Los elementos de los delitos establecen como requisito común el que el delito se produzca en el contexto de un conflicto armado o relacionado con él. Con ello se establece tajantemente la distinción entre un crimen de guerra y un delito ordinario que es penado por los tribunales comunes de cada Estado, y además fija un elemento de

¹⁰⁴ Estas violaciones, que están contenidas en los Artículos 50, 51, 130 y 147 de los 4 convenios, son tratadas en el estatuto como por los elementos de los crímenes, reiterando lo señalado por ellos, a fin de cumplir con el principio de legalidad, pero su interpretación se complementará con los fallos del tribunal inspirado por la jurisprudencia de otros tribunales.

¹⁰⁵ Una de las grandes críticas que se hacen a esta letra, es la relativa a la escasa sistematicidad en la estructura del texto y su redacción, lo que dificulta la adecuada comprensión del mismo, orden que si tenían otros instrumentos como el proyecto de Estatuto de los Crímenes de 1996. En el mismo sentido, entre las letras a y b, para conflictos armados internacionales nos encontramos con que varias normas, en particular las relativas al tratamiento de personas durante el conflicto, así como la destrucción de los bienes civiles, ya han sido cubiertas de uno u otro modo por la letra a), por tanto muchas normas aparecen como repetidas y sobreabundantes lo que complica más la inteligencia del tratado.

aplicación temporal de éstas normas, que es básicamente desde el inicio de las hostilidades hasta que se haya alcanzado una solución general de paz¹⁰⁶.

Esta norma se aplica como generalidad en todos los delitos del artículo 8, independientemente de si el conflicto es internacional o no, o de los efectos jurídicos de éste¹⁰⁷. Lo punible también va por el hecho de que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que conforman el acto, sin que sea necesaria una evaluación jurídica al respecto. Esto se conforma de ciertas directrices, como la presencia de personal uniformado o la existencia de disparos en el área¹⁰⁸.

El estudio de las siguientes normas se realizará siguiendo la clasificación doctrinaria de crímenes de guerra propuesta por Cassese¹⁰⁹, tomando la fuente de donde emerge la norma (si es Derecho de La Haya o Ginebra, en este caso el 2.2 son normas ginebrinas fundamentalmente y los demás numerales corresponden al derecho de La Haya), y no si el conflicto es internacional o no, salvo en aquellos casos en donde sólo se legisla para conflictos internacionales. Idéntica clasificación se tomará para analizar los crímenes de guerra en el Código de Justicia Militar chileno.

2.2. CRÍMENES COMETIDOS CONTRA PERSONAS QUE NO TOMAN PARTE, O YA DEJARON DE TOMAR PARTE EN CONFLICTO ARMADO

Esta primera categoría de infracciones comprende una serie de contravenciones en contra de aquellas personas que el derecho internacional, y en particular en el derecho

¹⁰⁶ TPIY, Caso Tadic, Apelación Interlocutoria de competencia IT-94-1, 5 Junio 1995, parágrafo 70. Disponible en [Http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm](http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm) [consulta; 10 de abril 2008]

¹⁰⁷ Elementos de los crímenes, Introducción.

¹⁰⁸ DÖRMANN, Knut, "Crímenes de Guerra en los elementos de los Crímenes". En AMBOS, Kai, (compilador) LA NUEVA JUSTICIA SUPRANACIONAL; DESARROLLO POST ROMA, Valencia, España, Tirant lo Blanch., 2002.

¹⁰⁹ Supra, Pág. 67.

de Ginebra, se denominan “personas protegidas”, que son aquellas que necesitan una mayor protección y pueden ser víctima de una violación grave. En los conflictos armados que no tienen carácter de internacional, a estos se les denomina como “personas que no participan activamente en las hostilidades”.

Esta clasificación no es uniforme, sino que la categoría se conforma de acuerdo a cada instrumento por separado. así en el I Convenio de Ginebra son personas protegidas los miembros de las fuerzas armadas heridos o enfermos en campaña¹¹⁰; en el II Convenio, los miembros de las fuerzas armadas en el mar heridas, enfermas o náufragas; en el III Convenio los prisioneros de guerra; y finalmente, en el IV Convenio, se protege a las personas que en cualquier momento, y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto u ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante, de la que no sean súbditos, sin importar raza, sexo, religión u opinión política.

Las infracciones se configuran con la violación de uno o más de los derechos fundamentales de estos grupos de personas. Su orden se efectuará de acuerdo a las figuras penales más importantes que se cometan, y comprenden los Artículos 8.2 a), completo, 8.2.b) vi, viii, x, xiii – xvi, xxi, xxii, xxvi, 8.2.c) completo y 8.2.e) v-viii y xi. Y son las que siguen:

¹¹⁰ Incluyendo además a grupos como milicias o grupos de voluntarios, civiles que espontáneamente tomen las armas contra el enemigo, miembros de fuerzas armadas regulares no reconocidas por la potencia detenedora personas que sigan las fuerzas armadas sin pertenecer a éstas, miembros de la tripulación de aviación civil y marina mercante (Art. 13 I Convenio), mismos que del II y III Convenio, salvo que en éste último además se incluye a las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado por parte del ocupante, y a todas las personas anteriores que deban internadas, en virtud del derecho internacional por potencias neutrales o no beligerantes (Art. 4 III Convenio),

2.2.1. Homicidio¹¹¹:

Este delito se encuentra contenido en dos figuras. La primera es el **Homicidio**, presente en los conflictos tanto de tipo internacional (Art. 8.2.a.i) en que se llama homicidio intencional, como no internacional (Art. 8.2.c.i), llamado homicidio a secas. Básicamente y, siguiendo las reglas que provienen de los elementos de los crímenes, no existen diferencias entre conflicto armado internacional o interno. En ellos se establece que el autor haya dado muerte a una o más personas¹¹². En relación a la letra a) el tipo señala textualmente la palabra intencional, aunque luego no es desarrollada en los elementos de los crímenes, por lo que el elemento de intencionalidad y conocimiento, contenido en el Art. 30 del Estatuto es el que se toma para evaluar el acto. Esto es que el autor se propone incurrir en la conducta o se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos, esto es actuación dolosa, cubriendo incluso el dolo eventual¹¹³. Siguiendo los elementos de los crímenes, no se exige que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa¹¹⁴.

¹¹¹ Se usa esta expresión aunque los nombres sean distintos, pero en esencia no afecta su contenido, TPIY Trial Chamber Quater Delalic, judgement 16 November 1998, IT-96-21 par. 422: "*The Trial Chamber takes the view that it is the simple essence of these offenses, derived from the ordinary meaning of their terms in the context of the Geneva Conventions, which must be outlined in the abstract before they are given concrete form and substance in relation to the facts alleged. With this in mind, there can be no line drawn between "willful killing" and "murder" which affects their content*". y 423 que sostiene que por el objeto protector de los convenios al prohibir la muerte de quienes no forman parte de las hostilidades en conflictos internos o personas protegidas en conflictos internacionales, la terminología es indistinta. Disponible en <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm> [consulta; 10 de abril 2008].

¹¹² En ese sentido se puede entender que tiene que haber una relación entre los actos del acusado y la muerte de la víctima, así fue confirmado por la sala de juicio en el caso Tadic. En AKSAR, YUSUF, implementing International Humanitarian Law, Pág. 148.

¹¹³ Más respecto al dolo en WERLE Gerhard, JESSBERGER Florian "Unless Otherwise Provided": Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of crimes under International Criminal Law, Journal of International Criminal Justice, N°3, 2005 Pág. 35-55.

¹¹⁴ Elementos de los crímenes. Introducción general número 4.

En el caso de la letra c. i). Art. 8.2, éste sigue de forma casi literal el tenor del Art. 3 común, aunque no aparece la expresión intencionalmente. No difiere sustancialmente de la letra a), y el crimen se configura respecto de quienes son objeto del ataque.

Por cierto que esta disposición, en ambos supuestos de conflicto, no cubre a quienes actualmente combaten, pues éstos si pueden ser blanco lícito de ataques¹¹⁵. Por otro lado el modo y los medios a través de los cuales se da muerte son irrelevantes respecto al resultado, mientras éste sea atribuible a la acción del autor y sea cometido a gran escala¹¹⁶.

Este ilícito es uno de los pocos que presenta una regulación completa a nivel internacional. Idéntico desarrollo se puede encontrar en la aplicación de los elementos de intencionalidad.

La segunda de las figuras es el **Causar la Muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o, sin los medios para defenderse, se rinde a discreción** [Art. 8.2.b) vi], aunque regulada en el Estatuto de Roma solamente para los conflictos internacionales.

Respecto a este delito, los elementos de los crímenes se refieren a que el combatiente se encontrara fuera de combate, El comité preparatorio analizó esta norma desde la perspectiva de comparar las disposiciones que provenían desde las regulaciones de La Haya {Art.23, donde proviene la expresión rendirse a discreción}¹¹⁷, que a su vez provienen de las Regulaciones de San Petersburgo de 1868¹¹⁸, y

¹¹⁵ BOTHE, Michael, War Crimes, en CASSESE [et al], Pág. 392.

¹¹⁶ WERLE, Gerhard, Ob. Cit. Pág. 473.

¹¹⁷ Art. 23. *Besides the prohibitions provided by special Conventions, it is especially prohibited (c) To kill or wound an enemy who, having laid down arms, or having no longer means of defense, has surrendered at discretion;*

¹¹⁸ Esta señalaba que *"The only legitimate object which States should Endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy", thus, it is sufficient to disable the greatest possible number of men. Killing or wounding persons who are hors de combat goes beyond this legitimate purpose*". BOTHE, Michael, op. Cit. Pg.405.

positivadas modernamente en el Art. 41 y 42 del Protocolo Adicional I y su infracción en el Art. 85.3.

Posteriormente, el concepto fue actualizado por el Protocolo Adicional I, abarcando una serie de supuestos que son:

- Que el combatiente se encuentra en poder de la parte adversa;
- Que exprese claramente su intención de rendirse;
- Que esté inconsciente o incapacitado de cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse;
- Quien se lanza en paracaídas de una aeronave en peligro y tenga la oportunidad de rendirse antes de ser atacada.

Respecto a este último supuesto, existe una excepción, pues desde antiguo se autorizó el ataque a las tropas aerotransportadas, pues estos en su caída bajan con la clara intención de combatir y están lejos de expresar intención de rendirse, ni su aeronave se encuentra en peligro (por el contrario ésta ataca), por lo que pueden ser blanco lícito de ataque de parte del adversario.

Se critica la expresión “rendirse a discreción” por su ambigüedad, pues la discreción supone algún tipo de expresión de que se rendirá, como el bajar las armas, pero hay otros elementos que podrían causar confusiones de cuando la persona se ha rendido, o bien, no tiene medios de defensa, lo cual genera conflictos con el combatiente que se encuentra inconsciente¹¹⁹. Werle define la expresión a discreción cuando el combatiente ha perdido control sobre sus armas, tiene la intención de suspender la operación militar y no se resiste a ser tomado prisionero por el enemigo¹²⁰.

En este caso, para que se cometa el delito, se requiere que el autor, al matar o herir al enemigo, lo haga sabiendo que éste no puede defenderse, sea porque expresó su

¹¹⁹ BOTHE, Michael, ob. Cit. Pg.406.

¹²⁰ WERLE, Gerhard, ob. Cit. Pág. 473.

voluntad de no seguir combatiendo, o bien, no se encontraba en condiciones de hacerlo y ya no constituía amenaza alguna pues, no cometía acto hostil alguno, ni intentaba evadirse, por lo que deja de ser blanco lícito de ataque. En este delito son claves las circunstancias de hecho por las cuales se decide atacar.

2.2.2. Tortura, Tratos Inhumanos, Infringir Graves Sufrimientos o Atentados Graves contra la Integridad Física o la Salud y Realización Experimentos Biológicos;

Estos actos delictivos son tratados a lo largo del Estatuto como violación a las Convenciones de Ginebra y a las leyes y usos de la guerra. Si se realiza un examen acabado de estos tipos se observa una identidad entre estos, por lo que para un mejor análisis son examinados como un solo cuerpo.

El primero de los actos que aparece comprendido en este apartado es el de **tortura u otros tratos inhumanos** [Art. 8.2.a).i, c) i], cuya definición aparece como crimen de lesa humanidad de acuerdo al Art. 7.2.e.¹²¹. Hubo debates respecto de su remisión instantánea, cuando acontece en un conflicto armado. Para ello se revisó la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular el Tribunal para la Ex – Yugoslavia, que en el caso *Furundzija* conformaron los elementos de la tortura¹²². En

¹²¹ Artículo 1.1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. La convención se encuentra disponible [en línea] [Http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm) [Fecha de consulta; 21 de Abril 2008]

¹²² Se requiere que la tortura; i) consista en infligir severos dolores o sufrimientos por acción u omisión tanto físicos como psíquicos; ii) que este acto u omisión sea intencional; iii) el objetivo debe ser obtener una información o una confesión, o castigar, intimidar, humillar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona, o discriminar bajo cualquier criterio, a la víctima o a un tercero; iv) **debe estar relacionado con el conflicto armado** (énfasis es mío); v) al menos una de las personas involucradas en el proceso de tortura debe ser un oficial público o debe en cualquier medida actuar en una esfera no privada como un

uno de los fundamentos de la sentencia se definió la tortura de acuerdo a la Convención contra la tortura de 10 de diciembre 1984 (CAT), que fue considerada más amplia en su aplicación, afirmando su carácter como parte del Derecho Internacional Consuetudinario, con ciertas modificaciones.

Tras muchas discusiones finalmente se adoptó mayormente la visión de la CAT, aunque no se expresa en el Estatuto sino en los Elementos, esto es, la provocación de un gran daño físico y psíquico a una o más personas, para obtener un resultado, sea éste lícito o ilícito, como la obtención de información o confesión, castigo, intimidación o coerción. Esta lista en ningún caso es exhaustiva por su redacción “**tal como**”.

Otro de los puntos discutidos sobre la tortura es el carácter de oficialidad de quien comete la tortura, que es el enfoque de la CAT. Finalmente ese punto no fue considerado y no se mencionó que sólo debe ser un funcionario público quien tortura consienta, o instiga, sino un enfoque más amplio, desarrollado por los tribunales ad-hoc, que en el caso *Delalic* (TPIY), que describe al ejercicio de las funciones públicas como un propósito inclusivo a personas que ejercen capacidad oficial de Estados, en situaciones de conflicto interno que involucra entes no estatales¹²³.

Respecto del delito de **tratos inhumanos**, existe una repetición del verbo rector con respecto a la tortura, en los elementos de infligir a persona o personas grandes sufrimientos físicos o mentales, sin que medie finalidad determinada.

Se discutió cuál era el carácter distintivo entre la tortura y los tratos inhumanos, y siguiendo la cuestionable jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

órgano de facto del Estado o cualquier otra entidad depositaria de autoridad. Decisión TPIY Furundzija IT-95-17/1-T Par. 162 citado en DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 123.

¹²³ “Traditionally, an act of torture must be committed by, or at the instigation of, or with the consent or acquiescence of, a public official or person acting in an official capacity. In the context of international humanitarian law, this requirement must be interpreted to include officials of non-State parties to a conflict, in order for the prohibition to retain significance in situations of internal armed conflicts or international conflicts involving some non-State entities” Delalic, juicio 16 November 1998, IT-96-21 par. 473, ob. Cit.

en Irlanda vs Reino Unido de 1978, se dividió ambos delitos según su magnitud¹²⁴. En el caso de los conflictos internos se les denomina tratos crueles, aunque siguiendo el razonamiento TPIY la identidad entre éstos y los tratos inhumanos es la misma.

El someter a personas que estén en poder del perpetrador a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud, fue regulado en el Estatuto solamente para los conflictos internacionales. Fue inserto en el Derecho de Ginebra tras los horrores de la II Guerra Mundial. Es descrito por los elementos como poner, como efecto del experimento, a la(s) persona(s) en grave peligro para su salud física o mental, o en su integridad. Estos experimentos, para ser castigados, no deben tener carácter terapéutico, ni realizado en interés de la(s) persona(s). Para ello se examinan los principios médicos generalmente aceptados y se efectúa una comparación con el trato que reciben los nacionales de la parte que hace el tratamiento¹²⁵.

También este delito se encuentra presente en el Art.8.2.b.x como infracción a las leyes y usos de la guerra, pero no tiene ninguna diferencia particular con el número ii) de la letra a) del artículo 8.2.

Respecto del **crimen de Mutilaciones**, este fue incorporado en el Estatuto basándose en una interpretación estrecha del Art. 11.4 del Protocolo Adicional I que lo considera infracción grave¹²⁶, ya que aparece como resultado de un experimento

¹²⁴ “La tortura, es generalmente una forma agravada, de trato inhumano... la tortura presupone un trato deliberadamente inhumano que causa sufrimientos muy serios y crueles”. Par. 66 En DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 123. Aunque Aksar citando correctamente al TPIY caso Delalic, considera que es extremadamente complejo cuantificar el dolor infringido para distinguir entre tortura y tratos inhumanos y que dependerá, de cuestiones de hecho que resolverá el tribunal, posición que compartimos ob. Cit Pág. 153.

¹²⁵ BOTHE, Michael, War Crimes, en CASSESE [et al], Pág. 392.

¹²⁶ Utiliza una expresión genérica de toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una parte distinta de aquella de la que

biológico. Así lo confirman sus elementos, pues no sólo se exige que el autor haya amputado un miembro o extirpado un órgano o lo haya desfigurado o incapacitado permanentemente, sino que éste no se haya basado en un tratamiento médico o dental que lo justificara, sin que estuviera hecho en interés de la persona (salvarle la vida), pero no consta si el consentimiento de ésta es requerido o no. En todo caso, el objeto de protección del Art. 11 Protocolo I se mantiene¹²⁷. La estructura de éste delito lo encuadra claramente como un delito por resultado.

Una situación parecida a la que existe en la relación entre los delitos de tortura y tratos inhumanos en cuanto a su diferenciación, es lo que acontece con el delito de **infringir deliberadamente graves sufrimientos y atentar gravemente contra la integridad física** [Art. 8.2.a) iii] en el cual tampoco se exige, en los elementos, que haya una finalidad determinada. Tampoco existe un concepto acerca de que se entiende por éste delito, ni que lo diferencia de los otros delitos ya vistos. El TPIY en caso *Delalic* arrojó ciertas luces que pueden ser útiles a futuro, diciendo que el delito “es un acto u omisión intencional que deliberadamente genera daño y sufrimiento mental y físico, y que cubre todos los aquellos actos que no son cubiertos por los requisitos que exige el delito de tortura para su comisión¹²⁸”.

En definitiva, por un lado encontramos un grupo de delitos que lo constituye la tortura y los tratos inhumanos, con finalidades determinadas, que se mide por la intensidad del sufrimiento causado y, por el otro, infringir graves sufrimientos que se constituye en el tipo residual en el estatuto.

depende e involucra los actos no indicados por el estado de salud de la persona y las extracciones de tejidos y órganos, entre otras.

¹²⁷ En el mismo sentido BOTHE, Michael, ob. Cit. Pg.411.

¹²⁸ La sentencia, originalmente expresa; “*The Trial Chamber thus finds that the offense of willfully causing great suffering or serious injury to body or health constitutes an act or omission that is intentional, being an act which, judged objectively, is deliberate and not accidental, which causes serious mental or physical suffering or injury. It covers those acts that do not meet the purposive requirements for the offense of torture, although clearly all acts constituting torture could also fall within the ambit of this offense*” En sentencia de juicio *Delalic* IT-96-21 ob. Cit. Par. 511.

En los conflictos internos se menciona la noción **de atentados contra la dignidad personal**, [artículo 8.2.c.ii)], y para los conflictos internacionales, como el **Cometer ultrajes en contra de la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes**; [Art. 8.2.b.xxii) primera parte.]. Esta infracción no forma parte del régimen de infracciones graves del IV Convenio de Ginebra, y son tratados por los elementos de los crímenes de forma idéntica.

Según los elementos, este delito comprende los tratos degradantes y humillantes. El criterio para estar en presencia de éste delito es muy amplio, ya que habla de que “el autor haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad”, y éste atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal, lo que entrega un universo amplísimo que complica una interpretación certera y única, dada la heterogeneidad de tradiciones jurídicas y culturales que en él convergen. Lo que sí hay que tener en cuenta como referencia para saber si el acto es ilícito o no, es la cultura de los afectados.

En los elementos de los crímenes se menciona que no necesariamente deben ser personas vivas, pues también afecta a las personas fallecidas, pues no tienen que tener conocimiento que se está realizando una humillación en su contra. Así lo dispone una nota al pie de página en los elementos de los crímenes, por lo que entra dentro de estos actos los realizados en profanación de tumbas y otros ritos fúnebres.

En definitiva, hay muchos vacíos presentes en la regulación de éstos tipos delictivos, configurados para lograr un equilibrio entre el principio de legalidad y la actividad creadora normativa del tribunal. Muchos de estos delitos, que presentan similares características, deberán ser reexaminados en los juicios en que intervenga el tribunal, según las circunstancias de cada caso, a fin de lograr una mayor certidumbre sobre la represión efectiva de tales conductas.

2.2.3. Toma de Rehenes

Este tipo delictivo es sin duda uno de los tipos delictivos que más relevancia pública ha tenido en los últimos tiempos, debido a la situación de los secuestrados en territorio colombiano¹²⁹. De hecho no constituye violación a los 4 convenios, sino sólo al IV Convenio de Ginebra relativo a la población civil, y al Art.3 común, respecto de quienes no forman parte de las hostilidades¹³⁰.

Este acto tiene la característica de ser un delito de doble carácter, ya que al afectar a civiles, entra dentro también de los parámetros de las infracciones graves a los convenios de Ginebra. El estatuto sólo tomó el primer enfoque como violación a las normas de Ginebra.

La definición de éste acto está tomada de la Convención de Naciones Unidas contra la Toma de Rehenes de 1979, que define la toma de rehenes¹³¹, pese a que ésta fue pensada para otros contextos (como las acciones internacionales de la Organización para la Liberación de Palestina contra Israel y sus intereses en esa década). Sin embargo se adaptó para los conflictos armados por la Comisión de Derecho Internacional, con lo que el universo de los actos penados por la Convención se expandió, transformándose en miembro del derecho internacional consuetudinario.

¹²⁹ Mucho se ha escrito respecto de las implicancias del conflicto entre el grupo guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia y el gobierno de dicho. Conflicto que se extiende desde hace 40 años y en los cuales la guerrilla toma como rehenes a figuras políticas, policías y población civil para obtener dinero por su liberación o presionar al gobierno a negociar, manteniendo a los cautivos en condiciones inhumanas.

¹³⁰ Que también comprende a los combatientes que por los motivos que los convenios establecen, han dejado de combatir, TPIY, caso Kordic & Cerkez en AKSAR, Yusuf ob. Cit. Pág. 180.

¹³¹ Artículo 1.1. Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará "el rehén") o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a 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 rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención. Texto de la Convención en línea <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1630.pdf> [fecha de consulta: 04 mayo de 2008].

Dentro de la estructura de los elementos de los crímenes, se establece el capturar, detener o tomar de rehén a una persona, supuestos ilegítimos y arbitrarios, pues se permite que en ciertos casos el que una persona sea detenida y restringir su libertad para la protección de los civiles, o por condiciones de seguridad¹³², y el acto es legítimo. No es legítimo cuando está acompañado de una amenaza de muerte o contra la integridad de la persona. El fin último de la toma de rehenes en conflictos armados internos e internacionales, cuya distinción en delitos como estos es artificial, es la intención de obtener, de cualquiera de los entes enumerados en los elementos, como un Estado, una organización internacional o una persona natural o jurídica, una concesión al actuar o al abstenerse de actuar, o una ventaja en el conflicto, como condición para la seguridad y la libertad del rehén.

2.2.4. Violación a los Derechos y las garantías judiciales a personas protegidas

Esta violación a los derechos de las personas protegidas se encuentra dividida en dos conductas. La primera de ellas es **Privar a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial**, comprendido en el Art. 8.2.a vi).

Este delito es una de las violaciones más recurrentes en los conflictos armados a lo largo de la historia. En la tradicional dicotomía de los conflictos armados, los convenios de Ginebra contempla en los conflictos armados internacionales, a los prisioneros de guerra, que son quienes están contemplados en el Art. 4 del III Convenio de 1949, y que cuentan con derechos y garantías ampliamente desarrollados en ese instrumento, y cuyas violaciones graves se encuentran en el Art. 129¹³³. En los conflictos armados que no son de carácter internacional no se contempla el estatuto de prisionero de guerra, por tanto carece del estatus de

¹³² TPIY, caso Blaksic, juicio, para.158, citado en DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 131.

¹³³ Supra, Pág. 33.

protección del III Convenio, y cuenta sólo con los derechos procesales del Art. 6.2. del Protocolo Adicional II de 1977. En todo caso, este crimen no sólo se perpetra en contra de los prisioneros de guerra, sino también en contra de las otras personas protegidas por los convenios, cuya regulación se encuentra en el Convenio IV.

Este delito comprende ciertas particularidades respecto de si es conflicto interno o internacional. En el caso del conflicto internacional, se ha entendido que la privación del juicio justo e imparcial, que es lo que sostiene el crimen es la denegación de garantías judiciales determinadas¹³⁴ e irrenunciables bajo cualquier circunstancia. Se deben respetar los derechos esenciales de las personas, prohibiendo actos como los castigos colectivos, las mutilaciones o la tortura, y enfatizando la igualdad de sanciones con los nacionales de la potencia que los tiene¹³⁵. Estas garantías cubren tanto los derechos sustantivos como los procesales de las personas¹³⁶.

Lo que persigue este delito es la privación intencional de tales garantías, generándose fuertes abusos en contra de estas personas, que no son tolerados por los distintos sistemas jurídicos a nivel estatal, ni por la comunidad internacional en su conjunto.

¹³⁴ Se discutió acerca de la inclusión de una lista, y si ésta era cerrada o abierta y si debía ser insertada en el estatuto y los elementos, respecto de aquellos derechos que no serían incluidos, podían ser fuente de abusos para las personas, o bien si bastaba que uno de los elementos de la lista fuera violado para hablar de crimen o no, finalmente se excluyó la lista del todo y se expresó un elemento amplio como las garantías universalmente aceptadas. En DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 125.

¹³⁵ El Art. 99-108 trata respecto a los prisioneros de guerra otras materias como la notificación de la sentencia, la aplicación de la pena de muerte, la notificación de las resoluciones y el cumplimiento de las mismas y los derechos y medios de defensa como la debida asistencia de letrado. Estas normas, con más generalidad son tratadas por el IV Convenio entre los Artículos 71 a 75 y 126.

¹³⁶ El Art. 75.4. del Protocolo Adicional I, suplementa las garantías de los tratados establece algunas garantías esenciales como la información adecuada de los cargos por los cuales se acusa a la persona, la responsabilidad penal individual, el principio de legalidad de los actos a juzgar, la irretroactividad de la ley penal, la presunción de inocencia, derecho a recurso judicial, a separación de los presos entre hombres y mujeres, bilateralidad de la audiencia, entre otros.

En el caso de los conflictos que no tienen el carácter internacional, el delito lo constituyen **Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables** [Art. 8.2.c.iv)]. Este delito no va sólo en el procedimiento sino más allá, pues va sobre las condenas y ejecuciones realizadas en ausencia de tales garantías. Estas garantías están desarrolladas en el Art. 6.2 Protocolo Adicional II y establece criterios básicos como la responsabilidad penal individual, principios de legalidad e irretroactividad, presunción de inocencia y no declarar contra sí mismo.

Este delito se configura sólo si el resultado, o sea la condena o la ejecución, se hizo violando esas condiciones, que también abarca el aspecto orgánico del tribunal, esto es que el tribunal esté constituido antes de la comisión de los hechos, y que quien acusa y juzga sean distintas personas. No olvidar que en el caso de los conflictos internos, si puede haber juicios por el alzamiento en armas, lo que no ocurre en los conflictos no internacionales.

La segunda conducta es **Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga** [Art. 8.2.b.xiv)]. Este delito proviene de las regulaciones de La Haya (Art.23.h), y luego ingresó dentro de las regulaciones de las infracciones graves del Art. 85.4.e. del Protocolo Adicional I.

Este caso se refiere a que el autor, que tiene en su poder a los nacionales de la parte adversa o se encuentra en territorio ocupado, prohíbe, suspende o declara inadmisibles ante un tribunal los derechos y las acciones de la parte enemiga. Se requieren dos condiciones a nivel de los elementos, que se reconducen a uno sólo, cual es que esa prohibición estuviera dirigida intencionalmente (de acuerdo al Art. 30.2) en contra de los nacionales de esa población, sean personas protegidas o no.

Esta prohibición es mucho más estrecha que la del Art. 8.2.a.vi) relativa al debido proceso y privación de garantías judiciales en el marco de un proceso. Este delito está más vinculado con el acceso a la justicia, para proteger ciertos intereses jurídicos, y no a cómo se ejercen esos procesos.

2.2.5. Ordenar a Personas Protegidas a Prestar Servicio a la Potencia Enemiga

Esta violación, al igual que la anterior, se compone de dos delitos clásicos de los que ocurren en los conflictos bélicos. El primero de ellos **Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga** [Art. 8.2.a.vi].

Este delito forma parte no sólo de las violaciones al derecho de Ginebra sino también al derecho de La Haya, ya que con ello se genera el efecto de minar moralmente a las fuerzas del enemigo. La obligación que se impone a la persona protegida, entre ellos quien depuso las armas, es participar en operaciones de ataque contra su propio país o país aliado o sus fuerzas armadas, o servir en la fuerza armada enemiga¹³⁷.

Esta obligación sólo aparece como infracción grave especificada en el III Convenio, por lo que originalmente sólo comprendía a los prisioneros, pero luego en la redacción del tratado se amplió al resto de las personas protegidas. Esta prohibición aparece en la historia del DIH ya en las convenciones de La Haya, y luego pasó a Ginebra, como medio ilegítimo de combate, y es penado actualmente en Roma, pero con debates respecto a sus elementos diferenciadores con las infracciones a La Haya¹³⁸.

¹³⁷ Así fue como lo interpretó el Comité Preparatorio. En DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 128.

¹³⁸ De acuerdo al comité preparatorio, la forma de servicio es abierta al ser el servicio de cualquier otra forma, y la expresión participar en las fuerzas de la potencia enemiga mezclando tanto las normas de

Para que este delito se configure es necesario que esta acción se realice de forma coactiva, esto es bajo amenazas de infligir daño si no se accede a las peticiones de quienes realizan la amenaza, o mediante hechos que pueden poner en riesgo la vida o la salud de quien combate, o por meros efectos de causar humillación. Este delito, por razones obvias no entra dentro del marco de los conflictos no internacionales, dado que allí son todos miembros de un solo país, y por tanto carece de objeto su sanción.

El otro delito es el **Obligar a los nacionales de la potencia enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra** [Art. 8.2.b.xv)], que presenta una gran identidad con el delito anterior, lo que hace innecesario su análisis.

2.2.6. Reclutamiento de Menores de Edad;

Esta violación expresada por el Estatuto es el crimen de **Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades.** [Art. 8.2.b.xxvi], aunque se refiere únicamente a conflictos internacionales, quedando un profundo vacío en conflictos internos.

Este delito es uno de los que ha generado más impacto, pues viene a regular uno de los fenómenos más rechazados en los conflictos armados, cual es la utilización de los denominados “niños combatientes”, en particular en conflictos como los que ocurren en África. Estos avances son relativamente recientes, pues no estaban presentes en el Proyecto de Estatuto de los crímenes de 1996, y sus elementos han sido precisados y desarrollados en los juicios del Tribunal Especial de Sierra Leona, y en el fallo de la Sala de Cuestiones Preliminares del TPI, que en el caso *Ljubanga* adoptó esos elementos, siendo claves en el 1º juicio del tribunal que está en curso.

Ginebra como las de La Haya [Art. 23 (h) de IV Convención de leyes y usos de la Guerra Terrestre de La Haya 1907], aunque luego se precisó por participar en operaciones bélicas para el 8.2.a.v). *ibíd.*

Esta norma aparece como una expresión de las normas del Protocolo I relativo a la protección de niños en conflicto armado. Lo sorprendente es la diferencia de criterios entre las normas de la Convención sobre los Derechos del niño de 1989, que establece que son niños todas las personas menores de 18 años¹³⁹, y las del Protocolo I, que sólo establece la prohibición absoluta hasta los 15 años, tomando todas las medidas posibles para evitar que participen en las hostilidades en la edad entre los 15 y 18 años, optando siempre por los niños de mayor edad (Art. 77.2), gozando de un régimen especial de protección respecto a si caen detenidos, y la prohibición de aplicación de la pena capital para personas menores de 18 años por crímenes cometidos, en relación del conflicto armado, antes de cumplir la mayoría de edad. Este es el prisma, y no el tratado de 1989, que sigue el estatuto de Roma.

Este delito se compone de dos actos típicos. El primero de ellos es reclutar o alistar menores. Esas expresiones fueron analizadas por el Tribunal de Sierra Leona en el caso del Consejo de Fuerzas Armadas Revolucionarias y en el caso de las Fuerzas de Defensa Civil. Siguiendo las normas del Estatuto de Roma y de los elementos de los crímenes, define el reclutamiento desde la óptica que implica compulsión o actos de coerción como los secuestros y los reclutamientos por la fuerzas, mientras que el alistamiento supone que es un acto voluntario del menor, que acepta integrar el grupo armado, pero que en caso alguno sirve de defensa del agente que los alista¹⁴⁰.

Las labores que emplean estos jóvenes pueden ser diversas, no limitadas a la participación en combate, pues “como buena fuerza armada se requiere de soporte logístico para apoyar las operaciones, toda labor de apoyo, constituye participación activa en las hostilidades como llevar municiones al frente de combate, buscar y confiscar comida o equipos, llevar mensajes, hacer ferrocarriles o encontrar rutas,

¹³⁹ Art. 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

¹⁴⁰ Sentencia Juicio AFRC Parágrafo 734 y 735. Comentario de DRUMBL, Mark. A. American Journal International Law n° 101 volumen 4, Diciembre de 2007 pág.845-46.

establecer puntos de control o actuar como escudos humanos, entre otras labores que va más allá que el mero combate”.

Los elementos de los crímenes, reforzados con los fallos, señala que hayan sido los jóvenes menores de 15 años los alistados y que el autor sepa o haya sabido que los reclutados eran menores de 15 años, ya que en ciertos conflictos o Estados los documentos de identidad no son fiables. Se siguen los criterios generales de crecimiento de los niños para llegar a la conclusión de si el autor intencionalmente incurrió en la conducta o no.

2.2.7. Someter a Deportación, Traslado o Confinamiento Ilegales

Esta violación comprende dos infracciones, una de ellas como violación a los Convenios de Ginebra [(Art. 8.2.a.vii)], y el segundo como violación a las leyes y usos de la guerra [Art. 8.2.b.viii) y 8.2.e.viii)].

La primera de ellas se muestra como una de las herencias de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, especialmente con lo relacionado a la “Solución Final”, sancionada tanto en los tribunales internacionales como nacionales, logrando su conformación como crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad¹⁴¹. Con el paso del tiempo esta infracción alcanzó el grado de *Jus Cogens*, y forzó su adopción en el estatuto. En el ámbito de los conflictos armados que no son internacionales, este delito entra como infracción a las leyes y usos de la guerra, y sólo bajo la figura del desplazamiento, que incluye el traslado y la deportación.

Los elementos de los crímenes difieren, y se tratan separadamente en el desplazamiento de la población, que es la salida fuera de su lugar habitual de su

¹⁴¹ Así aparece en los artículos 6b) y 6c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Ampliamente documentado es el juicio a Adolf Eichmann en Jerusalén en 1961, por su rol preeminente en el traslado de judíos a los campos de exterminio de Europa Central y del Este, uno de los textos clásicos sobre la materia es ARENDT, Hannah, “Eichmann en Jerusalén, Un juicio a la banalidad del mal”, Barcelona, España, Lumen, 1989.

residencia, y en el confinamiento o detención ilegal, que es la permanencia forzada e ilegal de una persona en un determinado lugar sin poder salir de éste.

A modo general, se deben entender estas normas como una de las graves violaciones especificadas en el Art. 147 del IV convenio, relativo a la protección de la población civil, y se deben interpretar de forma conjunta con el Art. 49, que prohíbe los traslados forzosos en caso de territorio ocupado, salvo que lo requieran la seguridad de la población o las necesidades militares (el convenio habla de imperiosas), en cuyo caso la evacuación, por parte de la potencia ocupante, debe cumplir con ciertas condiciones como la transitoriedad de la medida, el instalar a las personas en condiciones adecuadas de salubridad, higiene y seguridad, y las familias, en lo posible, deben permanecer unidas. Se permite el traslado voluntario de acuerdo a las circunstancias¹⁴².

Este delito tiene dos facetas, el traslado, que es relocalizar a los trasladados dentro del territorio ocupado, y la deportación, que es sacarlos de ese lugar hacia cualquier otro destino¹⁴³.

La norma también establece otros deberes, como que en ningún caso el traslado debe hacerse al territorio por ella ocupado por su propia población civil, y el aviso a las potencias protectoras.

El traslado, para ser ilegal, debe ser cometido violando las estrictas condiciones para que se dé el traslado, lo cual será determinado caso a caso por el tribunal, sobre todo en lo referente a las imperiosas necesidades militares.

¹⁴² Si es porque sufren de hostigamientos o discriminación, allí si hablamos de un traslado forzoso que constitutivo de crímenes de guerra.

¹⁴³ Aunque como bien lo señala Aksar, el problema no es el destino de las personas trasladadas sino el ser sacados del lugar donde habitualmente residen, ob. Cit. Pág. 175, por tanto el uso de ambos términos vendría a ser el mismo.

Hay ciertos cuestionamientos que quedaron sin respuesta, y será papel de los jueces dilucidarlos cuando se pronuncien al respecto,

- ✓ ¿Sólo se refiere a los traslados forzosos o también a las políticas de la potencia de traslados voluntarios?
- ✓ ¿Deben o no ser a escala masiva?
- ✓ ¿Debe haber riesgo de daño económico o de identidad cultural producto del traslado y el desarraigo?
- ✓ ¿Cuál debe ser ó debe existir relación entre el autor del traslado y la potencia ocupante?¹⁴⁴

Por detención o confinamiento ilegal, se entiende que una persona o grupos de personas se encuentran detenidos o mantenidas retenidas en un lugar, y sean personas protegidas por uno o más de los convenios de 1949. Este es un caso en donde un acto legal se transforma en un acto ilícito, pues de acuerdo al IV Convenio, una persona puede ser detenida o puesta bajo medidas de seguridad, respetando sus derechos esenciales.

También está el caso del denominado internamiento forzoso¹⁴⁵ (Art. 41 IV Convenio), que es la medida más extrema de todas aquellas que puede adoptar, en protección de su propia seguridad, la potencia ocupante. Consiste en ordenar a una persona o grupo, pero por razones propias de cada miembro de éste, abandonar su lugar de residencia habitual y restringir su libertad personal y seguridad individual, para trasladarse a otro lugar en donde deberán residir y permanecer. De acuerdo al Art. 78, como medida de seguridad, la potencia ocupante podrá imponer, bajo

¹⁴⁴ DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 149 en relación al crimen del Art. 8.2.b.viii), que plantea idénticas interrogantes y se precisa el traslado de población a territorio ocupado. Ver infra 2.3.4 c), pág. 101

¹⁴⁵ Se distingue del voluntario en cuanto que aquel, la persona en virtud de su propia seguridad solicita ser internado en un determinado lugar (Art. 42 IV Convenio), el convenio remite su tratamiento al trato de los internados.

razones imperiosas, el internamiento de las personas protegidas, en donde se deben cumplir ciertas normas.

La detención o el internamiento, será legal bajo dos prismas: tanto los motivos extremos para declararla, como las condiciones en que se concreta¹⁴⁶, que siempre deben ser bajo respeto a los derechos esenciales de la persona. Si el tribunal establece que no se han respetado las garantías de los convenios, o permanece la persona más tiempo del necesario, sin que sea necesario para la seguridad de quien la detenta o simplemente se carece de tales motivos y se realiza como forma de represalia, se está cometiendo el crimen, desde el punto de vista que se desea evitar que las personas recobren su libertad a través de esas políticas de modo intencional.

Siempre hay que tener presente que esta medida, al igual que el traslado, son transitorias, y no debe ser mantenida por largo tiempo, y cuando se extinguen las condiciones de seguridad que ameritaron el internamiento, éste debe terminar¹⁴⁷.

El otro delito es el **Traslado, directa o indirectamente, por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado dentro o fuera de ese territorio** (Art.8.2.b.viii).

En este caso se compone de dos conductas. Lo que se exige es que en el territorio ocupado por una potencia ocupante no sea trasladada su propia población civil¹⁴⁸, [hay discrepancia entre el tratado y los elementos], o bien el acto inverso, cual es el traslado

¹⁴⁶ Se deben cumplir ciertas normas procesales, como la constitución de un tribunal, sea judicial o administrativo, que sirva para reconsiderar o para examinar periódicamente las razones del internamiento y un sistema, teóricamente fluido, entre la potencia protectora y la potencia detentora de los internados respecto de listas de internados y resoluciones de tales tribunales.

¹⁴⁷ TPIY Caso Delalic Parágrafo 580 y siguientes, Según Aksar, se establece que no es justificación para la aplicación de esta medida la nacionalidad del residente forzoso o el internado.

¹⁴⁸ Esta fue una de las disposiciones más polémicas, pues concernía decretar si la acción histórica del Estado de Israel -tras las guerras de 1967 y 1973- de construir asentamientos judíos en los territorios ocupados palestinos era lícito o no, lo cual fue el motivo central de la adopción de este texto.

o deportación de la población que habita en el territorio ocupado. Este acto deviene de la infracción grave al IV Convenio y es reiterado en el régimen de infracciones graves del Protocolo I, que ya cuenta regulación en el número viii) del Art. 8.2.a., aunque algo más genérico, al hablar de traslado o deportación ilegal, describiéndolo como una sola conducta, por lo que nos remitimos a lo señalado en ese punto.

2.2.8. Ataques contra la Propiedad;

Estas violaciones son actos clásicos en los conflictos armados, ya que con ello se procuraba dañar lo más posible al enemigo, tanto en su infraestructura pública y privada, privando de servicios esenciales a su población y causar un castigo a su población para así minar la moral del enemigo.

Estos ataques se expresan no sólo como infracción al derecho de Ginebra, sino que también, con otros hechos, como un método prohibido de hacer la guerra y conducir las hostilidades, pues desde muy antiguo se busca su regulación.

Respecto al derecho de Ginebra, el Estatuto la sanciona como la **Destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente** [Art. 8.2.a.iv)]. Se regula sólo en los conflictos armados internacionales y no así en los conflictos internos, y abarca a todas los bienes protegidos por los convenios, aunque especialmente a los bienes y unidades que prestan asistencia médica, a los hospitales civiles y a la propiedad pública (destinada a fines civiles) y privada (de personas naturales o jurídicas) en territorio ocupado, constituyendo infracción grave a los 4 convenios de 1949.

De hecho el Art. 8.2.a.iv) sigue la norma ginebrina, incluyendo los criterios de no destrucción y cuando esos criterios dejan de ser utilizados (para ciertos lugares)¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Un ejemplo de ello y el equilibrio alcanzado en las negociaciones, es la protección de los hospitales civiles, los cuales, de acuerdo a los Arts. 18 y 19 del IV convenio, en principio son inmunes a los ataques del enemigo, a menos que ellos sean utilizados para cometer ataques, pero previamente deberá haber una intimación, y tras un lapso de tiempo razonable ésta no surte efecto. En su caso es crimen de guerra

Respecto a la generalidad de los bienes, se interpretan a nivel global las restricciones de destrucción de los bienes en territorio ocupado (Art. 53 IV Convenio), esto es que los bienes no pueden ser destruidos, directa o colateralmente, a menos que ello sea absolutamente necesario para las operaciones militares.

Para que estemos en presencia de este delito el autor, con intención y conocimiento, destruye o se apropia de bienes protegidos del enemigo, sin que se encuentre justificado por las necesidades militares. El problema es que ni en el Estatuto ni en los Elementos de los Crímenes se explica qué son las necesidades militares y su aplicación como causales de justificación en este o en otros delitos.

Se debe recurrir a las normas sustantivas de DIH para llegar a un punto de acuerdo de que es lo que se entiende por necesidades militares. Para ello un primer acercamiento es el que da el Protocolo Adicional I sobre lo que son los bienes y objetivos militares y civiles y la protección debida a éstos, y cuando dejan de merecerla, convirtiéndose en causal de justificación¹⁵⁰. El otro elemento es el principio de proporcionalidad, que es un principio clásico dentro del DIH, ya que sirve de equilibrio respecto a si el ataque tendrá una incidencia importante en el desarrollo de las hostilidades (como evitar seguir siendo atacados) y evitar los daños a la población civil si son atacados bienes de ese carácter, y el concepto de ventaja militar. Estos elementos son claves en ese sentido.

surge si no hay causal de defensa que justifique el ataque [que estén bajo fuego] ni realizado la intimación o realizada sin otorgar el plazo razonable expresado en los convenios, no se puede invocar meramente argumentos de necesidad militar para operar. En DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 128.

¹⁵⁰ El Art 52.2. dispone que “Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.” Por exclusión se entiende, de acuerdo al Art. 52.1. del Protocolo I “Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2”. Texto del Protocolo, en línea <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList103/6BE64996024BB62F41256E2F003D8BCE#14> [fecha de consulta: 04 de mayo de 2008].

La regla del Art. 57.2.b) del Protocolo Adicional I de 1977 señala que “un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”¹⁵¹. Este principio se ha tornado norma de derecho internacional consuetudinario, ingresando en la actualidad nuevos factores como los ataques que generan un permanente daño al medioambiente¹⁵².

Quienes en el terreno miden los cursos de acción y deciden si el ataque es o no excesivo respecto de la ventaja militar esperada son los comandantes militares, quienes deciden en razón a su experiencia, las prácticas corrientes militares y el respeto a las normas internacionales humanitarias. Si el ataque no genera esa ventaja el ataque a bien civil es ilegal. Este criterio ha sido reforzado por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que en el caso de la Ex – Yugoslavia se entendió este tipo de ataque como aquel que causa muertes o serios daños a la integridad física de la población y daños extensos de los bienes civiles.

Así este delito se divide en dos, destrucción extensiva de propiedad no justificada por necesidades militares y destrucción intencional de propiedad no justificada por necesidad militar, cuyos requisitos son parecidos. Persigue el autor destruir intencionalmente la propiedad civil o permite que se destruya y la destrucción sea a gran escala (no bastan que sean elementos aislados para que

¹⁵¹ Una definición en ese sentido lo establece la nota al pie en los elementos de los crímenes de violación al principio de proporcionalidad Art. 8.2.b.iv) al señalar que “ventaja militar concreta y directa de conjunto” se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente. Tal ventaja puede, temporal o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque. El hecho de que en el contexto de este crimen se admita la posibilidad de lesiones o daños incidentales legales no justifica en modo alguno una violación del derecho aplicable en los conflictos armados. No se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *Jus ad Bellum*. La norma recoge el requisito de proporcionalidad inherente a la determinación de la legalidad de una actividad militar en el contexto de un conflicto armado.

¹⁵² AKSAR, Yusuf, ob. Cit. Pág. 169.

entre en conocimiento del tribunal). Fuera del requisito general del Art. 8, cual es que el ataque sea parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes, se difiere en que en el primero de los delitos se refiere a bienes protegidos por las convenciones, independiente de si se encuentra en territorio ocupado o no, y en el segundo delito no se hace mención a los convenios¹⁵³.

Idéntico tratamiento recibe por parte del Estatuto y de los Elementos de los Crímenes, el crimen de **Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo** [Art. 8.2.b.xiii) Art. 8.2.e.xii)]. Se hace innecesario hacer otras consideraciones.

La otra gran conducta es el **saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto** [Art. 8.2.b.xvi), Art.8.2.e.v)] o más conocida como pillaje. Es uno de los crímenes más antiguos que se cometen durante los conflictos armados, apareciendo en las Regulaciones de La Haya de 1899 y 1907¹⁵⁴ en su Art. 28, y en el IV Convenio en su Art. 33 del IV Convenio.

El pillaje es entendido como la apropiación de un bien y quedárselo para su uso personal, sin que haya mediado el consentimiento del propietario.

Así se puede distinguir dos conductas claramente diferenciadas, una de ellas es la destrucción del bien y la otra es su apropiación (privar a la víctima de sus legítimos derechos de usar, gozar y disponer de un bien determinado). Estos crímenes han experimentado un fuerte desarrollo conceptual gracias a la labor interpretativa de los tribunales internacionales, que han precisado y acotado conceptos como el de necesidad militar, ventaja militar concreta, directa y efectiva, e incluso el propio principio de proporcionalidad.

¹⁵³ AKSAR, Yusuf, ob. Cit. Pág. 171, en especial la cita al caso *Kordic & Cerkez*.

¹⁵⁴ Art. 28. *the pillage of a town or place, even when taken by assault is prohibited.*

2.2.9. Ataques Sexuales

Es uno de los actos típicos de los conflictos armados¹⁵⁵ que busca generar humillación y minar la moral del adversario, además de alterar la composición genética de los pueblos (población civil y no combatientes) víctimas de los conflictos. Se recoge en el estatuto una serie de supuestos y actos típicos que conviene ser tratados.

Los delitos sexuales fueron comprendidos como atentados contra el pudor y, aunque no llamados así (son delitos contra la libertad sexual), cada vez fueron adquiriendo más importancia a medida que se conocieron atrocidades en conflictos internos e internacionalizados, como Yugoslavia.

El Estatuto los regula como **Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituyan violación grave de los Convenios de Ginebra** [Art. 8.2.b.xxii); Art. 8.2.e.vi) para conflictos internos].

La primera de las conductas es la violación, cuyo avance se constituye en los fallos de los tribunales penales internacionales de Ruanda y Yugoslavia, en particular los fallos del TPIY en caso *Furundzija* y el fallo del TPIR en el caso *Akayesu*, los que fueron tomados por el estatuto de forma conjunta, lo que configuró los elementos del crimen, y ellos a su vez tomando regulación de las normativas nacionales.

En el caso *Furundzija* los elementos objetivos del crimen son:

- ✓ La penetración sexual, por insignificante que sea:

¹⁵⁵ Según Akayesu se comprende dentro de los actos de violencia sexual “*Sexual violence which includes rape, is considered to be any act of sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercitive*” Parágrafo 598.

- ◆ De la vagina o el ano de la víctima, por el pene del autor o cualquier otro objeto utilizado por el autor;
 - ◆ De la boca de la víctima por el pene del autor.
- ✓ Mediante la fuerza o por la amenaza de la fuerza o por coacción contra la víctima o un tercero¹⁵⁶.

En el caso *Akayesu* se toma una definición más amplia, no inserta sólo en criterios físicos¹⁵⁷, al definir la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona, bajo circunstancias de coacción¹⁵⁸. Fue recogido por los elementos de los crímenes, las cuales lo incorporaron en su traducción diciendo. **“Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento”**.

Al respecto, en una nota a pie de página posterior, se señala que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad, lo que sigue las reglas generales de las legislaciones nacionales.

Se optó por la palabra invasión en vez de penetración o acceso carnal dado a que se deseaba dar un enfoque neutro acerca del género, lo que se traduce en que

¹⁵⁶ Caso N°: IT-95-17/1-T 10 Diciembre de 1998 Parágrafo 185.

¹⁵⁷ *The Tribunal considers that rape is a form of aggression and that the central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts. The Tribunal also notes the cultural sensitivities involved in public discussion of intimate matters and recalls the painful reluctance and inability of witnesses to disclose graphic anatomical details of sexual violence they endured, ICTR-96-4-T, Parágrafo 687 de 2 de Septiembre de 1998 disponible en internet [Http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm](http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm).*

¹⁵⁸ *En ellas la sala considera que “...Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact... The Tribunal notes in this context that coercive circumstances need not be evidenced by a show of physical force. Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or the military presence of Interahamwe among refugee Tutsi women at the bureau communal, ICTR-96-4-T, Parágrafo 688, ibid.*

las mujeres pueden ser sujetos activos de la violación y sacar el estereotipo de que sólo las mujeres son objeto de violación¹⁵⁹.

Otro de los delitos que están dentro de esta sección son la Esclavitud Sexual y la Prostitución Forzada, en la cual existe una privación de la libertad de la persona, que en el caso de la esclavitud sexual es la privación de la libertad para propósitos sexuales, y en el caso de la prostitución forzada es la privación en la cual se induce a una persona a participar en actos sexuales sin que ella otorgue su genuino consentimiento¹⁶⁰.

En el primero de los delitos se expresa para su comisión que el autor debe haber ejercido los atributos del derecho de propiedad (gozar, usar y disponer) sobre una persona, sea comprándolas, vendiéndolas o dándolas en trueque, o imponerles algún tipo de privación de libertad (como los trabajos forzados o reducir a la persona a condición servil, incluyendo al efecto la trata de blancas o de niños). Según lo dispone una nota a pie de página a los elementos de este crimen, y que cita la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956¹⁶¹, el autor al ejercer esta esclavitud lo debe hacer con el objeto de realizar actos de naturaleza sexual de cualquier especie.

En el segundo de los delitos, los elementos señalan que, usando los elementos coercitivos de la violación descritos por el caso *Akayesu*, el autor haya hecho, de forma intencional, por cierto que una o más personas, actos de naturaleza sexual, y que de ellos o en relación con éstos se hayan obtenido o esperado ventajas pecuniarias. Este

¹⁵⁹ Que era lo que estaba regulado hasta ese momento de acuerdo al IV Convenio y el Protocolo Adicional I, en su Art. 76. En DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 148.

¹⁶⁰ BOTHE, Michael, ob. Cit. Pág. 415.

¹⁶¹ Dicha convención expresa que c) "Trata de esclavos" significa y abarca todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado.

punto fue altamente conflictivo respecto a si se debían obtener ganancias por parte del autor, lo cual fue aceptado por los Estados. En definitiva, la diferencia entre ambos tipos de crímenes, en los cuales se induce u obliga a las víctimas a realizar actos sexuales, es la búsqueda de ganancia. Si busca ganancia con ella hablamos de prostitución; si hablamos de acción que no lleva lucro para el autor, como el uso de las víctimas para saciar los deseos de la tropa, hablamos de esclavitud sexual.

Respecto del delito de Embarazo Forzado, que se encuentra definido en el Art. 7.2.f) del Estatuto como crimen de Lesa Humanidad, consiste en **confinar a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica o de cometer otra infracción grave al DIH.**

Este delito se compone de dos fases. En primer lugar, el sujeto pasivo, que siempre será mujer, queda embarazada producto de la comisión de un delito contra la libertad sexual como sería la violación, con el fin de modificar la etnia (el autor debe pertenecer a otra etnia) o cometer otra infracción contra el DIH (de acuerdo con la interpretación de la norma el autor puede pertenecer a la misma etnia). En segundo lugar, se debe exigir, sólo a través del confinamiento, que llegue a término el embarazo, produciendo el resultado deseado por el autor, generando también un grave estigma social a su víctima, dada las condiciones culturales y sociales en los que se desenvuelve la mujer violada o atacada de otra forma. Este tipo de atrocidades se observaron en los campos de concentración nazis y en los conflictos de Yugoslavia y Ruanda.

Este delito generó roces con organizaciones feministas, quienes deseaban introducir normas respecto al derecho de la mujer violada a abortar, ya que normas sociales al impedir el aborto, le exigirían de todos modos a la mujer terminar embarazo¹⁶². Además de considerar que finalmente igual quedaron supuestos sin el castigo adecuado.

¹⁶² La crítica se presentaba en el sentido de que para asegurar el embarazo no bastaba el confinamiento sino también otros actos tendientes en esa dirección. Respecto al aborto para que se llegara a un consenso, que evitara que esta norma consagrara el derecho al aborto de toda mujer violada, debido a

En el caso de delito de Esterilización Forzada, que es tratado como aquel delito **en que se priva a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica sin justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas y sin su libre consentimiento.**

Este delito proviene como respuesta a las graves atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial y castigada por el Tribunal Militar de Núremberg. Este delito comprende en primer lugar a aquellos a quienes se les ha quitado su capacidad de reproducción biológica, sea a través de la mutilación de los órganos reproductores o a través de otros procedimientos conducentes al mismo fin, y en segundo lugar, que además su víctima no haya otorgado consentimiento. Ambos requisitos son copulativos, sin perjuicio de las normas propias de intencionalidad y dolo del agente que comete la conducta.

Existe una exclusión a las normas sobre esterilización forzada, cual es, que estas normas no son aplicables a los planes de control de la natalidad que en definitiva no tengan un efecto permanente en la práctica.

Si bien es cierto este delito persigue alterar la composición genética de un grupo humano determinado, en cuanto a sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, y en su calidad de delitos de resultado, no difieren del crimen de mutilaciones¹⁶³, por lo que a nuestro entender se produce una sobreabundancia de delitos, por lo que no tiene sentido tenerlos en normas separadas, sino que deben estar en un solo título otorgándole, claro está, un mayor reproche a nivel de penas, tal como lo hacen las legislaciones nacionales.

convicciones religiosas y morales de los Estados que impidieran su adopción se llegó a la nota al pie de los elementos al decir de que ninguna de estas normas y definiciones afectan las normas de derecho interno referidas al embarazo. GIL GIL, Alicia, Los Crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de los crímenes, En AMBOS, Kai (compilador), Justicia Penal Supranacional Desarrollos Post Roma. Ob. Cit. Pág. 88-90.

¹⁶³ Véase Supra Pág. 78.

Finalmente queda el tipo residual, cual es, el delito de otra forma de violencia sexual, que usando los criterios coercitivos presentes desde *Akayesu*, sanciona aquellos actos de naturaleza sexual no descritos, ejercidos de forma coercitiva, que impliquen o no contacto físico, siempre que sean de gravedad similar a las Infracciones Graves de los Convenios de Ginebra.

Ciertamente, podrían entrar aquí normas sobre abuso sexual, o exposición de las personas a ver o participar en pornografía (sea adulta o infantil), como norma flexible que se adapte a los requerimientos de las normas sobre la regulación de los conflictos, para así proteger de mejor manera a la población civil envuelta en los conflictos armados.

2.3. CRÍMENES COMETIDOS EN CONTRA DE CIVILES Y COMBATIENTES POR USAR MÉTODOS PROHIBIDOS DE COMBATE

Otra de las grandes normas presentes en el Estatuto dicen relación con los métodos prohibidos de combate. Esto en virtud del principio del DIH que los medios para hacer la guerra no son ilimitados. Estas normas presentes en las regulaciones de La Haya, tienen acogida en el Estatuto tanto en conflictos internacionales como internos, aunque no se menciona la fuente de la cual emergen. Tienen como principales fuentes los reglamentos de La Haya de 1907, el derecho internacional consuetudinario y el Protocolo Adicional I de 1977.

2.3.1 Ataques contra Objetos y Población Civil

Esta violación supone la existencia de ataques dirigidos en contra de la población civil como parte del conflicto. Se comprende de tres conductas. Una de ellas son los ataques intencionales en contra de personas civiles o bienes protegidos, la segunda es

la violación del principio de proporcionalidad y la tercera el ataque a objetivo indefenso o desmilitarizado.

En la primera conducta se comprenden dos delitos, que reciben similar tratamiento. Uno de ellos es **Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades**. [Art.8.2.b.i), Art.8.2.e.i)]. Este crimen recoge, en su composición, la influencia Protocolo Adicional I, que los trata en los Artículos 85.3 y 85 .4. Se debatió fuertemente en el desarrollo de los Elementos de los Crímenes, acerca de si el ataque, en estos casos, debía ocasionar resultados como la pérdida de vidas o lesiones en la población atacada. Finalmente se optó que no era necesario, porque podía introducirse el elemento de la frustración¹⁶⁴.

Recordemos que se exige la intencionalidad del ataque. Consiste, siguiendo las normas de autoría del Art. 30.2., que el autor expresamente tenga como objetivo del ataque a la población civil. A mayor abundamiento, el TPIY en el caso *Blaksic* señala que se exige que el estatus de la población haya sido conocido o debería haber sido conocido por el autor, y que el ataque se haya dirigido intencionalmente hacia ellos¹⁶⁵.

Respecto al segundo delito, cual es el **Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares** [Art.8.2.b.ii) sólo presente en conflictos internacionales], se debatió durante su redacción qué debía entenderse como objetos civiles. Finalmente se siguió la óptica del Protocolo Adicional I (Art. 52.2.) de que son objetos civiles aquellos que no son objetos militares.

Al igual que con la población civil, no se exige una destrucción a gran escala de estos bienes (ni siquiera que hayan sido alcanzados), sino que basta que se haya

¹⁶⁴ Ese es el caso cuando, el ataque se dirigía a la población civil, pero por otros motivos (como fallas en el sistema de armas) el ataque no se llevaba a cabo o los objetivos no se cumplían DÖRMANN, Knut ob. Cit. Pág. 135.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

dirigido intencionalmente un ataque en su contra. Como elemento de intencionalidad, se requiere que el autor sepa o haya sabido el carácter civil del objeto (clave el trabajo de inteligencia anterior al ataque)¹⁶⁶ y ejecutado el ataque bajo esa condición.

La segunda conducta tiene relación con la violación de principio de proporcionalidad, tratado en el Estatuto en el crimen de **Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea** [Art.8.2.b.iv)]. Este delito hace mención a que los bienes civiles pueden sufrir colateralmente el ataque en contra de un objetivo militar, (que se emplazan en zonas civiles para evitar ser atacados), en virtud de la necesidad militar tendiente a lograr una ventaja general, precisa y directa. Si no se consigue uno de estos objetivos, la destrucción se torna ilegal.

En éste caso el elemento de intencionalidad no va en que el ataque va dirigido en contra de esos lugares, pues va en contra de un objetivo militar, sino en que, sabiendo que hay bienes civiles cerca y, además, sabiendo positivamente que iban a existir daños graves, extensos y duraderos contra las personas y las cosas y el medio ambiente natural, mayores a la ventaja que se pretende conseguir con la destrucción del objetivo militar, de todas formas ataca. Esta es una evaluación que debe ser efectuada caso a caso.

Existen respecto a este delito ciertos patrones comunes respecto a las violaciones en contra de la propiedad, y estas tienen que ver nuevamente con conceptos como los de necesidad militar y ventaja general, precisa y directa en donde los tribunales internacionales seguirán jugando un rol preponderante en su conformación y límites.

¹⁶⁶ Lo refuerza la nota al pie que acompaña los elementos de este crimen al señalar que “el elemento de conocimiento exige que el autor haga el juicio de valor indicado en ella. La evaluación del juicio de valor debe fundarse en la información necesaria que hubiese tenido el autor en el momento del acto”.

La tercera conducta es el ataque en contra de objetivo indefenso o desmilitarizado¹⁶⁷, expresado en el Estatuto bajo el crimen de **Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares** [Art.8.2.b.v) solamente regulado para conflictos internacionales]. Este crimen proviene de las normas de La Haya, para ser luego recogidas por el Protocolo Adicional I, crímenes en particular en los artículos 59 (zona no defendida) y 60 (zona desmilitarizada), que recalcan las condiciones que deben cumplir ambos lugares, en los cuales está prohibido atacar por cualquier medio que sea, aunque esto no aparece expreso en el estatuto ni en los elementos de los crímenes.

Se sigue en este crimen las indicaciones del protocolo, en particular la mención de que la presencia en la localidad de personas protegidas o Fuerzas de Policía no se opone a las características que debe reunir el lugar, cual es:

- Que se haya evacuado a todos los combatientes;
- No hacer uso hostil de los establecimientos militares fijos;
- Prohibición a las autoridades y población de hacer actos hostiles;
- No se puede emprender desde allí acciones de apoyo a las operaciones militares (usar el lugar para hacer ataques, pues si lo son pasan a ser objetos militares y pueden ser atacados según los elementos de los crímenes).

Para que estemos en presencia del delito no se menciona si se requiere por parte del autor cometer dolo. A juicio de Werle se debe, en este caso, seguir las reglas generales de intencionalidad del Art. 30 del Tratado¹⁶⁸. Por tanto, si el autor conoce de

¹⁶⁷ Según el texto del Protocolo I los lugares no defendidos son aquellos en donde una parte declara la localidad próxima a la zona donde está el conflicto y esté abierto a la ocupación por la parte adversa y la zona desmilitarizada que consiste en un acuerdo entre las partes beligerantes. A juicio de Werle no forma parte de este crimen el ataque a localidades que no se encuentren en la zona de combate o sus cercanías, igual cosa que los ataques detrás de las líneas enemigas, en esos casos los delitos punibles son los relativos a ataques en contra de personas u objetos civiles. Ob. Cit. Pág. 541.

¹⁶⁸ WERLE, Gerhard, Ob. Cit. Pág. 542.

facto el carácter de lugar no defendido (por ejemplo al no ver militares) y ataca sobre él, comete el crimen.

2.3.2. Ataques contra objetos de culto religioso o lugares especialmente protegidos

Este conjunto de normas refiere a ciertos tipos de bienes que gozan de una protección especial. El Estatuto trata al crimen de **Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares** [Art.8.2.b.ix); Art. 8.2.e.iv)]. En esta sección no nos referiremos a los hospitales, los que serán tratados más adelante.

Este delito es uno de los más antiguos regulados dentro del DIH, con precedentes en el Código Lieber, el “Manual de Oxford” y los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907.

El delito dice relación, según los elementos, a que alguno de los bienes en cuestión haya sido atacado, independientemente de si el ataque ocasionó muertos o lesionados graves o no, y el ataque se haya dirigido intencionalmente, de acuerdo al Art. 30.2, hacia aquellos lugares para atacarlos.

Dicho precepto tiene como antecedente las disposiciones del Art. 53 a) del Protocolo Adicional I, que prohíbe cometer actos de hostilidad en contra de los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto, aunque siendo considerados como bienes civiles caen en la regulación que de ellos hace el Art. 8.2.b.ii) más el Art. 53 del Protocolo Adicional I con sus condiciones¹⁶⁹, por lo que, en principio, habría

¹⁶⁹ Que no se pueden cometer actos de hostilidad en contra de estos bienes (los ya descritos) ni usarlos como apoyo al esfuerzo militar (lo que los convierte automáticamente en blanco) ni hacer objeto de represalia a tales bienes.

sobreabundancia en éste numeral, pues no es diferente al resto de la protección general.

Respecto a los bienes culturales, se ha avanzado en una regulación especial que viene desde la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Estos establecen a las partes el deber de respetar los bienes culturales en caso de conflicto, y abstenerse de todo acto de hostilidad respecto de ellos, no pudiendo dejar de cumplirse estas obligaciones más que en caso de necesidad militar. Esto se reforzó a convertirse en Infracción Grave desde 1999¹⁷⁰, salvo que éstos hayan sido usados para fines militares (lo que sirve como causal de justificación) y no exista alternativa para el beneficio militar pretendido¹⁷¹.

Para que crimen se cometa es necesario que se actúe bajo las reglas generales de intencionalidad del Art. 30, además que el autor haya atacado bajo ese fin en específico¹⁷².

2.3.3. Ataques a Traición

Estos crímenes, llamados ataques pérfidos, son clásicos desde las infracciones al Derecho de La Guerra, pues provienen de las regulaciones de La Haya¹⁷³. Está inspirado en una visión clásica y caballerisca de los combates, en la que los combatientes, pese a la bestialidad de las batallas mostraban signos nobles hacia otro miembro de su casta guerrera¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Aunque si estos bienes están situados de forma próxima a objetivos militares no procede el delito. En WERLE, Gerhard Ob. Cit. Pág. 533.

¹⁷¹ Art. 4.1, 4.2, Convención 1954 y Art. 6a) Segundo Protocolo Adicional a la convención. En línea

¹⁷² WERLE, Gerhard, Ob. Cit. Pág. 534.

¹⁷³ Art. 23. *Besides the prohibitions provided by special Conventions, it is especially prohibited (a) To employ poison or poisoned arms (b) To kill or wound treacherously individuals belonging to the hostile nation or army;* ob. Cit.

¹⁷⁴ Una explicación del sentido caballeresco del combate, propio de la Época Medieval, la encontramos en cómo era concebida la guerra en el Medioevo (como una actividad de caballeros) y luego se concibió

El estatuto trata al crimen de perfidia como **Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo** [Art. 8.2.b.xi)]. Esta norma en su expresión moderna emana del Protocolo I, en particular en su Art. 37, que también trata respecto al uso impropio de emblemas (que serán tratadas más adelante).

La perfidia es una violación a la buena fe en que el agente, sabiendo o debiendo saber, hace creer al adversario que goza de una determinada protección, de la que en definitiva se carece, o que el adversario está obligado a concederla, y así se le ataca causándole la muerte o lesiones graves (se les ataca con tal propósito)¹⁷⁵. Dentro de las acciones que el artículo prohíbe está simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o rendición, simular el estatus de persona civil o no combatiente, simular heridas o enfermedad, o simular que cuenta con estatuto de protección, entre otras, pues el artículo es abierto dada su expresión “**son ejemplos de**”. Lo que se sanciona no es todo engaño al adversario, sino engañar a la víctima abusando su confianza, respecto de la existencia de un estatuto de protección conforme al derecho internacional.

El sujeto pasivo de este delito es cualquier persona de la parte enemiga, sea combatiente o civil, y como elemento subjetivo especial, además de las generales del Art. 30, el deseo del autor de violentar la confianza despertada en el adversario, independientemente si ésta se estableció desde antes del inicio de la relación con aquel o una vez entablada esta¹⁷⁶.

Este es un delito de resultado, dado que en los elementos de los crímenes se exige el resultado dañoso para los nacionales de la parte enemiga. Por lo tanto, en estos delitos no cabe hablar de frustración. Tras un intenso debate acerca de la perfidia como medio para capturar al adversario, finalmente esto no fue tipificado como

de forma “moderna” alejada de toda regla. Es en esa transición en donde se encontraba el ejército español al llegar a América. JOCELYN-HOLT Alfredo, Historia General de Chile, Tomo I “El Retorno de los Dioses”, Buenos Aires, Argentina Planeta, 2000 Pág. 271 y ss.

¹⁷⁵ BOTHE, Michael, ob. Cit. Pág. 405.

¹⁷⁶ WERLE, Gerhard, Ob. Cit. Pág. 547.

delito¹⁷⁷. Tampoco es acto péfido el hacer simular condición para huir de campo de prisioneros o sobrevivir al ataque del adversario.

2.3.4. Cuartel

Este es otro de los delitos clásicos, que vienen desde muy antiguo siendo regulados por distintas normativas. Esta regulado por el Estatuto tanto en conflictos internacionales como internos bajo el crimen de **Declarar que no se dará cuartel** [Art. 8.2.b.xii); Art. 8.2.e.x)]. Este delito, en su regulación actual, proviene des las regulaciones de La Haya {Art.23 d)¹⁷⁸}, que fueron luego tomadas por el Protocolo I en su Art. 40, aunque no entra dentro del régimen de infracciones graves del Art. 85.

Básicamente la declaración de no dar cuartel está emparentada con el delito anterior, debido a que el cuartel consiste en una declaración en el sentido de que en el ataque no deben quedar supervivientes, aunque estos hayan decidido rendirse o no puedan seguir combatiendo (tengan o no la capacidad para hacerlo).

El Protocolo adicional es más amplio que el Estatuto constitutivo de la Corte Penal Internacional, debido a que no sólo abarca el hecho de ordenar tal acción o dar una declaración en tal sentido al adversario (lo que supone una situación expresa en tal sentido), sino que también en un sentido tácito, que es cuando las hostilidades son dirigidas en esa dirección. En los elementos de los crímenes se recoge aquello, al señalar que la orden debe ser hecha a fin de conducir a ese resultado.

Este ilícito puede ser cometido exclusivamente por los mandos militares, pues se exige que los mandos militares tengan control efectivo de los subordinados a quienes se les haya dirigido tal orden. En este caso al mando se le sanciona en su calidad de

¹⁷⁷ DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 133, este autor cita el comentario del *Oppenheim International Law* al señalar como otros medios péfidos la contratación de asesinos, ni los asesinatos de combatientes, ni poner precio a la cabeza de un combatiente individual o la simulación traicionera de enfermedades y heridas.

¹⁷⁸ Art. 23. *Besides the prohibitions provided by special Conventions, it is especially prohibited (d) To declare that no quarter will be given.*

autor, al dar la orden, o como responsabilidad de mando, en caso de actos de sus subordinados, por no ejercer el deber de vigilancia y control disciplinario contenida en el Art. 28 del estatuto.

En este delito, ni en el tratado ni en los elementos de los crímenes, se exige la ocurrencia de un resultado, por lo que es un delito de peligro de la vida de aquellos que han dejado de combatir. En todo caso, vale la pena señalar que si en el lapso de un combate, muere la totalidad de los componentes de la parte adversaria, sin que esto haya sido ordenado o conducido de alguna manera, sin que haya habido rendidos o heridos asesinados, es completamente lícito al ser objetos militares, que son atacados en razones propias del combate.

2.3.5. Prohibición de Escudos Humanos

Esta gran violación es tratada por el Tratado bajo el crimen de **Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares** [Art. 8.2.b.xxiii) regulado sólo en conflictos internacionales]. Este delito es un atentado en contra de la población civil, que es utilizada como escudo humano. Se encuentra contemplado en el IV convenio Art. 28¹⁷⁹ y desarrollado en el Art. 51 .7 del Protocolo Adicional I, en el cual se señala que los civiles no pueden ser utilizados para poner ciertos puntos u objetivos militares a cubierto de ataques o para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares, y que las partes en conflicto no pueden dirigir los movimientos de la población civil para conseguir tales objetivos.

Este delito es nuevo, pues no se encontraba inserto dentro de las regulaciones anteriores, entre ellas el proyecto de estatuto de crímenes de 1996. Los elementos de los crímenes señalan que debe ser la población trasladada, en virtud del derecho humanitario, intencionalmente a ese lugar, a sabiendas para ser utilizados como

¹⁷⁹ Ninguna persona protegida podrá ser utilizada para proteger, mediante su presencia, ciertos puntos o ciertas regiones contra las operaciones militares.

escudos, o como señalan los elementos, utilizar a la población de cualquier otra forma. Esa cualquier otra forma supone el ocultamiento en lugares civiles de elementos que pueden ser blancos militares, como depósitos de armas o cuarteles con combatientes.

Este crimen afecta uno de los principios básicos del DIH, cual es el principio de distinción entre la población civil y los blancos militares, y esta norma busca un afán protector para evitar que los civiles se vean afectados.

2.3.6. Inanición Población Civil como Método de Hacer la guerra

Este es uno de los peores delitos que se pueden cometer en contra de los civiles, al ocasionarles un sufrimiento extremo y colocando en grave peligro su vida e integridad. El estatuto define el crimen como **Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra** [Art. 8.2.b.xxv) regulado sólo para los conflictos internacionales]. Este delito, al igual que el que penaba uso de escudos humanos, no se encontraba inserto en el proyecto de estatuto de los crímenes de 1996.

En todo caso su fuente normativa se encuentra presente en el Art. 54.2 del Protocolo Adicional I –de hecho repite gran parte de su lenguaje-, que desarrolla una serie de prohibiciones, como la de hacer padecer hambre a los civiles, y sustraer, destruir y sustraer los bienes indispensables para su supervivencia, como alimentos y reservas de agua potable entre otras¹⁸⁰, con el fin de forzar su desplazamiento o cualquier otro propósito.

La prohibición no es absoluta, por cuanto el propio protocolo señala las condiciones en los cuales los bienes pueden ser destruidos o quitados de otra forma Art. 54.3., si es

¹⁸⁰ Luego esa protección se amplió a otros bienes absolutamente necesarios para la supervivencia como son las medicinas y las frazadas de acuerdo a la temperatura de la región, si intencionalmente son privados a la población civil. DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 143.

que son usados exclusivamente para la supervivencia del contingente militar o sean usados en apoyo directo de una acción militar. Eso sí, se establece una restricción en que su destrucción u apropiación no puede dejar desprovisto de víveres o agua a la población civil, y los haga padecer hambre para forzar su desplazamiento.

Como medio de hacer la guerra, a la luz del artículo y de los elementos de los crímenes, se permite como medio lícito de hacer la guerra el hacer padecer hambre a las fuerzas enemigas, a fin de lograr su rendición, pero si ese método es dirigido intencionalmente, [de acuerdo a la estructura del Art. 30 del tratado], en contra de la población civil, entonces allí se convierte en crimen.

Se discutió en algún momento si para este delito era necesario que se produjera el resultado de muerte por inanición de una o varias personas civiles. Finalmente, tras una serie de deliberaciones, se llegó al consenso de que ese resultado no era necesario¹⁸¹.

En el fondo, para llegar a la sanción por este crimen, la labor del tribunal desempeñará un rol clave, determinando los elementos subjetivos y los límites necesarios entre la inanición como táctica usada contra las fueras militares, y lo indispensable para que no padezca la población civil, lo cual como cuestión de hecho, variará de caso en caso.

¹⁸¹ Ibid.

2.4. CRÍMENES COMETIDOS CONTRA ENEMIGOS O CIVILES UTILIZANDO MEDIOS (ARMAS) PROHIBIDOS DE COMBATE.

Esta categoría de delitos no se encuentra presente en los Conflictos Armados no internacionales, lo cual ha sido criticado por la doctrina¹⁸², por la indefensión en que se encuentran las víctimas de los conflictos armados. Fue además uno de los puntos más conflictivos de toda la negociación, pues los elementos provienen de normas antiguas, las cuales no se han actualizado a los tiempos modernos y a los actuales avances de la ciencia militar, así como también a temas polémicos como la prohibición del uso de las armas nucleares. Los tipos delictivos que se encuentran en esta sección son los que siguen:

2.4.1. Uso de veneno o armas envenenadas

Fue uno de los primeros actos de prohibición de conductas en el DIH, pues viene de la conferencia de Bruselas de 1874, y fue luego tomada en las regulaciones de La Haya de 1899 y 1907¹⁸³. Con ello se buscaba proteger de los nocivos efectos que genera el veneno, (que es colocado en ciertos lugares estratégicos como los cursos de agua), no sólo en quienes combaten, sino que afecta a la población civil y a los no combatientes, y sus efectos pueden extenderse durante largo tiempo tras las hostilidades.

En ninguno de estos instrumentos se estableció cuál era la definición de veneno, y tampoco esto se hizo, ni en la preparación del Estatuto, ni en el comité preparatorio de los elementos de los crímenes, quizás con el objeto de evitar problemas en la aprobación al negociar lo que aquello significaba¹⁸⁴.

¹⁸² Véase supra nota 101.

¹⁸³ *Art. 23 Besides the prohibitions provided by special Conventions, it is especially prohibited (a) To employ poison or poisoned arms.*

¹⁸⁴ DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 143.

Fruto del consenso, se concibió al veneno como aquella sustancia que en el curso normal de los acontecimientos, y de acuerdo a las características propias de ésta, puede causar la muerte o un grave daño a la salud de aquellos que entran en contacto con la ella, y arma venenosa, como aquella que, por efecto de su uso, lo descarga.

En este delito no se exige que nadie haya muerto por efecto del uso del veneno. En el caso de la intencionalidad se exige que el autor sepa o deba saber que el uso de una determinada sustancia generará, en contacto con el ambiente o con las personas, un resultado lesivo para la población.

2.4.2. Uso de gases asfixiantes, tóxicos o similares

El delito de empleo de gases fue uno de los más complejos en su incorporación al Estatuto. La norma lo criminaliza como **Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo** [Art. 8.2.b.xviii).

Años antes, y de forma muy conflictiva, se había aprobado la Convención sobre la Prohibición, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y su destrucción de 3 de enero de 1993. Varios países -que se habían opuesto a ese tratado- se opusieron a criminalizar las conductas en base a ese tratado, por lo que, para evitar que se enredara más la aprobación del Estatuto, se optó por citar las regulaciones del Protocolo de Ginebra de 1925¹⁸⁵, ampliando si su protección a las armas bacteriológicas, dado el uso de la expresión **dispositivo análogo**.

Esa referencia a los dispositivos análogos nos introduce a la prohibición y castigo de las armas químicas. Para ello es clave hacer una definición de que se entiende por química tóxica y armas tóxicas. Se ha trabajado en distintas definiciones, que finalmente convergieron en la Convención de 1993, aunque no citada, que define

¹⁸⁵ Texto del protocolo en línea [Http: //www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM2P](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM2P) [Fecha consulta; 30 abril 2008].

como **arma química** “a) aquella sustancia química tóxica¹⁸⁶ o sus precursores, salvo cuando se destinen a fines no prohibidos, siempre que los tipos y cantidades sean compatibles; las municiones o dispositivos destinados a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias descritas en el apartado a)”¹⁸⁷.

Se discutió respecto a la inclusión de los gases antidisturbios y los herbicidas como parte de los elementos prohibidos, ya que ni en los crímenes ni en los elementos se había señalado cuales eran los gases prohibidos dejándose un enfoque amplio. Hay que tener en cuenta que en un primer momento se consideró como método prohibido de combate el uso de agentes químicos disuasivos anti disturbios y los herbicidas.

Respecto del primero de los elementos, de uso de control de disturbios, se analizó su prohibición de acuerdo al daño que ellas producen, que según la norma es cuando la sustancia, en el curso normal de los acontecimientos, produce la muerte o graves daños, lo que no ocurre con los elementos lacrimógenos, que por sus propiedades genera efectos sobre las mucosas, pero no pone en riesgo la vida de la población, por lo que es excluido de esta lista de armas prohibidas de combate¹⁸⁸.

Respecto de los herbicidas, se excluyeron, ya que sólo se hizo mención a los seres humanos y a los animales, no así a las plantas, lo que reduce los márgenes de protección, pues se ocasiona un daño indirecto, ya que la muerte de las plantas ocasiona un efecto grave en la alimentación de los animales y de las personas, lo que generaría un daño en el medio ambiente y a la larga daños sobre la salud y la vida de las persona. Sin embargo no fue excluido su uso como método prohibido de combate.

¹⁸⁶ Sustancia química tóxica “Toda sustancia química que, por su acción sobre los procesos vitales pueda causar la muerte, la incapacidad temporal o lesiones permanentes a seres humanos o animales (se excluyen efectos sobre las plantas)...cualquiera sea su origen o método de producción y ya sea que se produzcan en instalaciones, como municiones o de otro modo DÖRMANN, KNUT, ob. Cit. Pág. 144-45, obtenido del Art. 2 de la convención de 1993. Anteriormente había sido definida por el Reporte del Comité de Expertos al Secretario General de la ONU en 1969 como “...las sustancias químicas, gaseosas, líquidas o sólidas que puedan ser empleadas con efectos tóxicos directos en el hombre, animales o plantas...”. BOTHE, Michael, ob. Cit. Pg.407.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 145.

En todo caso, para evitar el inmovilismo de las normas que regulan las armas, en una nota al pie de los elementos se señala expresamente que “Nada de lo dispuesto en este elemento se interpretará como limitación o en perjuicio de las normas del derecho internacional vigentes o en desarrollo acerca de la elaboración, la producción, el almacenamiento y la utilización de armas químicas”, a fin de que se incorporen nuevos elementos que pongan en riesgo la salud de las personas.

En este caso, al igual que en el anterior, no se pide que haya como resultado del ataque muertos o lesionados, sino que bastan su uso y el conocimiento del efecto de las sustancias que utiliza.

2.4.3. Uso de las balas prohibidas

Esta es una de las reminiscencias históricas que se refiere al uso de las denominadas balas dum-dum, presentes desde San Petersburgo en 1868, y repetidas en disposiciones posteriores tendientes a evitar el sufrimiento innecesario del adversario. Por eso la restricción sobre las balas que se aplastan o se ensanchan fácilmente en el cuerpo humano, o aquellas que presentan incisiones, o aquellas que no están totalmente recubiertas, o aquellas con un peso inferior a los 400 gramos. Estas prohibiciones se han convertido en derecho internacional consuetudinario.

El estatuto de Roma los trata, al igual que el resto de los delitos de este título, solamente para los conflictos internacionales, bajo el crimen de **Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones** [Art. 8.2.b.xix].

El sentido de éste delito es evitar sufrimientos innecesarios a los combatientes, y es claro que se requiere no sólo el uso de este tipo de balas sino, también que haya habido conciencia del autor acerca del uso de estas balas y el efecto que produce.

2.4.4. Armas Provocan daños superfluos, sufrimientos innecesarios o violen el DIH

Respecto del último de estos delitos, se puede decir que es uno de los más polémicos, porque afectaba el desarrollo de nuevas armas, además de las múltiples diferencias entre los Estados para clasificar cuales armas se prohíben y cuáles pueden seguir operando y bajo qué condiciones.

El Estatuto trata este crimen como **Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;**[Art. 8.2.b.xx)].

Hay que mencionar que no se han estructurado los elementos de este crimen, pues es necesario que se produzca la enmienda del texto para que eso suceda. De acuerdo a las normas de reforma del tratado (Art. 121 y 123), éste se someterá a reformas una vez transcurrido el plazo de siete años desde su entrada en vigor, lo cual ocurrirá después de julio de 2009, por lo que hasta entonces no habrá una regulación específica de los elementos que lo contendrán, lo que será fruto, suponemos, de otra larga y delicada fase de negociación política.

Respecto al concepto de efectos indiscriminados, se puede decir que proviene desde la Regulación de La Haya, tanto de 1899 y de 1907, que combinados dan como resultado la prohibición del Art. 35.2 del Protocolo Adicional II, que señala que queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos y sufrimientos innecesarios. Además, se expresa lo que son los ataques indiscriminados, entendiéndose estos:

- Los que no están dirigidos en contra de un objetivo militar concreto;
- Los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto;
- Los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar a lo exigido por el siguiente protocolo.

De hecho el propio protocolo establece una serie de ejemplos de ataques indiscriminados¹⁸⁹.

Durante los últimos años se intentó regular determinados tipos de armas que al ser usadas causaban efectos indiscriminados. Así se sumaron disposiciones, como la Convención sobre las restricciones o prohibiciones del uso de ciertas armas convencionales que pueden ocasionar daños excesivos o pueden tener efectos indiscriminados de 1980, que en sí no contiene prohibiciones, que a través de protocolos reguló el uso de bombas incendiarias, fragmentos no detectados, minas, trampas y otros instrumentos, y la Convención de Naciones Unidas de prohibición de producción, almacenamiento, transferencia y uso de minas antipersonales y su destrucción de 1997¹⁹⁰.

Sin duda, uno de los puntos más conflictivos dice relación con el uso de armas nucleares en conflicto armado, debate sobre el cual no hubo consenso, y respecto al que, conociéndolo la Corte Internacional de Justicia en opinión consultiva de 1996, concluyó que:

“Se sigue de los requisitos anteriormente mencionados que la amenaza de usar o el uso de armas nucleares serían generalmente contrarios a las reglas del derecho internacional aplicables a conflictos armados, y en particular a los principios y reglas de derecho humanitario. Sin embargo, dado el estado actual del derecho internacional y de los elementos de hecho a su disposición, la Corte no puede concluir definitivamente si la

¹⁸⁹ Los ataques por bombardeo, que traten como objetivo militar único o varios objetivos militares precisos y claramente separados en una ciudad, pueblo o aldea en donde haya concentración análoga de personas y bienes civiles; o los ataque con pérdidas incidentales excesivas con la ventaja general, concreta y directa precisa.

¹⁹⁰ En BOTHE, Michael, ob. Cit. Pág. 409.

amenaza de usar o el uso de armas nucleares serían lícitos o ilícitos en una circunstancia extrema de legítima defensa en que estuviera en juego la supervivencia de un estado”¹⁹¹.

De esta forma, la regulación de las armas nucleares podría entrar dentro de esta norma, pero para ello se requiere un consenso que, al paso de los años, todavía no parece posible.

2.5. CRÍMENES CONTRA PERSONAS Y OBJETOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (PERSONAL NACIONES UNIDAS, COMITÉ INTERNACIONAL, CRUZ ROJA, PERSONAL MÉDICO Y HUMANITARIO)

Este grupo de normas lo que persigue es proteger a quienes prestan ayuda en momentos extremadamente complejos, en donde son los únicos que pueden socorrer a quienes sufren el conflicto, y de esta manera puedan realizar su labor en forma segura. Esta violación se expresa en dos conductas, una relativa al personal sanitario y portadores de los emblemas de los Convenios de Ginebra, y la otra al personal de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas.

¹⁹¹ Opinión consultiva de licitud de la amenaza o del empleo de **armas nucleares**” de 8 de julio de 1996, clave para llegar a esta conclusión considerandos 95 y 96;

95. Tampoco puede la Corte hacer una determinación sobre la validez de la opinión de que el recurso a las armas nucleares sería ilegal bajo toda circunstancia debido a su inherente y total incompatibilidad con el derecho aplicable a los conflictos armados. Ciertamente, como la corte ya lo ha señalado, los principios y reglas del derecho aplicable a los conflictos armados, en cuyo corazón se encuentra la consideración suprema de humanidad, hace que la conducción de hostilidades armadas esté sujeta a una serie de requisitos estrictos. Así, métodos y formas de combate, que impedirían toda distinción entre blancos civiles y militares, o que resultarían en sufrimiento innecesario para los combatientes, están prohibidos. En vista de las características únicas de las armas nucleares. . . , el uso de tales armas de hecho parece difícilmente compatible con el respeto de tales requisitos. Sin embargo, la Corte considera que carece de elementos suficientes que le permitan concluir con certeza que el uso de armas nucleares necesariamente importaría violación de los principios y reglas del derecho aplicables a los conflictos armados bajo cualquier circunstancia.

96. Aun más, la corte no puede perder de vista el derecho fundamental de todo Estado a la supervivencia, y por tanto su derecho a recurrir a la legítima defensa, de conformidad con el artículo 51 de la Carta, cuando la supervivencia está en riesgo. traducción del Prof. Rodrigo Correa G. para su curso de argumentación jurídica, Facultad de Derecho U. de Chile 2° semestre 2002.

El primero de los crímenes es Dirigir Intencionalmente ataques contra vehículos, material, unidades, y vehículos sanitarios y en contra del personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional. [Art. 8.2.b.xxiv; Art. 8.2.e.ii].

En este delito lo que se sanciona es parecido a los ataques contra hospitales y monumentos culturales, esto es, que el autor haya atacado a esas personas que portaban, de acuerdo al derecho internacional, el emblema de los convenios de Ginebra, independientemente de un resultado de muerte y destrucción de quienes resultaron atacados, y que el ataque se haya dirigido intencionalmente, de acuerdo al Art. 30.2, hacia aquellos lugares y personas para dañarlos.

La historia de esta disposición es reciente, dado que no formaba parte del Proyecto de Estatuto de los crímenes de 1996, y viene a expresar un principio antiguo dentro de la conducción de hostilidades, cual es el respeto y la protección del personal médico, sus unidades y transportes, y la prohibición de ataque en contra de ellos, con expresión en distintas normas del derecho de Ginebra respecto de ellos y su identificación¹⁹².

Se requiere que el lugar o persona cuente con el emblema distintivo, que le otorga protección, u otro medio que lo establezca¹⁹³. Si el autor no ha visto esos distintivos, o bien son mal usados, como cuando se realiza un ataque¹⁹⁴, opera como causal de justificación por uso de necesidades militares.

Así, se protege al personal médico y religioso, civil y militar, independientemente del tamaño de la unidad de la cual se trate, o si se encuentra en tierra o en aire o en mar.

¹⁹² Respecto a la protección personal médico conviene revisar Art. 19, 24,35 del I Convenio, 22, 23, 25, 36, 39 del II Convenio, 12, 15, 21, 24 del Protocolo I, acerca de las condiciones de protección ver Art. 38 a 44 del I Convenio, 41 a 45 del II Convenio, 18 a 22 del IV Convenio y 18 Protocolo I.

¹⁹³ Como las señales luminosas, de radio, o identificación electrónica. DÖRMANN, Knut, ob. Cit. Pág. 138.

¹⁹⁴ Ver supra, nota 143, sobre ataque a hospitales civiles.

El uso de los emblemas permite operar de forma eficiente durante el conflicto, pudiendo estas personas transportar o atender a quienes los requieren. Por eso se les permite operar, en pos del principio de humanidad, respetando las condiciones señaladas. Su abuso constituye un modo péfido de combatir, al igual que el ataque intencional, fuera de las causales requeridas, en su contra.

El segundo de los crímenes es el Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades, o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, de conformidad a la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados. [Art. 8.2.b.iii), Art.8.2.e.iii)].

Este es un delito novedoso, que se fue incorporando gradualmente en la órbita del derecho internacional, al ser una de las funciones más importantes que se confiere al organismo multilateral. De acuerdo al Capítulo VII de la Carta, le corresponde tomar al Consejo de Seguridad o Asamblea General todas las medidas tendientes o restablecer el orden y la paz internacional, incluso ordenando el uso de la fuerza en casos extremos.

La Intervención Humanitaria es una de esas medidas. Pese a que no se encuentra expresamente regulada en la Carta ONU, se ha utilizado para lograr soluciones pacíficas a conflictos armados y el respeto a los acuerdos alcanzados. Estas fuerzas cuentan con elementos de las Fuerzas Armadas que se despliegan en la zona, actuando, en rigor, bajo el mandato que el Consejo les ha conferido, pero en ningún caso entra en combate¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Las operaciones de mantenimiento de la paz, a la fecha suman cerca de 25 en distintos rincones del mundo, destacando misiones como las que se han realizado en Timor Oriental, Ex – Yugoslavia, Haití, República Democrática del Congo, entre otros países.

A este personal lo protege la Convención de Naciones Unidas sobre la Seguridad del personal de Naciones Unidas y personal asociado de 1994¹⁹⁶, que señala qué es un ataque en contra del personal de Naciones Unidas destacándolos, en su Art. 9, como delitos:

- Un homicidio, secuestro u otro ataque en contra la integridad física o la libertad de un miembro del personal protegido por la Convención;
- Un ataque violento contra los locales oficiales, la residencia privada o los medios de transporte del personal protegido por la Convención y que ponga en peligro su integridad física y su libertad;
- Una amenaza de tal ataque con el objetivo de obligar a una persona natural o jurídica de realizar o abstenerse de realizar tal acto;
- Una tentativa de cometer tal ataque;
- Un acto de complicidad que suponga organizar u ordenar a terceros la comisión del ataque.

Este acto debe ser sancionado por las normas nacionales, internacionalizando el Estatuto del TPI tales ataques.

Hay que distinguir que la Convención se refiere al personal del Art. 1, pero no al personal que es enviado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como medida coercitiva de restablecimiento de la paz del Capítulo VII. En este caso, al ser autorizado el uso de la fuerza, el personal ONU y asociado entra en la categoría de combatientes, que son regulados por las normativas generales de los Conflictos

¹⁹⁶ a) Por "personal de las Naciones Unidas" se entenderá:

i) Las personas contratadas o desplegadas por el Secretario General de las Naciones Unidas como miembros de los componentes militares, de policía o civiles de una operación de las Naciones Unidas; ii) Otros funcionarios y expertos en misión de las Naciones Unidas o sus organismos especializados o el Organismo Internacional de Energía Atómica que se encuentren presentes, con carácter oficial, en una zona donde se lleve a cabo una operación de las Naciones Unidas;

b) Por "personal asociado" se entenderá:

i) Las personas asignadas por un gobierno o por una organización intergubernamental con el acuerdo del órgano competente de las Naciones Unidas; ii) Las personas contratadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, por un organismo especializado o por el Organismo Internacional de Energía Atómica; iii) Las personas desplegadas por un organismo u organización no gubernamental de carácter humanitario en virtud de un acuerdo con el Secretario General de las Naciones Unidas, con un organismo especializado o con el Organismo Internacional de Energía Atómica, para realizar actividades en apoyo del cumplimiento del mandato de una operación de las Naciones Unidas; Texto de la Convención en línea <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1489.pdf> [Fecha de consulta; 06 de mayo de 2008].

Armados (Art.2). De esta forma, el personal de mantenimiento de la paz goza del estatuto de civiles para efectos de su protección en las operaciones de mantenimiento de la paz, o aquellas en que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General haya declarado que existe un riesgo excepcional para la seguridad del personal participante en la operación (Art. 1.c.ii).

Este delito ha sido criticado, por cuanto castigaría algo que ya está penado, que sería el homicidio a persona protegida (Art. 8.2.a.i), pues si este personal es considerado civil, carece de sentido regularlo de forma aparte, pues se trata personas protegidas en la órbita del IV Convenio.

Otra crítica que ha recibido la norma, por parte de la doctrina, es la vaguedad del delito, dado que no se definió ni en la Convención, ni en el Estatuto ni en los elementos de los crímenes, que se entiende por restablecimiento de la paz (sus límites) y asistencia humanitaria, lo que enreda la interpretación de los artículos¹⁹⁷.

Lo que exige este artículo es que el autor haya lanzado intencionalmente el ataque [de acuerdo a los criterios del Art. 30.2] en contra de los elementos mencionados en ese artículo, y estos hayan tenido derecho a la protección otorgada a personas civiles y bienes civiles de acuerdo al Derecho de los Conflictos Armados, o sea. Es decir siguen las reglas generales respecto a personas civiles derivadas de la IV Convención de Ginebra, los Protocolos Adicionales y las otras normas de protección a civiles insertas en el Estatuto, por lo que no pueden ser atacados a menos que se cumplan los requisitos que las normas establecen expresamente.

¹⁹⁷ BOTHE, Michael, ob. Cit. Pg.411.

2.6. CRÍMENES COMETIDOS POR EL USO IMPROPIO DE SIGNOS Y EMBLEMAS

Este acto concentra delitos que vienen desde las regulaciones de La Haya¹⁹⁸, y que fueron luego expresadas en el Protocolo Adicional I Art. 85.3.f., que es su expresión moderna. Su propósito persigue atribuir una sanción penal frente al abuso de los emblemas que permiten una mejor protección tanto de las personas como de los objetos en caso de conflicto armado¹⁹⁹.

Este crimen está tratado en el Estatuto como el crimen de **Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves** [Art. 8.2.b.vii). Este crimen está dividido por los elementos en 4 sub delitos que son:

- **Uso indebido de la bandera blanca,**
- **Uso indebido de bandera, insignia y uniforme del enemigo,**
- **Uso indebido de bandera, insignia y uniforme de Naciones Unidas**
- **Uso indebido de los emblemas de los Convenios de Ginebra.**

Los delitos tienen un elemento objetivo común, cual es el uso indebido de éstos, lo que una vez más denota el elemento de intencionalidad de la conducta reflejado en el Art. 30 del estatuto, de que el autor debe saber o haber sabido que esas banderas no deben ser usadas bajo otro criterio que no sea el de protección.

En muchos de éstos casos nos encontramos frente a que su uso es una forma de atacar engañando la buena fe del adversario, ocultando su verdadera intención. Por

¹⁹⁸ Art.23 II Convenio de La Haya 1899 Art. 23. *Besides the prohibitions provided by special Conventions, it is especially prohibited(f) To make improper use of a flag of truce, the national flag or military ensigns and uniform of the enemy, as well as the distinctive badges of the Geneva Convention.*

¹⁹⁹BOTHE, Michael, ob. Cit. Pág. 403.

eso, si se recurre al uso la bandera cuando no se quería negociar, o bien se usan los otros emblemas en medio de un ataque para ocasionar confusión, o se usan los emblemas sin la autorización respectiva, como en el caso de los emblemas de la ONU, su uso es sancionado por el Art. 37 del Protocolo Adicional I como un medio péfido, pues el ataque se hace simulando un atributo de protección.

Este delito es de resultado, pues exige que del uso indebido de estos emblemas se ocasione la muerte o lesiones graves en una o más personas. Respecto al elemento subjetivo de intencionalidad, éste es de doble carácter (además de los elementos comunes de intencionalidad del Art. 30). Por un lado, que el autor conozca la prohibición que afecta a los emblemas protegidos y, por otro, que haya intenciones con ese uso prohibido de generar un resultado con el ataque péfido.

Hay acciones de combate o acciones de inteligencia que si están permitidas por el derecho internacional, y que dicen relación con los estratagemas, que son definidos en el número 2 del Art. 37 como aquellos que tienden a producir error en el adversario o hacerle cometer imprudencias (que no constituyan crimen de guerra), ya que no apelan a la buena fe de éste. El Artículo da una reseña ejemplar de stratagemas como el camuflaje, las informaciones falsas y los actos simulados.

Con este delito llegamos al final de la revisión de los delitos comprendidos en el Estatuto de Roma. Ahora revisaremos las normas chilenas sobre la materia.

CAPÍTULO III: REGULACION DE LOS CRIMENES DE GUERRA EN EL DERECHO INTERNO

3.1. ANTECEDENTES DE LA LEY NUMERO 20.357

Como analizamos en el principio de este trabajo²⁰⁰, a nivel interno se ha regulado los crímenes de guerra de tres maneras, sea a través de una tenue incorporación de ciertas normas internacionales a nuestra legislación común (Códigos Penal y de Justicia Militar) o por una interpretación de algunas normas derecho interno o por medio de la aplicación de los Tribunales de Justicia de algunas normas sustantivas de Derecho Internacional Humanitario, en particular las relativas al III y IV Convenio de Ginebra de 1949.

Dicho esfuerzo, dio como resultado que se incorporaran algunas de las figuras clásicas de crímenes de guerra a nuestro catálogo de ilícitos, sin perjuicio de ello, se ha de agregar que en cualquier caso hubo muchas otras que quedaron excluidas por largo tiempo de nuestro derecho positivo. Evidentemente, en virtud del principio de legalidad, dichas conductas presentes internacionalmente, mientras no hubiera una ley específica que las tratara en nuestro ordenamiento, no podían ser aplicadas por los operadores del derecho.

En tal contexto, y para completar dichos vacíos y dejar a nuestra legislación al día y acorde a los progresos del Derecho Penal Internacional, es que el debate respecto a la ratificación de Chile al Estatuto de la Corte Penal Internacional y su incorporación a ella

²⁰⁰ Véase *supra*. 1.4. Pág. 41.

fungió como sumamente oportuno y relevante, dado que tal cuerpo, como lo hemos analizado anteriormente, sanciona una serie de ilícitos presentes en distintas convenciones internacionales, algunas de las cuales forman parte del corpus del Derecho Internacional Consuetudinario.

Con todo, el proceso de ratificación de Chile al Estatuto fue un proceso complejo y azaroso. El tratado fue firmado por Chile el 11 de septiembre de 1998 y, en una primera instancia, alcanzó a ser aprobado por la Cámara de Diputados en Enero de 2002, no obstante un grupo de Diputados que rechazaba la entrada de Chile al tribunal recurrió al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre la constitucionalidad de la norma²⁰¹, sentenciando que era necesario, previo a la aprobación del tratado, una reforma constitucional que permitiera el reconocimiento del tribunal por parte del derecho chileno. Reforma que fue enviada al Parlamento en abril de 2002.

Dicha reforma tardó 7 años en ser tramitada, requiriendo de importantes negociaciones políticas entre los miembros de las coaliciones políticas con representación parlamentaria, esto es, por una parte la “Concertación de partidos por la democracia”; y por otra, la entonces llamada “Alianza por Chile”, estando dentro de las peticiones más debatidas la absoluta primacía de los tribunales nacionales para juzgar estos hechos y, para la posterior ratificación del Tratado, la existencia previa de una ley que tipificara a nivel interna todos los ilícitos penados en el Estatuto del CPI.

Ahora bien, respecto a la norma que tipifica los delitos a nivel interno, esta tuvo su expresión concreta en dos proyectos de ley. El primero en una moción parlamentaria

²⁰¹ La razón de fondo que motivó tal requerimiento se debía a un presunto conflicto entre la jurisdicción nacional y la internacional, privilegiando el tratado ésta sobre la interna (pese al principio de complementariedad) ya que incluso podía revivir procesos fenecidos (lo que alterara instituciones como la prescripción y la cosa juzgada), lo que manifestaba una grave violación a la soberanía y a la Constitución de nuestro país, en particular al Artículo 73 (hoy 76) de la Carta Magna que sostiene que quienes deben conocer, fallar y hacer ejecutar lo juzgado son los tribunales de justicia, de los hechos delictuosos que ocurren en el país, así frente a un hecho que reviste carácter de delito podía ser sustraído del conocimiento del juez natural. Esto en particular relevancia a los procesos por violaciones a los derechos humanos cometidos durante el régimen militar del fallecido Gral. (R) Augusto Pinochet.

de los senadores Naranjo y Viera-Gallo, que data del mes de julio de 2004 y que pretendía introducir un nuevo título al Código Penal, recogiendo aquellos delitos sancionados tanto por los Convenios de Ginebra como por otros tratados y el propio estatuto. Sin embargo este proyecto recibió una serie de críticas en cuanto a su estructura y contenido, tanto en el seno de la comisión como a nivel doctrinario.

Así las cosas, el ejecutivo junto con las bancadas opositoras en el Congreso, se abocaron a la redacción de un nuevo proyecto de ley que salvara las deficiencias más salientes que presentaba el anterior proyecto, y generara el consenso necesario para que fuera presentado y aprobado como ley lo más rápido posible. Fruto de esas tratativas surgió el nuevo proyecto de ley titulado “Ley que tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra”. Dicho proyecto dio a luz como ley de la República número 20.357 de 18 de julio de 2009.

Esta nueva iniciativa legal tomaba como idea base el proyecto de ley anteriormente discutido, añadiendo, por supuesto, nuevos elementos, en particular la reconfiguración de nuevos delitos y menciones respecto a las circunstancias de oportunidad y comisión de los mismos. Con todo, la característica saliente de este proyecto se encuentra en que recoge y reproduce de forma extensa lo que ya se encuentra contenido en el propio Estatuto de Roma. De hecho esa era la intención clara y explícita del legislador, expuesta en la moción que propone el proyecto.

El proyecto, en lo referido a los crímenes de guerra, está estructurado como un título de la ley -el tercero- denominado “Crímenes y Delitos de guerra” (toma este nombre en virtud de las penas asignadas a cada delito)²⁰², entre los artículos 16 y 34. Estos delitos rigen por igual tanto para conflictos internacionales como no internacionales (Artículo 16). Contempla además un párrafo especial para aquellas conductas que sólo pueden ocurrir

²⁰² En nuestro sistema penal, se distinguen las conductas penales entre crímenes y simples delitos de acuerdo a su penalidad, los primeros son aquellos cuyas penas superan los 5 años y un día de presidio o reclusión mientras que los segundos son aquellas penas que fluctúan entre los 61 días de presidio a 5 años de presidio, sin considerar circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. (Artículos 21 y siguientes del Código Penal).

en el marco de un conflicto armado de carácter internacional (Artículo 28 y siguientes). En este punto el proyecto recoge modelos de legislaciones comparadas como la española, modelo que examinaremos oportunamente.

En lo que sigue iniciaremos el estudio de los tipos delictivos presentes en el proyecto en su integridad. Como forma de tener un mayor orden en la exposición, vamos a realizar la presentación de los ilícitos de la misma forma que la expuesta en el capítulo anterior. Además, hay que tener presente que en alguno de los artículos de esta ley se presentan varios tipos delictivos, por lo que un mismo artículo puede estar en distintas categorías, no obstante, ello será mencionado oportunamente. En último término debemos indicar que comenzaremos con una mención al concepto de persona protegida.

3.2. CONCEPTOS PRELIMINARES

Los crímenes de guerra están tratados en el título denominado “De los crímenes y delitos de guerra”, (tercero de la ley 20.357), que comienza con una serie de definiciones legales de los términos de mayor aplicación de esta ley. Para una adecuada interpretación por parte de los operadores jurídicos, así se describen en el Artículo 17:

a) Conflicto armado internacional; los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el estado de guerra, así como los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado por fuerzas extranjeras, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.

En este caso nos encontramos con que el legislador toma expresamente los conceptos contenidos en el Art. 2 común de los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y que ha sido

utilizada en los tribunales internacionales, en particular por el TPIY (caso Tadic)²⁰³, y la división que el tratado romano establece de los crímenes de guerra en el artículo 8. Al igual como lo hacen los textos relevantes del Derecho Internacional Humanitario, consagra al conflicto armado como una situación de hecho que no necesita ser declarada jurídicamente por las partes para estar en presencia de éste.

Esta definición la encontramos presente en el proyecto de ley de los Senadores Naranjo y Viera-Gallo (Art. 161-D), y sobre ella no se realizaron mayores innovaciones.

b) Conflicto Armado No Internacional; Aquel que tiene lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. No constituyen conflicto de este carácter las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos;

En este caso se sigue el principio establecido por los Convenios de distinguir entre ambas clases de conflicto, reseñada en el Artículo 3 común de los cuatro convenios y que es seguido en el tratado romano. La salvedad que hace esta ley, como lo hizo la ley que le sirvió de precedente, es que su corpus no hace diferencia entre las clases de conflicto, a fin de evitar la impunidad de ciertas conductas²⁰⁴. En todo caso esta definición es necesaria para dar un marco de aplicación a la ley, tal como se hace en los Convenios, a fin de marcar el carácter de excepcional que tienen estas normas y su particular esfera de protección y bienes jurídicos protegidos. Hay que tener presente que estos conflictos son muchos más frecuentes que los conflictos armados internacionales, por lo que se requiere una regulación precisa a fin de evitar la impunidad.

c) Población Civil; conjunto de personas que, independientemente de su nacionalidad, no hayan participado directamente en las hostilidades, o hayan dejado de participar en ellas,

²⁰³ Respecto a esta definición y su relación con la dogmática véase AMBOS, Kai, Ob. Cit. *Supra*. Nota 101.

²⁰⁴ Eso no es así tratándose de ciertas clases de armas como lo veremos más adelante.

incluidos los ex combatientes que hayan depuesto sus armas y personas que estén fuera de combate;

En este caso nos encontramos con una definición que se encuentra presente en el proyecto de ley de 2004, pero sólo como persona sujeta a protección para conflicto armado de carácter no internacional. De hecho esta es la forma en que lo toma el artículo 3 común, y que tras las negociaciones se elevó para toda clase de conflictos, en concordancia con la protección que merecen las personas que se encuentran dentro de territorios ocupados, exista o no resistencia militar (IV Convenio de Ginebra de 1949). Esto que tiende a elevar el marco de protección, aunque luego la voz “población civil” volvería a ser repetida.

d) Personas Protegidas; Dentro de esta figura se contemplan varias personas que son:

- ✓ Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977;
- ✓ Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977;
- ✓ La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977;
- ✓ Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto, protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977;
- ✓ Las personas internacionalmente protegidas, en conformidad a la Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Dichas personas comprenden a los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores de otros

Estados, así como los miembros de sus familias; los representantes, funcionarios o personalidades oficiales de un Estado, y los funcionarios, personalidades oficiales o agentes de una organización intergubernamental, que conforme a los tratados vigentes para Chile requieran una protección especial de su persona, así como los miembros de sus familias;

- ✓ El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994;
- ✓ En el caso de los conflictos armados de carácter no internacional, las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, amparadas por el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977, y
- ✓ En general, cualquiera otra persona que tenga dicha condición en razón de algún tratado internacional del cual Chile sea parte.

Además, hay que tener presente que en este grupo se incluyen no sólo a las personas protegidas por los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, sino que también por otros tratados, como la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado así como también la protección de personalidades internacionalmente protegidas²⁰⁵.

En general, estas normas ya se encontraban en su mayoría recogidas en el proyecto de ley de 2004. Sin embargo cabe mencionar que en esa normativa (que recogía en términos prácticamente textuales las disposiciones sobre personas

²⁰⁵ La primera convención es ley de la república en virtud del DS 712 de Relaciones Exteriores de 21 de julio de 1999, mientras que la segunda es ley en virtud del Decreto 129 de Relaciones Exteriores de 29 de marzo de 1977.

protegidas en el título de infracciones al DIH del Código Penal Español), se contemplaba a los parlamentarios y sus acompañantes -que son protegidos desde los Convenios de La Haya de 1899- y por el Código de Justicia Militar que contemplaba delitos en su contra, pero en el proyecto que se convirtió en ley dicha figura fue eliminada²⁰⁶, por lo que no cuentan con protección, al menos directa, en la actual legislación.

e) Bienes protegidos: los de carácter sanitario, cultural, histórico, civil, religioso, educacional, artístico, científico, de beneficencia y otros referidos en los artículos 19, 20, 33, 35 del Convenio I de Ginebra, de 1949; en los artículos 22, 38 y 39 del Convenio II de Ginebra, de 1949; en los Protocolos I y II de dichos Convenios; en la Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, de La Haya, de 14 de mayo de 1954, y en otros convenios internacionales vigentes en Chile.

Este es un avance legislativo importante, dado que se incorpora dentro de la esfera de protección a determinada clase de bienes que tienen un importante valor, no sólo para la subsistencia de los habitantes del Estado, como los bienes sanitarios y sus propios bienes, frente a eventuales destrucciones y saqueos, sino que también bienes de importante valor cultural, benéfico o científico, que tienen interés tanto actual como para futuras generaciones, de valor universal.

Por ello es relevante que se incorporen estos bienes, cuya protección ha sido consagrada no sólo por los Convenios de Ginebra, sus protocolos adicionales, sino que son mencionados explícitamente en la Convención sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de La Haya de 1954, y que cuyas infracciones graves, por largo tiempo, permanecieron sin castigo en nuestro ordenamiento positivo, hasta que esta

²⁰⁶ Hasta el momento de redacción de este trabajo, este memorista no pudo encontrar información ni antecedentes respecto a esta eliminación así como a la construcción de la ley, ni a la negociación de esta ley y su contenido tanto en la historia de la misma como en las actas de reuniones con miembros de las bancadas políticas y centros de estudio. Sobre la protección de los parlamentarios se debe recurrir a interpretaciones en otras normas para encontrarles la debida protección.

Convención fue ratificada recientemente y el país se actualizó en la protección de estos bienes y la represión de los abusos que se cometen con ellos²⁰⁷.

Estos bienes no se encontraban mencionados en el proyecto original de 2004, y fueron incorporados tras conversaciones entre las fuerzas políticas que plantearon el proyecto que hoy es ley. Probablemente porque a la época de creación de aquella no estaba vigente la Convención de La Haya en nuestro medio. Se complementa el universo de protección no sólo con las personas, o hacia ellas, para abarcar el mayor número de ilícitos.

A continuación examinaremos los tipos penales, individualmente considerados, presentes en esta ley. Lo haremos siguiendo la misma exposición que en el Capítulo II, por lo que es posible que en un sólo artículo nos encontremos con varios tipos presentes categorías.

A nivel de política criminal, se intentó por parte del legislador regular los actos más execrables en contra de las personas en el marco de un conflicto armado, al reproducir prácticamente sin reservas las normas universales, aunque alterando el orden en que ellos son expuestos, tendiendo a proteger bienes jurídicos esenciales como la vida, integridad física o síquica, libertad personal y autodeterminación sexual.

En cuanto a los otros actos delictivos (medios y métodos prohibidos de combate y ataque a personas protegidas), son actos cuya inclusión se justifica plenamente, no sólo por el consenso en su incriminación [como en el caso del crimen de guerra de declarar cuartel o la inanición como método para hacer la guerra], sino que por el amplio nivel de rechazo que estos actos despiertan en la comunidad junto con ser expresión de respeto a otras normas de derecho internacional suscritas por el país, a nivel de penas, estas parecen adecuadas dada la magnitud del injusto.

²⁰⁷ Esta Convención se ratificó convirtiéndose en ley de la República, junto a su Reglamento y sus dos Protocolos en un sólo texto en virtud del Decreto 240 de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 05 de Enero de 2009.

3.2. CRÍMENES COMETIDOS CONTRA PERSONAS QUE NO TOMAN PARTE, O YA DEJARON DE TOMAR PARTE EN CONFLICTO ARMADO.

Dentro de esta categoría de delitos se encuentran algunos de los más abyectos cometidos en el marco de un conflicto armado en contra de las categorías de personas protegidas. Todos estos delitos van en contra de ellos, sin distinción alguna. Los delitos más salientes son:

3.2.1. Homicidio

Este delito se encuentra contemplado en el Artículo 18 de la ley de la siguiente forma:

Artículo 18.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el que mate a una persona protegida de conformidad con el artículo anterior.

Si mediante un mismo acto homicida se diere muerte a más de una persona protegida, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, simple o calificado.

Este delito no estaba expresamente mencionado en el proyecto de ley de 2004, siendo incorporado en las negociaciones que dieron nacimiento a la ley 20.357. Este delito, históricamente es una protección a la vida como bien jurídico protegido siendo los ataques a ella lo que reprime el legislador, en cualquiera de sus formas, siendo la forma más básica de convivencia social.

En el caso del homicidio como crimen de guerra la represión tiene un doble carácter pues supone no sólo un daño al bien jurídico más importante que cautela el legislador sino que también es proteger de forma adecuada a quienes no participan de forma directa en las hostilidades, cercenando lo más preciado que las personas tienen.

Este es un delito cuya conducta central consiste en “matar a una persona protegida”, en este sentido debemos entender que la conducta consiste en dar muerte de la víctima (que para nuestro medio es la cesación total e irreversible de todas las

funciones encefálicas del sujeto pasivo²⁰⁸). Para el legislador la forma a través de la cual se comete el delito es absolutamente indiferente, por lo que los medios físicos son plenamente aceptados mientras que los medios morales serán aceptados dependiendo de las circunstancias. Este delito puede presentar tanto características tanto comisivas como omisivas en ciertos casos²⁰⁹.

Hay que recordar que el sujeto activo es absolutamente indiferente, mientras que el sujeto pasivo es toda aquella persona protegida existente una vez finalizado el proceso fisiológico del parto, una vez que existe vida independiente fuera del claustro materno.²¹⁰ y que forme parte de la lista de personas mencionadas por el legislador en el Artículo 17.

Este crimen, por sus características propias es un delito típicamente de resultado por cuanto exige que se produzca la muerte para sancionar la conducta sin perjuicio de que puedan ser castigados tanto la tentativa como la frustración de este delito, en cuanto al nexo causal se exige de que la acción u omisión desarrollada por el agente debe conducir al resultado que el agente se propone o al menos que sepa que con tales actos se puede llegar a ese fin (homicidio preterintencional), si no se puede establecer que la conducta del agente conduce al resultado buscado no estamos en presencia del crimen.

A nivel subjetivo, este es un hecho doloso en un doble carácter pues no sólo debe estar consiente del resultado dañoso, y actuar intencionalmente para ese fin (aunque

²⁰⁸ Esta norma no está consagrada en el Código Penal sino que en la ley de trasplantes (Ley 19451 de 1996) y el Artículo.149 del Código Sanitario en lo relativo a los trasplantes que establece una serie de procedimientos para llegar a dicho efecto siendo la realización de encefalogramas el más importante de ellos.

²⁰⁹ Esto se muestra con especial fuerza respecto a lo que se denomina la posición de garante de ciertos bienes jurídicos (como el médico con su paciente o una madre con su hijo) e impedir su lesión teniendo la obligación jurídica de protegerlos y que al no cumplir con su deber (teniendo la posibilidad real y concreta de actuar en el caso concreto) está cometiendo un homicidio por omisión que requiere de un sujeto activo calificado y propio de la calidad de garante. BULLERMORE, Vivian, Ob. Cit. Pág. 17.

²¹⁰ BULLERMORE, Vivian y MCKINNON John, Curso de Derecho Penal, Santiago, Lexisnexis 2007, Pág. 20.

puede darse el caso en que no lo está, por lo que estamos en presencia de un hecho culposo e incluso darse el caso en que el agente no deseaba matar al sujeto pasivo sino lesionarlo pero ha muerto pero ha muerto producto de una relación de causalidad entre su acción y la muerte lo que se denomina homicidio preterintencional), sino que también el agente debe conocer que el sujeto pasivo es una persona protegida en virtud del Artículo 18, si el agente desconoce la calidad de persona protegida, incurre en un elemento de antijuridicidad, y no podría ser imputado por este delito.

Debemos considerar que en este delito no exige una circunstancia especial (como circunstancia especial del sujeto pasivo o activo como en el parricidio o infanticidio) o calificantes como los del homicidio calificado del inciso segundo del artículo 391 para su comisión²¹¹, lo que la acerca a la figura residual del delito de homicidio simple del Artículo 391 inciso primero del Código Penal, siendo esos elementos considerados dentro de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal debiendo remitirnos a la ley común.

Finalmente, este artículo menciona un elemento de agravación de la pena, que es distinto a las normas del tratado romano, pues ella atiende solamente al número de víctimas, si es más de uno aumentan en un grado, argumento no muy comprensible dado que el objeto de protección es la comunidad internacional, en la historia de la ley no aparece información respecto a esa inclusión como para justificarla, pero no entendemos su inclusión dado que el bien jurídico protegido es la comunidad internacional en su conjunto y la represión de los delitos que le afectan.²¹²

En cuanto a su cercanía con las normas internacionales debemos decir que a excepción del elemento de agravación de la pena por la cantidad de víctimas, existe plena coincidencia en el resto de los elementos (tanto objetivos como subjetivos),

²¹¹ Las calificantes expresadas en este artículo son; la premeditación, la alevosía, el uso del veneno, el ensañamiento y la recompensa o la promesa de ésta. En el caso del uso del veneno al ser regulado su uso como arma prohibida podemos encontrarnos con un concurso de delitos dentro de la misma ley.

²¹² CARDENAS, Sandra, Ob. Cit. Pág. 8.

cumpliendo a cabalidad lo preceptuado tanto en los Convenios de Ginebra como los propios estatutos romanos.

3.2.2. Ataques Sexuales

Este es un conjunto de acciones que involucra ataques contra la libertad sexual en el marco de conflictos armados. Esta ley reproduce plenamente los avances estipulados tanto en los Convenios de Ginebra como el propio estatuto de la TPI y los fallos de los tribunales internacionales, como los casos *Akayesu* y *Furundzija*.

Tenemos que tener presente que los ataques sexuales responden a ataques en contra de la libertad sexual de los individuos, no sólo en cuanto a la libertad de mantener o no relaciones sexuales, o la propia libertad personal del sujeto pasivo de la conducta en cuanto a su autonomía sobre que hacer o no con su cuerpo, su indemnidad sexual y otros bienes jurídicos como la honra, o la integridad síquica de la persona²¹³.

El avance en el desarrollo de los delitos sexuales (y en particular el objeto de protección de éstos y el bien jurídico protegido) ha sido influido históricamente por consideraciones morales que redundan en el ejercicio libre de la sexualidad más que por una certera política criminal para castigar actos que vulneran la convivencia social (como la represión a la sodomía). Así con el paso del tiempo se fue modificando las conductas (añadiendo figuras nuevas como las relacionadas a la explotación sexual infantil o la pedofilia por internet) o se fueron reinterpretando algunos de sus conceptos, con aciertos o defectos de acuerdo a su técnica legislativa²¹⁴.

²¹³ Esto cobra particular relevancia en los crímenes de guerra dado que muchos de los ataques sexuales se concibieron como una manera de someter al enemigo o a la población civil, así los ataques más que ser ejecutados con ánimo lascivo, son ejecutados como un medio para alcanzar otros fines trazados por el agente. Véase *supra* 2.2.9. Pág. 95.

²¹⁴ Así, se ha expresado en términos de la óptica de política criminal y los conceptos de bienes jurídicos protegido que cautelan este acto, así se ha variado del orden moral sexual (o el recto ejercicio de éste) según la moral cristiana, la libertad sexual, la indemnidad sexual (aplicado a los menores de edad y las personas con capacidades intelectuales disminuidas), y la autodeterminación sexual, según el modelo

Este proyecto recoge estos ataques de forma indirecta, a través de la técnica de las remisiones. Los artículos remiten a los crímenes de lesa humanidad regulados por esta ley en el Artículo 5, tal como lo hace el tratado romano con los delitos del Artículo 7, dice el Artículo 20 en su inciso primero.

Estas figuras no se encontraban presentes en el proyecto de ley de 2004. Sí se encontraban como crímenes de lesa humanidad, pero no en el contexto de un conflicto armado, por lo que su inclusión es un completo avance, a fin de evitar que atentados graves en contra de la dignidad de las personas queden impunes. Están presentes en los artículos 20 inciso primero y 22 de la ley en relación a los Artículos 5º y 8º.

Artículo 20 inc. 1.- Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que cometiere cualquiera de los actos descritos en los numerales 1º al 6º y 8º y 9º del artículo 5º.

A nosotros nos interesan particularmente los números 3,4,5,8 y 9²¹⁵, que recogen las figuras de violación, embarazo forzado, prostitución forzada, aborto y esterilización forzada. En este caso las penas son idénticas a las del Artículo 5, con la salvedad de que estos hechos deben ser cometidos en el contexto de un conflicto armado, en

teórico que se siga el tipo de actos que son penados Este prisma se expone en las reformas que ha sufrido el Código Penal, y que en tiempos recientes (últimos 10 años) cuenta con tres reformas de relevancia (la ley 19.617, 19.927 y 20.074). BASCUÑAN Rodríguez, Antonio, Problemas básicos de los Delitos sexuales, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Agosto 1997, [en línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000100010&lng=es&nrm=iso {fecha de consulta; 22 de febrero 2010}.

²¹⁵ Artículo 5º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:

3º. No hallándose comprendido en el numeral anterior, privare a otro de su capacidad de reproducción biológica, siempre que la conducta no se encontrare justificada por un tratamiento médico o el consentimiento de la víctima;

4º. Constriñere mediante violencia o amenaza a una mujer a practicarse un aborto o a permitir que le sea practicado;

5º. Causare el embarazo de una mujer, constriñéndola mediante violencia o amenaza a permitir el uso de algún medio para tal efecto, distinto a alguno de los señalados en el inciso siguiente;

8º. Violare a una persona en los términos de los artículos 361 y 362 del Código Penal o abusare sexualmente de ella en los términos del artículo 365 bis del mismo Código, o

9º. Forzare a otro a prostituirse, sirviéndose para ello de violencia o amenaza.

contra de cualquier persona, no sólo persona protegida, lo que amplía el marco de protección.

La primera figura consagrada en esta ley es la esterilización forzada. Sobre ésta se recogen los elementos que al efecto ha señalado el tratado romano, esto es que se prive a una persona de su capacidad de reproducción biológica sin que se encuentre justificada por un tratamiento médico, debidamente acreditado por el personal de salud idóneo (médicos ginecólogos, urólogos u obstetras).

A diferencia de la norma internacional, en donde junto con la intencionalidad de la conducta se exigen como elementos copulativos tanto la falta de consentimiento de la víctima como la ausencia de un tratamiento médico, en el caso de nuestra ley nacional estos elementos se presentan de forma disyuntiva. Esto podría provocar situaciones de antijuridicidad de las conductas, llevándolas a la impunidad, en particular en lo relativo al consentimiento de la víctima, que puede llevar a equívocos o impunidades al expresarse que sí hubo consentimiento por parte de esta. Por ello es relevante trabajar la formación del consentimiento al momentos se someterse a estos tratamientos.

Este delito, que es de resultado, no se encuentra tipificado para la legislación común, por lo que se deben tomar como antecedentes lo relativo a este delito en el Estatuto de la TPI y sus elementos de los crímenes, por lo que nos remitimos a ella. Lo más cercano que tenemos en nuestro sistema es el delito de castración, que se encuentra regulado en el Artículo 395 del Código Penal. Figura que halla dos límites: el primero, es la extracción de un órgano (fundamentalmente pensado en el miembro masculino o sus gónadas), por lo que quedarían excluidas las mujeres; el segundo es que abarca solamente la extracción del órgano, pero no otros procedimientos que no implican extracción ,y son conducentes al mismo, fin como la implantación de barreras en el organismo, tratamientos químicos etc.

El segundo límite está referido a la calidad de los sujetos que intervienen en el acto no existe una calidad especial tanto del sujeto activo como pasivo, en el sentido de que deban ser personas protegidas, por lo que es amplio los criterios de su aplicación.

No debemos olvidar que por la característica de delito de resultado, se debe enfatizar, que debe existir una relación clara entre la conducta buscada o provocada por el agente y su resultado, sin perjuicio, por supuesto, de la sanción a las otras etapas de ejecución del delito.

En síntesis, los elementos tomados por la norma internacional son reproducidos casi sin diferencias por el legislador nacional, por lo que las objeciones planteadas a estos delitos a nivel internacional son plenamente aplicables a este crimen.

La segunda de las figuras referidas en este artículo es el aborto forzado. Este ilícito es una completa novedad, pues no estaba presente ni en el proyecto de 2004 ni a nivel internacional, pues no está explicitado ni en los Convenios de Ginebra ni en la jurisprudencia aplicable a los crímenes de guerra. Sólo se le podría encontrar como crimen de lesa humanidad bajo la figura de otro abuso sexual de gravedad comparable. [Artículo 7.1 g)], o en los atentados al pudor del Artículo 28 del IV Convenio.

Las razones de su inclusión, a pesar de no existir constancia en la historia de la ley, es patente, dado que en nuestra legislación todas las clases de aborto se encuentran tipificadas como delito²¹⁶. Por lo mismo, y *a fortiori*, debían estas figuras ser penalizadas, pues nos podíamos encontrar con el absurdo de que en tiempos de paz el

²¹⁶ La última de las figuras, el aborto motivado por razones terapéuticas, que fue eliminado por ley nº 18826 de 1989.

aborto fuera un delito, y cometidos en el contexto de un conflicto armado, este ilícito no sería castigado por falta de tipicidad²¹⁷.

Como noción general, debemos advertir que el delito de aborto tiende a proteger al feto²¹⁸ que se encuentra en el claustro materno, y que el bien jurídico protegido es la vida dependiente, que encuentra protección constitucional en nuestro medio desde la concepción (Artículo 19 n°1 Constitución Política), dado que desde ese momento la persona adquiere derechos que deben ser protegidos por las personas y por el conjunto del sistema jurídico. En el fondo el delito de aborto es dar muerte al feto. Se puede cometer el delito mientras tenga la calidad de tal, que es desde la concepción hasta su muerte o la autonomía de vida, esto es, hasta haber sido separado del vientre de su madre y haber subsistido al menos durante un instante. Para cometer este delito basta que el hechor sepa que la mujer está embarazada, aunque su estado no sea notorio.

En este caso el crimen, que se debe cometer en el contexto de un conflicto armado, está compuesto de dos actos.

El primero de ellos supone que el sujeto activo obliga a la mujer, único sujeto pasivo de este delito por razones obvias, a practicarse un aborto mediante el uso de fuerza, tanto física como moral, a través de la violencia y la amenaza (tomado como intimidación o coacción con un mal futuro)²¹⁹. En este delito los bienes jurídicos vulnerados son dos: por un lado la vida del feto que está por nacer, y por otro la

²¹⁷ Por ser ajeno a los objetivos de este trabajo, no entraremos a debatir acerca de la despenalización del aborto ni de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, una vez resueltas esas cuestiones se puede abrir un debate respecto a la reformulación de este delito.

²¹⁸ Aunque la definición del sujeto pasivo de este delito pues ETCHEBERRY considera que este es el producto del embarazo pues si se llamara feto carecería de protección en su fase de expulsión del claustro materno. ETCHEBERRY O, Alfredo; Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, Volumen 3 Pág. 90.

²¹⁹ Queda en la nebulosa el caso en donde simplemente se prescinde de la voluntad de la mujer cuando se obtiene su consentimiento bajo engaño o se le hace consumir ciertas sustancias para un presunto tratamiento médico entre otras argucias cometidas por terceros, pues ellas no entran dentro del concepto de amenaza o violencia y la finalidad esperada es el aborto, pudiendo quedar figuras sin sanción.

libertad sexual de la mujer, en términos de decidir llevar a término su preñez. Este es un delito comisivo, de resultado y doloso por parte del agente.

El segundo acto consiste en permitir que a una mujer se le practique un aborto. Este es un delito de características omisivas, pues el sujeto activo conoce de la preñez de la mujer, y de que ésta o un tercero pondrán fin a su embarazo (por razones fundamentalmente médicas), y decide no impedirlo, o bien debiendo tener conocimiento de ello, no toma los cuidados necesarios. Este delito por sus características es un delito de resultado, por cuanto debe ocurrir el hecho para estar en presencia de este acto. Al igual que el delito anterior, el dolo es directo, pues debe existir intencionalidad del agente en cuanto a permitir estos hechos y terminar el desarrollo del producto de un embarazo. En el fondo incumple el deber especial de cuidado que le corresponde por su posición con la mujer. En esta figura se contempla incluso el dolo eventual, mientras que en la primera figura sólo el dolo directo.

A diferencia de la legislación común, en el contexto de un conflicto armado, aquí quien practica el aborto es la mujer embarazada, y no se contempla que sea cometido directamente por un tercero o por facultativo, motivada por la violencia o la fuerza que cometen los terceros, por lo que la mujer actúa sin voluntad alguna (primera figura)²²⁰. La segunda figura no es tomada de la legislación común, dado que en ésta existe un deber de cuidado, salvaguardar la vida del feto y preservar la salud de la madre, que se incumple al permitir que la mujer sea amenazada a cometerse uno o a no impedir que este hecho se cometa. Particular relevancia cobrará en estas circunstancias aquellos que tengan puesto de mando, sea en campos de prisioneros como aquellos que estén al mando de lugares de alojamiento, de internados o de plazas ocupadas.

Finalmente, en este delito debemos observar que debe existir una intencionalidad en el resultado, que en forma similar a los casos de embarazo forzado, tiene que ver

²²⁰ Quedaría eximida de responsabilidad, por lo menos en el contexto de un conflicto armado el aborto cometido intencionalmente por la mujer, pues se configuraría un especial estado de necesidad.

con minar la voluntad del enemigo, así como tomar estos actos como trofeos de guerra. Puede existir concurso de delitos con mutilaciones, privación de la capacidad reproductiva o incluso la muerte de la mujer.

La tercera de las figuras dice relación con el delito internacional de embarazo forzado, que no se encontraba hasta la dictación de esta ley regulado en cuerpo legal alguno, por lo que constituye su inclusión un avance legislativo significativo. En el proyecto de 2004 esta figura estaba presente como crimen de lesa humanidad, pero no estaba tipificada en el contexto de un conflicto armado. Respecto a que debemos entender por embarazo forzado, debemos consignar algunas apreciaciones.

En primer lugar, en el proyecto de 2004 no se hacía mención alguna a que se entendía por embarazo forzado, por lo que el intérprete debía recurrir a la definición contenida en el Art. 7.2.f) del Estatuto de la TPI²²¹. Pero en el caso de la ley actualmente vigente se deben hacer ciertas prevenciones.

Una de ellas, es que el propio legislador es el que se distingue si el embarazo fue producto de una violación o un abuso sexual por parte del sujeto activo, en donde la pena es mucho más gravosa que si se logra por cualquier otro medio. En este sentido el embarazo se entiende que siempre debe ser producto de un crimen en contra de la libertad sexual de una mujer, y a ésta se le constriñe bajo cualquier medio (sea confinándola o por otra acción) para que llegue a término el estado de gravidez. En la norma internacional sólo se contempla el confinamiento como forma de coacción hacia la mujer.

Sobre los elementos tanto objetivos como subjetivos de este ilícito, no difieren sustancialmente con la norma internacional, por lo que nos remitimos a ella. Debemos eso si notar que en Chile, al no existir normas que permitan la interrupción del embarazo, se exige que todos los embarazos lleguen a término, por lo que este delito,

²²¹ Véase *Supra*. Pág. 99.

más que perseguir que una mujer sea obligada a “continuar” con su estado de gravidez, es sea obligada a quedar encinta a través de la violencia o la amenaza, pues una vez logrado su objetivo el embarazo debe subsistir hasta el final, sea en un parto o no, por lo que este delito es plenamente uno de resultado.

Se pueden presentar semejanzas respecto del crimen reseñado anteriormente, el aborto forzado, pues nos encontramos en ambos con que la mujer actúa sin voluntad alguna. Para conseguir el fin deseado por el agente, quien en los casos calificados también la ataca sexualmente, al igual que en el caso anterior, se puede producir un concurso de delitos con el homicidio o lesiones que eventualmente sufra la mujer durante el proceso, y que el sujeto pasivo del delito es indiferente, por lo que no requiere una calidad especial de persona protegida.

La cuarta de las figuras que se tratan en este título es la violación. Este delito, pese a sus tradicionales connotaciones, como forma de actuación en el marco de un conflicto armado para atacar a la población civil para amedrentar al enemigo, se encontraba ya regulado desde los Convenios de Ginebra, pero que no fue incluido por el Código de Justicia Militar como infracción al DIH, con todos los efectos que ello significa. Si este delito acontecía, debía remitirse a la figura del delito común de violación.

En el proyecto de ley de 2004 la violación, al igual que otras agresiones sexuales, no fue recogida como crimen de guerra, sino como crímenes de lesa humanidad y como genocidio. Hay que hacer mención que ya en ellas se utilizó -y luego sería replicado por la actual ley- directamente las normas del Código Penal, reguladas en el Título VII del Libro II, Artículo 361 y siguientes.

Sólo en la actual ley se contempló la figura de la violación, y se presenta tanto como delito autónomo como agravante de la pena cuando se comete para otros delitos, como lo es el embarazo forzado. Al igual que en los crímenes de lesa humanidad,

existe una remisión a tres artículos, el 361, 362 (violación) y 365 bis (abuso sexual). El tratamiento se hará en el mismo orden que aparece expresado en la ley²²².

La primera de las figuras es la violación que remite al Art. 361 del Código Penal, que sanciona con las penas que se indica a quien acceda carnalmente a otro por vía oral, anal o vaginal, y el sujeto pasivo sea una persona mayor de 14 años. Al respecto conviene hacer algunas precisiones.

Una de ellas es que el acceso carnal es tomado por el legislador como la introducción del pene u órgano sexual masculino por el ano, boca o vagina de una mujer, y si el sujeto pasivo es varón por el ano o boca de éste. Se ha sostenido que este es un delito de propia mano, pues el autor material de este siempre será un hombre. Sin embargo, si se analizan las normas de coautoría y de autoría mediata, es posible afirmar, siguiendo las reglas generales, que el sujeto activo del ilícito puede ser una mujer²²³.

Así el verbo rector es el “acceder”, y de acuerdo a lo que ha planteado la jurisprudencia de larga data, el principio de ejecución del delito no necesariamente debe terminar en la cópula o la eyaculación del miembro viril, basta con el intento de introducir el pene en las zonas ya mencionadas y la pérdida de la libertad sexual por parte del sujeto pasivo²²⁴.

La conducta típica de la violación concurre con ciertas circunstancias especiales que son;

1. La fuerza o intimidación, que es la expresión de la *vis absoluta* (fuerza física) o *vis compulsiva* (amenazas en caso de no cumplir lo que se le exige) hacia la víctima

²²² Bibliografía de rigor; GARRIDO MONTT, Mario Derecho Penal, de. Jurídica de Chile, Volumen 3 Santiago 2001, BULLEMORE, Vivian y MCKINNON John, Ob. Cit., Volumen 3 Pág. 142 y ss.

²²³ BULLEMORE, Vivian y MCKINNON John Ob. Cit., Pág. 148.

²²⁴ Corte Suprema, Fallo de 11 de junio de 1997 [en línea], y BULLEMORE, Vivian - MCKINNON John Ídem.

2. Encontrarse la víctima privada de sentido o cuando se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia. En la primera hipótesis es cuando la persona se encuentra privada de conciencia, en la segunda cuando una persona no puede resistir a la agresión por limitaciones físicas y el sujeto activo utiliza aquella situación.

3. Abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima. La doctrina lo ha entendido como la existencia de cualquier enfermedad psiquiátrica, de carácter relevante y permanente, que impida a la persona prestar un consentimiento válido para realizar el acto sexual²²⁵.

Este es un delito calificado como de simple actividad, pues habiendo penetración se ha producido el resultado, por lo que no es necesario probar la relación causal. Además, este delito requiere de dolo directo, pues el sujeto activo debe aprovecharse o abusar de ciertas situaciones. Así ha sido reconocido, rechazando de plano la existencia de culpa e incluso se cuestiona el dolo eventual.

La segunda de las figuras es el acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal a un menor de 14 años, contemplado en el artículo 362 del Código Penal.

Este delito, que contempla penas más severas, no se diferencia mayormente del anterior en cuanto al tipo objetivo (sujeto activo y verbo rector) y al tipo subjetivo (dolo directo, ausencia total de culpa), pero presenta diferencias en cuanto al sujeto pasivo, pues debe ser una persona menor de 14 años, y al no tener que concurrir las circunstancias anteriores de comisión, cuando en un acto sexual participe un menor de 14 años, siempre será violación²²⁶. Las penas son más severas debido a la intención del legislador de proteger a la infancia de abusos.

²²⁵ Bullemore sostiene que esta es una situación que deberá ser en definitiva ponderada por el juez, a juicio del autor todo acto sexual en que participe una persona con estas características es siempre abusivo pues carecen de capacidad de consentir válidamente.

²²⁶ La edad del sujeto pasivo corresponde más bien a una voluntad del legislador que a un criterio científico pues se considera que una persona de corta edad carece de libertad sexual alguna. BULLEMORE, Vivian y MCKINNON John, Ob. Cit., Pág. 151. Por lo mismo Por último existe en este delito una complejidad en cuanto al error del tipo, en particular a la edad del sujeto pasivo por lo que según el caso nos podemos encontrar con un acto atípico o con un acto derechamente impune.

La tercera de las figuras corresponde a lo que se denomina como abuso sexual agravado, castigado en el Artículo 365 bis del Código Penal, y que establece que será castigado quien introdujere objetos de cualquier índole por vía oral, anal o vaginal o usare animales. Serán castigados con las penas que se indican. Al respecto conviene aclarar ciertos puntos.

El primero de ellos es que la estructura del ilícito tiene grandes semejanzas con la violación, como es el elemento subjetivo de este delito (dolo directo y ausencia de culpa) o el sujeto pasivo de la conducta. En segundo lugar, en cuanto al tipo objetivo, supone que el acto de penetración (que es lo que consume el delito) debe ser de una entidad comparable a la del pene²²⁷ siendo un delito con medios legalmente determinados.

En ese plano, el aspecto que generó más debate era si se podía incluir dentro del concepto “objetos” otras partes del cuerpo humano distintas al pene, como una mano o un dedo. Al respecto, durante la tramitación de la ley que reformó el Código Penal, se consideró que debían ser incorporados estos órganos dentro del concepto de objeto, dejándolo claro en la redacción “de cualquier índole”. Esta interpretación ha sido recogida en jurisprudencia reciente²²⁸.

²²⁷ A juicio de algunos autores, este artículo refleja una pésima técnica legislativa pues dada la característica de la conducta, remisión expresa a otros artículos, modalidades típicas y valoración de la conducta la acerca a una figura impropia de violación o estupro, FERNANDEZ CRUZ, José Ángel “Los Delitos de Violación y Estupro del Artículo 365 bis del Código Penal: Una racionalización desde el mandato de la *Lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos y otras partes del cuerpo”, *Jus et Praxis* nº 13 (2), 2007, [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200006&script=sci_arttext&tlng=es {fecha de consulta: 26 de enero de 2010}.

²²⁸ En un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de 22 de Diciembre de 2008 se recoge la concepción puesta en la tramitación de la ley, con lo que un dedo puede ser interpretado como objeto usado para penetrar alguna de las cavidades ya mencionadas. Hay que considerar que la introducción de cualquier objeto debe ser de significación sexual y de relevancia. A su vez hay una crítica al legislador respecto a que se dejó sin castigar como abuso sexual agravado uno de los más comunes abusos sexuales agravados como la introducción de los dedos de la mano en el ano o vagina de la víctima o al menos haber aclarado si estos actos eran una modalidad comisiva de este delito FERNANDEZ CRUZ, José Ángel, Ob. Cit.

El segundo es que la autoría directa o inmediata, a diferencia de los tipos anteriores, puede ser de una mujer por cuanto es quien materialmente realiza la penetración.

Finalmente hay una circunstancia intermedia, que es el caso en que interviene como sujeto pasivo un menor de edad pero mayor de 14 años, en las que se penaliza el abuso si se comete con circunstancias similares a cuando se comete el delito de estupro, que son *grosso modo*:

- El abuso de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima, que no sea constitutiva de enajenación o trastorno (como el caso de una intoxicación con drogas) [Art. 363 nº1];
- El abuso de una relación de dependencia con la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado o tiene con ella una relación laboral [Art. 363 nº2];
- El abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima. Es difusa esta circunstancia, pues no es claro si se refiere a un desamparo socio-económico o emotivo, y la entidad de ese desamparo queda a criterio judicial [Art. 363 nº3]²²⁹;
- El engaño a la víctima, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual, también cuestión de hecho resuelta a nivel judicial [Art. 363 nº4] .

Respecto a las calidades de comisión del delito, no es necesario hacer mayores comentarios, por haber sido expuestas precedentemente, a propósito de la violación, sea de un mayor o menor de 14 años.

La cuarta de las figuras dice relación con la prostitución forzada. Este delito es una incorporación completa de esta ley, pues no estaba presente en el proyecto de ley de 2004. Este crimen recoge la influencia de los tribunales internacionales (tanto de la TPIY como de la TPIR), que trataron este crimen tanto como crimen de lesa humanidad como crimen de guerra, y las propias normas insertas expresamente en el Estatuto de Roma.

²²⁹ BULLEMORE, Vivian y MCKINNON John, Ob. Cit., Pág. 155.

A nivel interno, la prostitución forzada no se encuentra regulada, salvo lo relativo a la promoción o la facilitación de la prostitución infantil. El tipo señala que quien promoviere (instigare la prostitución), o facilitare (cooperar con otro en su idea de dedicarse a la ella) la prostitución, para satisfacer los deseos de otro, será condenado a las penas que se indican. Este delito contempla circunstancias que aumentan la penalidad, que son la habitualidad, el abuso de autoridad o confianza o el engaño.

Respecto a personas mayores de edad no hay regulación, salvo en lo referente a la trata de personas (promoción de entrada o salida de personas del territorio nacional para que ejerzan la prostitución), pues se considera que quienes ejercen la prostitución hacen uso libremente de su autonomía y libertad sexual, por lo que las conductas relativas a la prostitución con adultos (a excepción de los delitos en donde se atenta la libertad sexual del o la prostituta, como la violación y otros) son atípicas.

Respecto al delito que nos convoca, y sus circunstancias de comisión en el contexto de un conflicto armado, no estaba penado ni en el Código de Justicia Militar ni en leyes posteriores, por lo que sigue plenamente las disposiciones que al efecto han dispuesto los instrumentos internacionales. Los elementos del tipo, tanto objetivos como subjetivos, y las circunstancias de comisión de este delito, son idénticas a las explicadas precedentemente, por lo que no es necesario explicarlas acá.

Como último apunte debemos decir que como en todo el articulado, en este delito no se distingue entre persona protegida, ni su edad, ni sexo. Además este delito debe ser cometido con violencia (vis absoluta) o amenaza (vis compulsiva), que inhiba completamente la voluntad del sujeto pasivo, para cumplir la voluntad del agente.

Artículo 22.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que cometiere contra una persona protegida cualquiera de los actos descritos en los numerales del artículo 8°.

En este punto nos interesa particularmente el numeral tercero del Artículo 8º, que recoge dos figuras diferentes, que son el delito de abuso sexual y el delito de estupro²³⁰. Los otros puntos serán analizados en los puntos respectivos.

Respecto al primero de los delitos, el abuso sexual es un delito que no está tipificado expresamente en la normativa internacional. Sin embargo se puede llegar a ella como abuso de gravedad comparable. Al igual que los otros delitos sexuales, estos son remitidos por parte de los crímenes de guerra a los crímenes de lesa humanidad. El proyecto de ley de 2004 sólo contemplaba el abuso sexual a menores de 14 años (artículo 366 bis), pero con las negociaciones que desembocaron en la actual ley se amplió a los mayores de esa edad, influenciado también con las reformas legislativas realizadas a esta clase de delitos (Ley 19927 de 14 de Enero de 2004).

El abuso sexual ha sido entendido por el legislador como la realización de una acción sexual distinta al acceso carnal. El Art. 366 ter lo ha entendido como cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella. Esta es una definición poco precisa, pues no hay mayor idea de que acto de significación de sexual estamos hablando, y cual relevancia que debe tener, lo que queda irremisiblemente al criterio judicial²³¹. Éste es claramente un tipo penal abierto. Se ha argumentado que, en términos simples cabe dentro de las

²³⁰ Artículo 8º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:

3º. Abusare sexualmente de otro, en los términos señalados en los artículos 366 o 366 bis del Código Penal, en relación al artículo 366 ter del mismo o accediere carnalmente a una persona menor de edad, pero mayor de catorce años, en los términos del artículo 363 del mismo Código.

²³¹ A juicio del Profesor Bullemore, se ha hecho un esfuerzo innecesario e infructuoso de definir algo que debe ser resuelto caso a caso, por lo que lo relevante es que el juez aplique de forma certera y criteriosa la norma a fin de evitar injusticia. BULLEMORE, Vivian y MCKINNON John, Ob. Cit., Pág. 158.

figura de abuso sexual cae todo acto de significación sexual y de relevancia que no pueda entrar en el tipo de la violación²³².

Respecto al contacto corporal con la víctima, hay que distinguir entre el autor mediato y el autor material. En el caso del primero no hay inconveniente en que no haya contacto corporal, pues es de la esencia de esta autoría la ausencia de contacto directo. En el caso de la autoría material, en el caso de falta de contacto directo, éste debería ser con algún objeto distinto al propio cuerpo manejado por éste, como un palo. En todo caso ha sido criticada esta precisión por enredar el concepto, lo que deja lugar a muchas interpretaciones²³³. Además esta redacción empeora lo que estaba anteriormente prescrito (la figura de los abusos deshonestos), que explicaba de mejor manera que el uso de objetos era constitutivo de abuso. Además es restrictivo, pues lo reduce al ano, boca y vagina de la víctima, dejando atípicas tocaciones en otras zonas erógenas, como los senos²³⁴.

Este delito, para su comisión, requiere de dolo directo. Se reconoce la posibilidad de cometerlo con dolo eventual, pero bajo ninguna circunstancia puede ser cometido con culpa.

Se distinguen los casos en que el sujeto pasivo es mayor de 14 años, caso en el cual el abuso debe ser cometido bajo alguna de las circunstancias presentes en el delito de violación del Art. 361. En el caso de las personas con edades entre 14 y 18

²³² Como sería el caso de las relaciones homosexuales femeninas, en que concurran los elementos propios de la violación. Respecto al acto de connotación sexual y de relevancia, no es un concepto mensurable y no hay posiciones unívocas en la doctrina que los distingue entre aquellos actos que sirven para la excitación del deseo sexual, de acuerdo a una cultura determinada, con sus propias valoraciones (postura objetiva) y aquellos que van al ánimo libidinoso del hechor (postura subjetiva) o una posición ecléctica, que sería la presente tras las modificaciones de la ley 19.617, y sus efectos en el cuerpo de la víctima. RAMIREZ, María Cecilia "Delitos de Abuso Sexual: actos de significación sexual y de relevancia" Política Criminal nº3, 2007 A4 [en línea] <http://www.politicacriminal.cl/n_03/A_4_3.pdf> {fecha de consulta 10 de febrero de 2010}.

²³³ Por ejemplo entre los actos que pueden entrar están las tocaciones o frotaciones en dichas zonas, sin que el cuerpo necesariamente esté desnudo, o bien masturbarse en el cuerpo del sujeto pasivo o viceversa, RAMIREZ, María Cecilia Ob. Cit.

²³⁴ BULLEMORE, Vivian y MCKINNON John, Ob. Cit., Pág. 159.

años, bajo algunas de las circunstancias previstas para el delito de estupro, ya explicadas para el abuso sexual agravado. En el caso de los menores de 14 años, se trata de cualquier acto sin que sea preciso que concurren circunstancias especiales como el abuso, pues se entiende del espíritu de la ley que toda conducta de esta clase es abusiva con menores de 14 años.

Finalmente, la última de las figuras que esta ley contempla es el delito de estupro, que es el acceso carnal de un menor de edad, entre los 14 y los 18 años, cumpliendo algunas de las circunstancias expresadas en el Artículo 363, y que ya fueron explicados en el caso del delito de abuso sexual agravado del número 3 del Art. 365 bis. Al respecto conviene remitirse a lo ya explicado en razón de ese delito.

Dado que tanto el bien jurídico protegido como el sujeto activo, al igual que la forma de comisión del delito, son idénticos a la violación, no es conveniente repetirlos. Respecto a los elementos subjetivos del tipo, a diferencia de la violación, donde puede ser aceptada bajo ciertos supuestos el dolo eventual, en el estupro es rechazado de plano. Esto es confirmado por el verbo rector abusar, presente en las figuras de este delito, que demuestra que el tipo exige ser cometido con dolo directo.

En un panorama al tratamiento de los delitos sexuales en la ley 20.357, debemos señalar que estamos en presencia de una nacionalización de los tipos penales, pues se recoge lo tratado a nivel universal, pero lo hace bajo los criterios actualmente vigentes en el derecho común, así se puede explicar las remisiones en delitos como la violación o el abuso sexual (en cualquiera de sus formas) o la diferencia en la penalidad en razón del sujeto pasivo de la conducta, o penalizando conductas internas como en el caso de aborto forzado o los elementos de la esterilización.

A nivel de creación lo que al respecto han dictaminado los tribunales internacionales principalmente, sino las categorías propias a cada una de las infracciones, por lo que al momento de aplicarlas en un caso concreto, los operadores tendrán en cuenta lo que

ya se ha fallado al respecto a nivel común, siendo ese el estándar con el que se va a medir los hechos y su eventual penalidad.

Ciertamente, estamos frente a un gran avance en términos de delitos sexuales, aunque no debemos olvidar que estas infracciones son *numerus clausus*, por lo que otras figuras cometidas como infracción al DIH, en la actual arquitectura legal son atípicas y no castigables.

3.2.3. Toma de Rehenes

Este delito es uno de los más comunes en el marco de un conflicto armado internacional o interno, y se comete contra todo tipo de persona, sea esta protegida o no. Este delito se encuentra regulado desde antiguo a nivel universal, y en el presente tienen expresión como infracción al DIH en los Convenios de Ginebra, y a nivel general en la Convención de Naciones Unidas contra la Toma de Rehenes de 1979, pese a que no ha sido ratificada por Chile.

Este crimen es un atentado a la libertad personal de la víctima²³⁵. No sólo en contra de su libertad de desplazamiento, sino también en contra de su propia vida e integridad personal, ya que estas son amenazadas en caso de que no se cumplan las exigencias de sus captores, por lo que merece un fuerte juicio de reproche y su penalización.

En nuestro medio la toma de rehenes ha sido uno de los ilícitos que más repercusiones ha tenido, siendo en las violaciones a los derechos humanos cometidos durante el Régimen Militar uno de los actos más cometidos, como parte de la desaparición forzada de personas opositoras al régimen. Pese a ello este delito no estaba presente ni en el Código de Justicia Militar ni en Código Penal en el contexto de

²³⁵ La libertad personal se entiende en la doctrina penal como “el derecho de los individuos de desplazarse de un lugar a otro o de permanecer en un lugar determinado. No es necesario que la privación sea absoluta o que el lugar de encierro sea público o privado” POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007 Pág. 201.

un conflicto armado, y hubo que recurrir a creaciones o interpretaciones jurisprudenciales.

En este sentido, la figura más relevante es la aplicación por los tribunales superiores de justicia, del carácter de ejecución permanente del delito, esto es que la privación de libertad hace consumir el delito pero la figura se prolonga debido a que o la persona no era puesta en libertad o no aparecía el cuerpo del delito al desconocerse el paradero de las víctimas, así no opera respecto de ellos la prescripción de la acción penal ni la ley de amnistía (DL 2121 de 1978), creando así el margen de castigo a los responsables de estos delitos bajo la figura de secuestro calificado.

Este delito, penado en el artículo 141 del Código Penal, establecía calificantes que eran el tiempo que había transcurrido la persona privada de libertad (más de 15 días o 90 días según el período de la infracción), grave daño a la persona o sus intereses que se expresaba además por la comisión de otros delitos como homicidio, violación, entre otros.

A mayor abundamiento en fallos recientes de la Corte Suprema, se ha reforzado esta línea de interpretación, separándose del delito de detenciones ilegales - pese a que los agentes que los ejecutaban eran agentes del Estado- dado que estos se separan de sus funciones que la ley autoriza expresamente ejecutar, no quedan catalogados dentro de el tipo objetivo de detenciones ilegales (cuyo sujeto activo debe ser un funcionario público), siendo sujetos activos del crimen de secuestro, que presenta una pena más elevada para sus autores.

Como lo explicamos en otra parte de esta obra, fue en esta clase de ilícitos los que marcaron la aplicación de los Convenios de Ginebra en nuestro derecho interno, al señalar al Estado como firmante de los mismos el deber de sancionar las infracciones graves a los mismos, (artículos 146 y 147 IV Convenio) e hicieron que avanzara la represión a los graves actos cometidos durante la dictadura militar, pese a que no estaba expresamente legislado como infracción al DIH en el derecho interno.

Por ello es que su inclusión en los proyectos de ley que regulaban los crímenes de guerra constituyó un verdadero avance. En el proyecto de ley de 2004 se incluye la toma de rehenes como un crimen de guerra [Art. 161 E a)]²³⁶, utilizando el legislador la definición de la Convención de la ONU de 1979²³⁷. En las negociaciones que dieron como fruto la actual ley, la toma de rehenes y los atentados a la libertad personal fueron tomados en dos artículos distintos: el inciso segundo del Artículo. 20 y el número 2 del Artículo 32. A saber:

Artículo 20 inciso segundo.- Con la misma pena será castigado el que tomare rehén a una persona, imponiendo condiciones a otro, a cambio de liberarlo o bajo amenaza de matarlo, o de ponerlo en grave peligro para su vida o integridad personal, o de trasladarlo a un lugar lejano o de irrogarle cualquier otro daño grave a su persona.

Artículo 32.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que:

2°. Sin derecho, detuviere o mantuviere privada de libertad a una persona protegida

Ambas expresiones tratan, a nuestro juicio, de figuras que el legislador ha dividido según el tradicional tratamiento de los atentados en contra de la libertad personal. Así el primero de ellos recoge la figura del secuestro agravado por una intencionalidad trascendente, regulado en el derecho penal común, y por otro lado reúne la figura ordinaria del secuestro con el delito de detención ilegal o arbitraria, regulado por los artículos 143 y 148 del Código Penal.

La primera de las figuras sostiene que será castigado el que tome de rehén a una persona. Esta es una figura amplia, pues comprende el aprehender a una persona, para privarla de su libertad (internándola en una cárcel u otro recinto), o bien el eliminar a esa persona su libertad de movimientos al mantenerla en un lugar determinado (incluso su propio domicilio). Hay que considerar que en estas figuras es relevante la

²³⁶ Capturar, detener o mantener a una persona protegida, amenazando con matarla, hierla o mantenerla detenida con el objeto de obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actúen o se abstengan de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona.

²³⁷ Véase *supra*. Nota 131.

falta de voluntad del sujeto pasivo, pues si es con su aquiescencia el hecho es atípico. Este es un atentado a la libertad personal, es un delito de lesión y no de resultado, y es permanente, pues su ejecución se extiende por todo el periodo en que la persona se encuentra privada de libertad.

Lo que hace distintivo a este delito es que el sujeto activo, que puede ser cualquier persona, a diferencia de la ley común donde sólo puede ser un particular, retiene al sujeto pasivo, que a diferencia de la ley común no se refiere a la edad de éste, por un periodo de tiempo indeterminado, a fin de exigir a un tercero determinadas exigencias. Este tercero, que no está especificado en la ley, pero cuya interpretación sistemática con los instrumentos internacionales nos lleva a la conclusión que puede ser cualquiera de los entes mencionados en el tratado de 1979 (Estado, Organizaciones internacionales, personas naturales o jurídicas), comete el delito a fin de imponer condiciones de cualquier índole. Esto que lo convierte en un elemento abierto puesto que puede tratarse de una acción o una omisión, o incluso por un tratamiento especial en el desarrollo del conflicto, como la obtención de decisiones. En este caso el delito apunta a la lesión de otros bienes jurídicos, como el derecho de propiedad cuando estamos en presencia de un rescate (secuestro extorsivo) o la seguridad del Estado, cuando nos referimos a circunstancias del conflicto.

En el caso de las amenazas que sufre la persona, el tipo es abierto, pues a diferencia de la norma de 2004 que sólo habla de matarla, hierirla o mantenerla en cautiverio, la figura se amplía a la del traslado a otro lugar (debe ser lejano, lo que será determinado a nivel judicial, tomando como base el lugar donde esa persona reside) y de cualquier otro daño grave, lo que da pie a pensar en actos como la violación, entre otros. Dado que no existe una agravante especial en caso de la comisión de delitos durante el cautiverio, debemos remitirnos a las reglas comunes de concursos del Código Penal, a objeto de fijar la pena aplicable.

No hay que olvidar que por las características propias de este delito, sólo puede ser cometido con dolo directo, excluyéndose incluso el dolo eventual y la culpa, dado que

dentro de los objetivos del secuestrador al cometer el acto el obtener algo de ese tercero.

La segunda figura presenta la conducta de encerrar o mantener privado de libertad sin derecho a otro. Debemos entender que la detención es una inmovilización o aprehensión de la víctima, acompañada de la prohibición de movimiento, en contra de la voluntad del sujeto pasivo²³⁸.

Este tipo presenta un elemento normativo, cual es “el que sin derecho”, pues el elemento considera que puede haber supresión a la libertad individual cuando la ley ha autorizado al agente a hacerlo, como la policía en virtud de un mandato judicial o por mandato legal, como el caso de flagrancia o facultades como las sanitarias en casos de cuarentena. Si ocurre fuera de esos márgenes, estamos en presencia de esta figura²³⁹.

En esta redacción el sujeto activo es indeterminado, zanjando el debate respecto a si los funcionarios públicos podían o no secuestrar²⁴⁰. También comete delito quien proporciona el lugar para la ejecución del delito, aunque se discute el carácter de la participación de ese agente²⁴¹.

El sujeto pasivo de este delito debe ser cualquier persona, mientras se trate de las protegidas del artículo 18, independientemente de su edad. Incluso puede tratarse de

²³⁸ Mientras que el mantener a una persona detenida es, a falta de historia de la ley, el no poner en libertad a una persona que se encontraba legítimamente recluido, en razón del conflicto, transformando su decisión en un crimen contra la libertad personal. BULLEMORE G. Vivian y MACKINNON John, ob. Cit. Pág. 108.

²³⁹ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 203.

²⁴⁰ Que ya había sido resuelto en parte por la Corte Suprema en 2000 en casos de secuestro enmarcados en violaciones a los Derechos Humanos 53) “ Que...el delito de detención ilegal sólo puede cometerlo un empleado público siempre que se mantenga dentro de los límites trazados por el tipo del artículo 148 inciso primero del Código Penal; pero dicho empleado también cometerá un secuestro del artículo 141 inciso primero del Código Penal, si su comportamiento cae fuera de los márgenes establecidos por la figura cualificada de la detención ilegal”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 97 2º Parte; Sección 4º, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 2001, Pág. 170.

²⁴¹ Existen dos tesis, una que señala que la conducta de cómplice es asimilada a la autoría, y la otra que es un tipo autónomo, expresamente descrito en el tipo. El autor se pliega por la primera posición. En BULLEMORE G. Vivian y MCKINNON John, ob. Cit. Pág. 109.

alguien privado de libertad. Este delito, al igual que el anterior, es de naturaleza permanente, pues su consumación se extiende mientras no aparezca el secuestrado o su paradero, lo cual es clave para la prescripción de la acción penal²⁴².

A nivel del dolo, este delito no admite comisión culposa, por lo que se acepta sólo el dolo directo, sobretodo teniendo presente que el agente debe saber de la calidad de persona protegida del agente. Si durante el cautiverio se cometen otros ilícitos, pueden ellos ser cometidos con dolo eventual o incluso con culpa²⁴³. Respecto de esos otros delitos se deben regir, a efectos de la pena aplicable, con las reglas de los concursos de la Parte General del Código Penal.

En cuanto a las penas, son penas elevadas, incluso mayores que en el régimen común, por lo que expresa el grado de reproche que para el legislador tienen estas conductas en el marco de un conflicto armado, por el grado de desprecio que tienen respecto a las personas.

A modo de resumen, podemos señalar que sigue en buena medida lo desarrollado a nivel internacional, difiere fundamentalmente en cuanto al tratamiento y a la presentación formal de los mismos, lo que va a tener especial relevancia en la segunda figura, en cuanto al secuestro propiamente tal hay un desarrollo, a nivel de tipicidad más completo que en la norma internacional, aunque algunos de los conceptos como el grave daño a la persona y sus intereses deberán ser estudiados caso a caso, o el aspecto sin derecho de la detención, quedando a manos de los jueces resolver tal cuestión.

Otro punto que conviene tener en cuenta, y para ello será relevante la jurisprudencia de los tribunales superiores, para determinar cuando la acción de los funcionarios públicos será detención arbitraria o secuestro, tomando en cuenta la actitud del Estado del que son miembros a hacer ciertas exigencias, tampoco sobre ello hay una

²⁴² Ídem.

²⁴³ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 204.

respuesta preliminar, finalmente en el resto de los aspectos de la ley, son armonizados con la ley universal, lo que facilita una adecuada aplicación de éstas por los operadores del derecho y una adecuada recepción de tratados de los cuales nuestro país es parte.

3.2.4. Torturas; Tratos Inhumanos; Mutilaciones y lesiones y Experimentos Biológicos

El primer ilícito en ser tratado es la Tortura, pues es de los ilícitos contra de las personas que tiene mayor comisión en el contexto de los crímenes de guerra, en particular en contra de las personas protegidas, ya que con ella se persigue un objetivo central, cual es quebrantar la voluntad, no sólo de quien sufre las torturas tanto físicas como psicológicas, sino también de su entorno y de toda la comunidad, a fin de lograr los objetivos previstos por el agente.

Esta se expresa en objetivos inmediatos, cual es la obtención de información militar como a nivel de ubicación de personas, planes, tropas, entre otras, así como disciplinar y castigar a la población por “cooperar” con una determinada parte en el conflicto, “el enemigo”. La tortura persigue lesionar no sólo la seguridad individual, y por cierto la libertad individual, pues muchas de estas agresiones ocurren en el marco de un encierro, sea en una cárcel, un recinto militar, etc.

En nuestra historia, la tortura o los apremios ilegítimos o tormentos, como han sido conocidas las torturas, han sido reguladas por el Código Penal. Han sido normadas por el Código Penal desde antiguo, pero no cumplían con los estándares de las normas internacionales, en particular con la Convención contra la Tortura (CAT) ratificada por Chile en 1988.

Fue la convicción de que no debían volverse a cometer los crímenes ocurridos durante el Régimen Militar lo que hizo cambiar la normativa interna y armonizarla a la CAT, lo que se realizó en 1998 con las modificaciones al Código, introduciendo nuevos artículos, 150-A y 150-B, aunque en la redacción de esos tipos no aparecían

circunstancias especiales, como su comisión como crimen de lesa humanidad o como infracción al DIH.

En el código castrense tampoco se contemplaba a la tortura como una infracción al *Jus in bello*, por lo que frente a los abusos que se cometían por militares había que recurrir a la figura de las “violencias innecesarias” del Art. 330 del CJM, delito de tiempo de paz y que no cubría las necesidades requeridas a nivel internacional²⁴⁴.

Así las cosas, la necesidad de ampliar este delito, y otros que tienen que ver con atentados a la integridad física o síquica de las personas, como infracción al DIH, aparecía como algo tremendamente relevante. Por ello el proyecto de 2004 incluía la tortura como crimen de guerra, remitiéndolo a la legislación antes señalada [Art. 161 E b)], ya en el proyecto que cristalizó en ley se estableció un criterio propio, sin remitirlo a otra legislación, aunque al igual que en los crímenes sexuales, se remite a las figuras de los crímenes de lesa humanidad del título II de la ley. Esta remisión aparece consagrada del siguiente modo:

Artículo 21.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, el que cometiere contra una persona protegida cualquiera de los actos descritos en el artículo 7°.

En particular nos interesa el numeral primero de dicho artículo, que es el que trata expresamente la tortura²⁴⁵. Esta se compone de una acción típica, que es el “torturare

²⁴⁴ Este era un delito cometido por militares que cometieran violencia en el ejercicio de sus funciones y sin motivo racional, en contra de cualquier persona. Era un delito por exceso de ejecución y de mera actividad pues no requería de resultado alguno. Era muy complejo determinar la tipicidad en este delito dado que exigía que las violencias fueran cometidas sin motivo racional lo que es una forma muy difícil de probar, además el legislador no otorgaba pauta alguna sobre el grado de necesidad de la violencia lo que dificultaba la conformación de los elementos para dar pie al delito. CANDIA CORVALAN, Boris, , El estatuto jurídico internacional de los Prisioneros de Guerra y la recepción del derecho internacional humanitario en el derecho interno chileno, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001, Pág. 309.

²⁴⁵ Artículo 7°.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1°:

1°. Torturare a otro que se encuentre bajo su custodia o control, infligiéndole graves dolores o sufrimientos físicos o mentales. Sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

a otro bajo su custodia o control”. Dado que no hay una definición expresa en la ley de que se entiende por tortura, tenemos que remitirnos a la definición que al efecto entrega la CAT en su artículo 1º²⁴⁶, que es la norma de la cual emana la legislación penal nacional. Respecto a los actos constitutivos de tortura, el legislador -al igual que el legislador común- dejó abierto el tipo a la “mente criminal que diseñan los artefactos diseñados a su aplicación”²⁴⁷. También se puede admitir que la tortura sea una omisión.

Los objetivos que se pretenden aplicar con la tortura no aparecen expresados ni en la ley ni en la historia de la misma, por lo que se presume la intención del legislador de no reglamentar al respecto, subsumiendo en la tortura el delito de los tratos inhumanos, que es similar a la tortura, aunque careciendo de finalidad determinada, dejando todo en un sólo ilícito.

Uno de los puntos relevantes que se aprecian en las torturas es su gravedad y el carácter de ilicitud que estas deben tener. Sobre el primer aspecto podemos decir que ése es uno que deberá ser dirimido caso a caso, pero el nivel de lesividad exigido debe ser de suficiente entidad como para incriminar al agente; Sobre el elemento de antijuridicidad se acepta por parte del legislador la existencia de sufrimientos lícitos, como los propios efectos que tiene la aplicación de una pena determinada, o ciertos castigos especiales, como el régimen de aislamiento o incomunicación por parte de quienes están privados de libertad.

Respecto a los sujetos que intervienen en este ilícito, debemos señalar que el sujeto activo aparece absolutamente indeterminado en cuanto a la calidad de funcionario público del agente. Sin embargo ejerce un rol, pues debe ser una persona que esté al

Si además de la realización de las conductas descritas en este numeral se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 del Código Penal o la muerte de la persona bajo custodia o control, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del hechor, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.

²⁴⁶ Véase *Supra* nota 121.

²⁴⁷ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 219.

mando de un lugar o grupo de prisioneros, labor que habitualmente es ejercido por un oficial al servicio del Estado, aunque también se admite que sean particulares. Respecto a la función del funcionario que ordenare o consintiere o no impidiere la aplicación de torturas, no es penalizado, a diferencia del tipo común, por lo que a su respecto, si deseamos evitar la impunidad, debemos remitirnos a las disposiciones comunes del Título III de la Ley, artículos 35 y siguientes.

Respecto al sujeto pasivo, este necesariamente debe ser una persona protegida (en razón a la remisión del Artículo 21) que generalmente estará privada de libertad o con restricción de ésta en razón del conflicto de forma lícita, en cuyo caso podemos referirnos a personas internadas, prisioneros de guerra, gente que vive en territorio ocupado (cuya libertad personal es restringida), etc.

En el caso de la culpabilidad, y de los concursos asociados a este delito, hay que decir que este delito sólo puede ser cometido de forma dolosa, dado que el agente desea lograr un fin al aplicar tormentos. Al igual que el tipo común, establece la existencia de una circunstancia de agravación de la pena en caso de que por la comisión de la tortura se cometan **culposamente** lesiones graves gravísimas (del Art. 397 del Código Penal) y homicidio, que es más rigurosa que la comisión del homicidio preterintencional del Art. 75 del Código Penal. Sin la existencia de ese nexo causal, los delitos deben ser juzgados y castigados separadamente²⁴⁸.

El otro de los delitos mencionados en este apartado es el delito de lesiones y mutilaciones, que han sido históricamente regulados en el Código Penal, pero nunca como infracción al DIH. El CJM nunca expresó norma alguna al respecto. El proyecto de 2004 lo trataba dentro de las figuras del genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Fue en la actual ley en donde se insertaron estos crímenes, a través de la

²⁴⁸ La forma de regular la pena es a través de un concurso ideal, aplicando siempre la pena mayor asignada al delito más grave. POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 221.

remisión hecha por el inciso primero del Artículo 20 a los dos primeros numerales del Art. 5^o²⁴⁹.

La primera de las figuras es la Castración o la Mutilación de un Miembro Importante, que ha sido regulado desde muy antiguo por el Código Penal en sus Artículos 395 y 396, lo que lo suponía una pérdida irreparable de la integridad corporal.

Se debe entender la mutilación como cortar o cercenar una parte del cuerpo, que debe entenderse como la extirpación de un miembro del cuerpo, sea reproductivo (castración) u otro (mutilación)²⁵⁰, lo que lo convierte en atentados a la integridad física y a la salud individual.

Un género dentro de la especie de mutilación es la castración, pues los órganos involucrados son los reproductores, tanto masculinos como femeninos. En una primera etapa se consideró que sólo involucraba a los órganos sexuales masculinos, pero luego se amplió su margen de aplicación, pues puede tratarse también de los órganos femeninos, y no tiene que ser total, pues lo que se busca es la privación de la capacidad reproductiva²⁵¹.

En el caso de la mutilación de miembros, sólo es penado para efecto de esta ley la mutilación de miembro importante, que es aquel que deja al paciente en la

²⁴⁹ Artículo 5º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:

1º. Castrare a otro o le mutilare un miembro importante;

2º Lesionare a otro, dejándolo demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de un miembro importante, o notablemente deforme;

²⁵⁰ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 149.

²⁵¹ Esta impotencia puede ser *coeundi* cuando elimina el pene y ambos testículos o solamente el pene; también la extirpación puede ser *generandi* cuando se trata la extirpación de ambos ovarios o ambos testículos en el hombre. Si se extirpa un testículo o un ovario sigue teniendo la persona capacidad reproductiva, por lo que no se considera ni siquiera como mutilación de miembro importante. Ídem.

imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejercía²⁵².

Respecto a los sujetos que intervienen en este ilícito, debemos señalar que el sujeto activo es absolutamente indeterminado, al igual que el sujeto pasivo (ya que al ser norma de remisión no exige que la persona sea protegida o tenga alguna capacidad especial). Este es un delito plenamente de resultado, pues debe existir un menoscabo en la integridad o la salud física o mental²⁵³.

El legislador no ha contemplado medios para la comisión de la castración o la mutilación. Lo que sí se excluye es que estos delitos sean cometidos a través de conductas omisivas, ya que el texto legal habla de conductas positivas²⁵⁴.

En cuanto a la culpabilidad de estos delitos, estos sólo pueden ser dolosos. Hay si una distinción que realizar con las expresiones contenidas en el Código Penal, que por su redacción sólo admiten dolo directo (al utilizar las expresiones “maliciosamente” y “con malicia”). En cambio, en estas se puede sugerir la comisión de estos con dolo eventual. A diferencia del tipo común que sanciona de forma más gravosa la castración que el resto de las lesiones y mutilaciones (las sanciona con la pena del homicidio), aquí se optó por darle a todas las figuras la misma penalidad.

La segunda de las figuras o crímenes tiene que ver con lo que en la doctrina nacional se ha denominado Lesiones Graves Gravísimas, nombre que reciben por lo efectos que ellas tienen en la vida del lesionado.

Respecto a la noción de lesionar, ésta supone menoscabar la integridad física y psíquica y la salud del sujeto pasivo, a través de actos como el golpear, el herir o el

²⁵² Se entiende para la doctrina que el miembro es todo órgano o parte del mismo que tenga a función propia o particular, incluyendo además de las extremidades y sus partes distinguibles, los órganos internos y de los sentidos excluyendo la piel, carne y tejidos que contienen los miembros. POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 145.

²⁵³ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 116.

²⁵⁴ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 117.

maltratar de obra; definiciones que deben ser tomadas en su sentido natural y obvio, de acuerdo a las reglas generales de interpretación²⁵⁵.

Entre esta figura y la anterior no hay diferencias en cuanto a la calidad del sujeto activo y pasivo, y a los medios para su comisión²⁵⁶.

Al ser este un delito de resultado, es necesario que sobre éste concurra un nexo causal entre el acto cometido por el agente y el daño ocasionado al sujeto pasivo, que para ser cubiertos por este tipo penal deben ser de una especial gravedad que convierta a la persona en alguien diferente a quien era antes de ser lesionada²⁵⁷. Así el legislador cataloga como resultados especialmente graves que la víctima quede:

a) Demente: Es aquella persona que no sólo sufre demencia, que es el deterioro progresivo e irrecuperable de las facultades mentales que causa graves trastornos de conducta, sino también quien sufre locura o pérdida del juicio, sea por los golpes recibidos o el terror o tensión emocional a que el sujeto pasivo estuvo sometido²⁵⁸;

b) Inútil para el trabajo: Este supuesto supone que la inutilidad se refiera al ámbito de actividades laborales que el ofendido podría realizar, lo que varía según las condiciones personales y sociales del ofendido. Es el efecto real de una persona de depender por sí mismo a pasar a depender de otros²⁵⁹;

²⁵⁵ Artículo 19 y siguientes del Código Civil, referidos a la interpretación literal, en cuyo caso se apoya en las definiciones que al efecto establece la Real Academia de la Lengua Española.

²⁵⁶ Se contempla la comisión por omisión que ocurre cuando en la lesión interviene el abuso de credulidad o la flaqueza de espíritu, que son situaciones en donde existe una relación de dependencia o superioridad psíquica de la víctima respecto del ofensor quien abusa de dicha relación y utilizándola para causarle lesiones graves. Respecto de ellas el ofensor puede actuar con dolo directo, eventual e incluso con culpa; POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 141.

²⁵⁷ Esta se entiende no sólo de quien ha sido diagnosticado con irreversibilidad o incurabilidad, sino también deben comprenderse los efectos más o menos intensos y prolongados en el tiempo existentes en el momento de la sentencia, sin pronóstico cierto de recuperación y aun los recuperados al momento del fallo que hayan supuesto un lapso trascendente en la vida de una persona normal. POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 142.

²⁵⁸ Ídem.

²⁵⁹ Esta causal por el concepto de no discriminación y apertura del mercado laboral a los discapacitados ha dejado en el desuso este resultado.

c) Impotente: Impotente en este caso es quien pierde su capacidad reproductiva. Este resultado es idéntico que en la castración. La impotencia puede ser *coeundi* (no puede realizar el coito normalmente) o bien *generandi* (es estéril);

d) Impedido de un miembro importante: Ya nos hemos referido tanto al concepto de miembro como a la importancia del mismo, por lo que nos remitimos a ello²⁶⁰. Lo que sí podemos decir, es que la palabra impedido tiene que ver con que el sujeto pasivo no pueda usar alguno de sus miembros, sea por una pérdida física (como la mutilación) como una pérdida funcional, en el caso de un golpe o herida. Además la doctrina pide que este impedimento sea de similar parangón a alguno de los otros efectos que señala el Art. 397 nº1, y que son repetidos en esta ley²⁶¹.

d) Notablemente deforme: Esta deformidad, que puede ser una desfiguración o una fealdad corporal, cicatriz o huella más o menos permanente en el cuerpo o rostro, tiene que ser de naturaleza tal que equivalga a los otros casos indicados en el precepto legal. Esta deformidad debe atenderse en relación al aislamiento y discriminación que sufre la persona, enmarcado en el contexto socio cultural en que se desenvuelve la víctima. También se debe evaluar el grado de recuperabilidad de la deformación, habida cuenta de las posibilidades de la cirugía estética²⁶².

En cuanto a la culpabilidad en las lesiones, tenemos que tener presente que ésta pueden ser tanto dolosas (pues requieren el conocimiento de la acción realizada u omitida y su efecto en la persona del lesionado), en cuyo caso podemos encontrarnos con dolo directo como eventual, como culposas, en cuyo caso se requiere de los requisitos generales de posición de garante, que son la capacidad y el deber de prever y evitar tales resultados.

²⁶⁰ Véase *supra*. Pág. 78.

²⁶¹ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 146.

²⁶² POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 148.

El otro régimen que contempla la ley 20.357, y que conviene revisar, son los relativos a las Lesiones Simplemente Graves y a las Lesiones Menos Graves de los Artículos 397 n°2 y 398 del Código Penal. En las legislaciones preexistentes (CJM y proyecto 2004) a la presente ley no se contemplaba estas figuras como crímenes de guerra, dada su menor entidad y efectos en la vida del sujeto pasivo. La presente ley innovó en este sentido, al incorporarlas expresamente a través de las remisiones del Artículo 22:

Artículo 22.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que cometiere contra una persona protegida cualquiera de los actos descritos en los numerales del artículo 8°.

En particular nos interesa el número 1 de dicho artículo²⁶³. En primer lugar nos llama la atención que utilice el concepto menoscabar y no el concepto lesionar, y esto tiene que ver con la producción de un resultado lesivo que afecte la salud del sujeto pasivo, dejando en éste huellas o trastornos perceptibles de dichos daños²⁶⁴.

Este delito, respecto de la figura anterior, no presenta mayores diferencias en cuanto al sujeto activo, en cuanto al pasivo éste debe ser una persona protegida, y su culpabilidad. En lo que difieren es que en estas figuras se asume la posición de garante, y equivale a la comisión por omisión. Estamos en presencia de lesiones omisivas tanto cuando hay una falta en la posición de garante como cuando en un caso de lesiones quien sabía de ellas no auxilia al sujeto pasivo²⁶⁵.

En cuanto a los efectos en la persona del lesionado, deben ser de menor entidad que los vistos anteriormente. Como forma de interpretación debemos recurrir a los criterios que el Código Penal utiliza para este tipo de lesiones.

²⁶³ Artículo 8°.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1°:

1°. Menoscabare gravemente a otro en su salud física o mental, siempre que estas lesiones no se encuentren comprendidas en los numerales 1° y 2° del artículo 5°;

²⁶⁴ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 115.

²⁶⁵ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 117.

En el caso de las simplemente graves los efectos son los que siguen:

- a) Enfermedad por más de 30 días: Tomando la palabra enfermedad en su significado natural y obvio, es una alteración más o menos grave de la salud sea física y/o mental. En este caso el criterio es relativo a la prolongación de la recuperación, que por cierto será dirimido por los informes médico legales emanados al respecto;
- b) Incapacidad para el trabajo por más de 30 días: En este caso se refiere específicamente a las labores que realizaba al momento de ser lesionado, que también deben ser determinados por los informes periciales respectivos.

En ellos además hay que hacer la distinción de que se admiten dos formas de comisión. La primera es la administración de sustancias nocivas a la persona del sujeto pasivo. La nocividad de la sustancia depende en buena medida de los grados de conocimiento del agente respecto al sujeto pasivo (por ello la expresión a sabiendas). El Código Penal (que es la norma de la cual reditúa esta norma) no dice nada respecto al tipo de sustancia y la forma como se administra, por lo que se evalúa caso a caso²⁶⁶. El otro mecanismo es el relativo al abuso de credulidad o flaqueza de espíritu, al cual ya nos referimos a propósito de las lesiones graves gravísimas.

En el caso de las lesiones menos graves, los efectos son los que siguen:

- a) Las que produzcan una enfermedad o incapacidad para el trabajo de hasta 30 días;
- b) Las que consistan en la mutilación de parte de un miembro importante o de un miembro menos importante;
- c) Aquellas cometidas por omisión.

Una de las figuras que representa un verdadero avance en nuestra legislación es la inclusión del crimen de Experimentos Biológicos. Los experimentos que se realizan sobre personas no habían tenido históricamente regulación positiva, por lo que

²⁶⁶ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 137.

quedaba su control a las normas éticas de quienes ejercían estos experimentos²⁶⁷. Estas normas eran complementadas por la jurisprudencia con las normas generales de lesiones del Código Penal.

Recién en 2006 se reguló a nivel de ley la investigación científica a través de la ley 20120, que recogía principalmente normas consagradas respecto a la investigación, en particular la lesividad del experimento y el consentimiento del paciente.

A nivel penal la experimentación científica no había recibido tratamiento alguno, ni en la legislación común ni como infracción al DIH (concepto que como sabemos es bastante reciente). Por primera vez fue contemplado en el Artículo 161 E b)²⁶⁸, en donde siguió de forma literal las definiciones del tratado romano.

En la actual legislación se reguló bajo el prisma de gravedad. La primera regulación como remisión a los crímenes de lesa humanidad, a través de la norma del artículo 8º numeral 2º²⁶⁹ y del Artículo 23. La hipótesis del Artículo 8º es de mayor gravedad en cuanto a sus efectos respecto del sujeto pasivo que la del Artículo 23. Además el alcance de este último artículo es más reducido, dado que el sujeto pasivo sólo puede ser una persona de la parte adversa, mientras que la del artículo 8º es cualquier persona protegida. Pese a ello ambas hipótesis tienen la misma penalidad.

²⁶⁷ Este corresponde al Código de Ética del Colegio Médico de Chile cuya última versión es de 2004. Son relevantes para estos efectos el Título III referido a la relación médico-paciente y el Título VI referido a la Investigación científica, que a su vez es tributario del Código de Núremberg de experimentación con seres humanos de 1946.

²⁶⁸ Artículo 161 E. El que, con ocasión de un conflicto armado de cualquier tipo, realice alguna de las conductas que se detallan a continuación...;

b) Practicar en contra de una persona protegida actos de tortura, en los términos descritos en los artículos 150 A del Código Penal y 330 del Código de Justicia Militar; causarle deliberadamente grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales; atentar gravemente contra su integridad física o salud o someterle a experimentos biológicos que pongan en grave peligro su vida e integridad y que no se hayan realizado con fines terapéuticos o no estuvieran justificados por razones médicas ni se hayan llevado a cabo en interés de la persona;

²⁶⁹ 2º. Sometiere a otro a experimentos sobre su cuerpo o su mente, a una extracción de un órgano, o a cualquier tratamiento médico no consentido, que pusiere gravemente en peligro su vida o su salud, siempre que ello no fuere constitutivo de lesiones de las señaladas en el numeral anterior, ni pusiere al ofendido en la situación a que se refiere el numeral 2º del artículo precedente...”.

Artículo 23.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que sometiere a personas de la parte adversa, que se encuentran en su poder, a experimentos sobre su cuerpo o su mente; a la extracción de un órgano, o a cualquier tratamiento médico no consentido, siempre que ello no fuere constitutivo de lesiones de las señaladas en el numeral 1 del artículo 8°, ni pusiere al ofendido en la situación a que se refiere el numeral 2° del artículo 7°, en cuyo caso se aplicará la pena contemplada allí para dichas conductas.

En cuanto a los experimentos, las normas generales que al efecto tienen tanto el Colegio Médico como la ley 20.120, se refieren a que exista un consentimiento libre e informado por parte del paciente, además del derecho del paciente a rechazar la prueba total o parcialmente, así como su derecho a retirarse de ella cuando lo estime pertinente²⁷⁰. Hay normas particulares relativas a la extracción de órganos por parte de una persona regulados, taxativamente por la “Ley del Trasplante” número 19.451²⁷¹. En este caso el sujeto activo, que puede ser cualquiera y no sólo un facultativo médico, comete un experimento contrariando no sólo las normas relativas al consentimiento, sino que abusa de la posición de la parte adversa para acometer el experimento, generando un profundo daño en el sujeto pasivo, pues ha sido llevado a cabo sin su interés.

Respecto a los elementos tanto subjetivos del delito como a sus medios de comisión, al no estar expresamente regulados en nuestra realidad, debemos interpretarlos a la luz de las normas internacionales al efecto, y a la práctica que los tribunales internacionales tengan respecto de ellas.

La última de las figuras que se tratan en este título es el delito de Tratos Degradantes y Humillantes. Este es otro atentado en contra de la dignidad personal de las personas, aunque no en su esfera corporal, sino más bien en su esfera socio-cultural.

²⁷⁰ Artículo 28 y 58 del Código de Ética. Así también se exige al médico que retire al paciente en caso de riesgo de daño para la salud o la de la comunidad e informe al tratante del paciente. Artículo 59 y 60.

²⁷¹ Que son idénticos a los experimentos en cuanto al consentimiento, además de que debe contar con finalidad terapéutica, hecha por un mayor de edad o autorizado por su representante legal y hecha a título gratuito. POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMIREZ G. María Cecilia, Ob. Cit. Pág. 125.

La historia de este ilícito a nivel interno ha tenido un derrotero similar que a nivel internacional²⁷². Esta figura no contaba con regulación en el derecho interno como infracción al Derecho Humanitario en el Código de Justicia Militar ni en otra ley semejante.

En el proyecto de ley de 2004 este tipo de crimen no contaba con una regulación expresa. Fue gracias a las negociaciones que se conformó su actual estructura en el numeral segundo del Artículo 24.

Artículo 24.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo el que:
2°. Trate a una persona de forma gravemente humillante o degradante.

Lo primero que llama la atención es que el legislador no define en forma clara o precisa que se entiende por trato humillante y degradante. Por lo mismo, y dado que por afectar bienes jurídicos distintos no puede ser utilizada la expresión injurias, pues el bien jurídico protegido en este caso es el honor, lo que no es el caso en esta figura, y a falta de historia de la ley que permita interpretar este concepto, debemos remitirnos a lo que se ha expresado en la doctrina y la jurisprudencia internacional, y será resorte de los jueces que aplican la norma el dar luces sobre este asunto.

Tampoco hay nociones claras respecto de cual debe ser el umbral de gravedad exigido para estar en presencia de este delito, pues implícitamente se acepta cierto nivel de malos tratos hacia las personas. Ese umbral será determinado por el juez caso a caso.

Aspectos como los elementos subjetivos del tipo, los elementos de antijuridicidad, los medios de comisión, la comisión por omisión, si abarca o no a los muertos, etc., no están suficientemente cubiertos, por lo que será la jurisprudencia la que formará la estructura de este crimen y los elementos definitivos para su castigo.

²⁷² De hecho no estaba regulado en los Convenios de Ginebra, lo que demuestra una creación reciente, véase *supra* Pág. 79.

Podemos señalar que, en general, se ha trabajado en crear un estatuto jurídico propio, esto es tomar lo que ya estaba penado (en particular tortura y mutilaciones) y alterar algunos de los elementos del tipo para acoplarlos a las violaciones al DIH, perfeccionando su técnica legislativa, flexibilizando los requisitos y ampliando los marcos de comisión de los ilícitos, se mantiene una base, no se crea nada nuevo (salvo los experimentos biológicos), adaptándose a las especiales circunstancias de comisión a fin de proteger de buena manera a los avatares de los conflictos armados, y modernizando los tipos, contribuyendo a un eficaz desarrollo y aplicación de éstos.

Esto, a nivel de comparación con la norma internacional da a los delitos una identidad propia, pues si bien son los mismos actos, es en el desarrollo donde se configuran con sus propias características, esto puede ocasionar conflictos con la norma universal, en particular en relación al nivel de daño al que puede ser sometido el sujeto pasivo en su penalidad (pensemos en mutilaciones y las figuras de lesiones), pues el legislador universal nada dice al respecto, son en el proceso de construcción del ilícito donde será el juez quien dará cuerpo a las normas y buscará una adecuada interpretación a los mismos, pues es en los elementos internos de cada conducta donde se pondrá a prueba la vigencia y utilidad de la norma.

2.2.5. Violación a los Derechos y las Garantías Judiciales a Personas Protegidas

Estas son de las violaciones más recurrentes que se cometen en el marco de un conflicto armado, pues con ella se disfraza de cierta legalidad los procesos en contra de ciertos tipos de personas, obteniendo castigos duros en contra de enemigos y población civil, con objeto de intimidación y amedrentamiento, a fin de mermar las fuerzas del adversario.

En estos crímenes el bien jurídico protegido es múltiple, pues puede ser la vida, la integridad física o psíquica o la libertad personal, pero su alteración es ocasionada

producto de un procedimiento judicial que no le entrega deliberadamente al sujeto pasivo las armas necesarias para defender adecuadamente sus derechos.

La regulación de éstos acto a nivel universal se encuentra presente fundamentalmente en los Convenios de Ginebra. En nuestro medio -y pese a que las garantías judiciales mínimas se encuentran expresadas constitucionalmente²⁷³- no ha existido una regulación criminal para el caso en que estas sean violadas.

Hay que tener presente que aquí nos encontramos ante castigos que no han sido llevados a cabo por parte de los organismos jurídicos competentes, o presentadas sus causas ante ellos, se ha privado a las personas de mecanismos para poder defender sus derechos, en razón de un conflicto armado.

Su inclusión en el panorama legislativo nacional data del proyecto de 2004, y fue tras las negociaciones que dieron como fruto la ley 20.357 que se incluyó en el Artículo 25, manteniendo casi intacta su redacción, con la sola excepción de que se eliminó la expresión “condenare”, cuyos efectos son ampliados a toda clase de actos en el inciso segundo del mismo cuerpo legal. A saber:

Artículo 25.- Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo se castigará al que ejecutare a una persona protegida sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables o, habiéndole denegado, en cualquier circunstancia, su derecho a un juicio justo. Con la pena de presidio menor en su grado máximo se castigará al que prive a una persona protegida de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente.

Este crimen aglutina en un sólo artículo lo que a nivel del tratado romano se divide entre los crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado no internacional y los

²⁷³ En nuestra actual Carta Magna se encuentran reguladas en el numeral tercero y quinto del Artículo 19, y a través del inciso segundo del Artículo 5º, que limita el ejercicio de la soberanía del pueblo a los Instrumentos Internacionales ratificados por Chile sobre Derechos Humanos, en los cuales se incorpora a los Convenios de Ginebra, por lo que el cumplimiento de sus normas son un imperativo para nuestro sistema jurídico.

internacionales, de los incisos primero y segundo respectivamente, transcribiendo de forma literal lo que en ellos se establece.

Respecto a la primera de las figuras, Las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables, ó Ejecuciones extrajudiciales, debemos señalar que estamos en presencia de un delito de resultado, pues exige un nexo causal entre la omisión en un proceso de estas garantías y el resultado, cual es la ejecución de la pena de muerte en perjuicio del sujeto pasivo, que tiene que ser una persona protegida.

Estas garantías judiciales básicas e irrenunciables son tanto sustanciales como adjetivas. Cuentan (en nuestro medio) con un catálogo en los numerales tercero y séptimo del Artículo 19 de la Constitución Política de la República, que consagra los derechos a defensa jurídica; un juez natural señalado por la ley y con la penalidad anterior a la perpetración del hecho de que se trate; No presunción de derecho de responsabilidad penal; Prohibición de declarar contra si mismo; y normas sobre detención como plazos e intimación de ella en forma legal. Todas ellas se contienen también en el Artículo 6.2 del Protocolo Adicional II, para el caso de conflicto armado no internacional, y el Artículo 3 común de los 4 Convenios.

Respecto a los procedimientos aplicables durante el desarrollo de un conflicto armado en donde se vean envueltas fuerzas nacionales, es aplicable el procedimiento de los tribunales militares en tiempo de guerra, de acuerdo a lo que dispone el Artículo 418 del Código de Justicia Militar y el Artículo 40 de la Constitución²⁷⁴.

²⁷⁴ Respecto al Estado de guerra, hay que tener presente que el Art. 418, que también lo denomina tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada de manera formal, a través de los mecanismos estipulados por la Constitución, sino también cuando en los hechos exista una guerra o bien cuando se ha decretado la movilización de la misma aun cuando no se haya realizado la declaración oficial. Los Tribunales Militares en tiempo de guerra, tienen una integración conformada por el General en Jefe a

Hay que considerar que el procedimiento penal militar ha sido objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina, e incluso por parte de tribunales internacionales, por su falta de independencia y sus defectos en cuanto a la defensa de las personas²⁷⁵.

Este delito exige que el sujeto activo sea indeterminado, y no debe el sujeto pasivo (que necesariamente debe ser una persona protegida) estar en cautiverio. Respecto a los elementos normativos y subjetivos del tipo este es un delito de resultado, por cuanto sólo exige que haya el sujeto pasivo muerto ejecutado sin acceso a un tribunal o sin acceso a esos derechos en el marco de un proceso, y que sea doloso, a lo menos con dolo eventual, y por cierto dolo directo.

Respecto al tipo de omisión, si bien no está expresada en el texto legal y deberá ser analizada por el juez caso a caso, creemos que ésta debe ser de una entidad relevante en cuanto a la relación entre la ejecución y la ausencia de juicio o de ejercer sus derechos, para diferenciarlo del tipo homicidio, que no exige requisitos especiales. Creemos que basta con la omisión de acceso a la justicia o a cualquiera de las garantías judiciales universalmente aceptadas para configurar este delito.

El tipo del segundo inciso es el negar acceso a un juicio legítima e imparcialmente. Este es un tipo mucho más complejo, por cuanto, pese a tener elementos comunes con el primer tipo en cuanto a sus características omisivas, sus elementos subjetivos, sujeto activo y pasivo (y la circunstancia en que se

quien le corresponde el ejercicio pleno de la jurisdicción militar en el territorio en que ocupe como en las fuerzas a su mando, asistido por los Fiscales quienes por resolución del Comandante en Jefe inician y sustancian todos los procesos por los delitos cometidos hasta dejarlos en estado de ser sometidos al Consejo de Guerra, los que en conformidad a la Resolución del Comandante en jefe que los forma, son los encargados de dictar sentencia, esta integrada por seis Vocales (militares los que tendrán el grado correspondiente al del acusado y si es civil se les considera como oficiales subalternos) y un Auditor letrado que es el encargado de la redacción de las sentencias las que son elevadas al Comandante en Jefe, quien finalmente aprobará o rechazará la sentencia dictada y ordenará su ejecución.

²⁷⁵ Del procedimiento penal militar en extenso se sugiere revisar los comentarios y críticas acerca de la independencia e imparcialidad de estos tribunales revisar ASTROSA SOTOMAYOR Renato, Jurisdicción Penal Militar, Editorial Jurídica, Santiago 1975 y MERA FIGUEROA, Jorge, Cuadernos de Análisis Jurídico nº 40, Universidad Diego Portales 1998 en particular las obras de María Inés Horvitz y Javier Couso.

encuentra), por lo que no es necesario volver a reproducirlas, sí tiene algunas diferencias, la primera de ellas es que el delito, en principio, estaba formulado para conflictos armados internacionales, por lo que su inclusión a todo conflicto (ya desde el proyecto 2004) es un verdadero avance.

Recordemos que este es un delito de mera actividad, por cuanto basta la privación del prisionero del derecho a un juicio o que éste se desarrolle de forma parcial.

Para determinar cuando nos encontramos ante la ausencia total de un juicio, sea porque no se le presenta ante las autoridades competentes que ejercen jurisdicción, o bien porque el juicio al que es presentado no cumple con los estándares básicos de independencia e imparcialidad del tribunal aceptados para el cumplimiento del debido proceso.

Respecto a las garantías que han sido violentadas para estar en presencia de este tipo, entendemos, a falta de historia de ley, que son las referidas al principio del juez natural, a la independencia tanto orgánica como funcional del juzgador y a un adecuado ejercicio de la defensa. Por cierto que al no existir un catálogo determinado, le corresponderá al juez que instruya la causa caso a caso.

La segunda diferencia es que no exige un resultado concreto, que es una ejecución, o incluso una sentencia condenatoria privativa de libertad, por lo que se pueden incluir castigos “administrativos”, como el aislamiento, la deportación, el comiso de bienes, etc., u otras medidas de castigo y represión, por lo que el bien jurídico afectado por este tipo no es sólo la vida, sino también la libertad personal o la integridad física o psíquica.

En ambos delitos nos encontramos con una acción similar, cual es el acto intencional por parte de una persona de impedir a otra el acceso a la justicia para defenderse, y ser castigada por aquella. Debemos tener presente que al ser esta norma reflejo de una norma internacional, recoge los aspectos reseñados por ella,

dejando otros a la capacidad interpretativa del juez, así frente a otra clase de omisiones que afectan el desarrollo regular de un proceso (como lo relacionado a los aspectos probatorios u otras infracciones a la bilateralidad de la audiencia) deberán resolverse teniendo en consideración en cuanto afectó aquello a la sustanciación regular, imparcial y legítima del proceso y al ejercicio adecuado del derecho de defensa por parte del sujeto pasivo.

El otro delito que entra en este acápite es el de Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga. Este es un delito de antigua data. Fue tratado en los Reglamentos de La Haya, de los cuales emanaron muchas de las normas sobre crímenes de guerra hoy derogadas del Código de Justicia Militar. Increíblemente este acto no estaba regulado, por lo que si se cometía este ilícito quedaba en la más absoluta impunidad. Tampoco estaba presente en el proyecto de 2004.

Con las negociaciones que desenfundaron en la actual ley se contempló este acto sólo en casos de conflicto armado internacional, siguiendo de forma literal los postulados del Protocolo Adicional I y del Estatuto de Roma, en el actual Artículo 33.

Artículo 33.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, el que dispusiere la abolición, suspensión o inadmisibilidad ante un tribunal de las acciones o derechos de los nacionales de la potencia enemiga.

Respecto a las características de este delito, debemos decir que son similares a las ya explicadas del delito internacional, por lo que conviene remitirse a ellas²⁷⁶.

Solamente debemos decir que nos encontramos ante un hecho que confronta una penalidad menor que en los actos precedentes, siendo que la lesividad de la conducta del agente es mayor, dado que no sólo utiliza la estructura legal para atacar a la población civil, vulnerando el principio de distinción, sino que también es

²⁷⁶ Véase *Supra* Pág. 84.

un pretexto para cometer otros abusos en contra de la población inerte de derechos o de acciones para hacerlos valer.

Finalmente cabe considerar que este delito sólo puede ser cometido en el marco de un conflicto armado internacional, pues a nivel constitucional interno se acepta la suspensión de ciertos derechos, en razón al conflicto²⁷⁷, sobre los enemigos. Es necesario que se trate de aquella potencia con la cual Chile está en guerra, aunque para eso no es necesario que haya una declaración de guerra en tal sentido.

De esta forma tenemos una creación legislativa, que debe ser armonizado con otros textos legales aplicables en Chile, como la Convención Americana, los Convenios de Ginebra o la propia Constitución, para configurar las garantías irrenunciables a todo proceso, independientemente de las consecuencias que ello acarree, por otro lado cautela los derechos de las personas, estableciendo un núcleo básico de derechos procesales que se deben cautelar en cualquier circunstancia.

La ley establece ciertas restricciones, se pueden crear procedimientos o normas especiales para tratar (estatuto) y juzgar a enemigos o nacionales de la potencia enemiga por los actos que cometan, esta norma más que su carácter represivo es un mandato al Estado en torno a cautelar de forma debida los derechos de las

²⁷⁷ De acuerdo al Art. 40 de la Carta Fundamental la declaración del estado de asamblea en caso de guerra exterior y el estado de sitio en caso de guerra interna y grave conmoción será declarada por el Presidente de la República con acuerdo del Congreso Nacional, el cual tendrá el plazo de 5 días desde que el presidente someta la declaración a su conocimiento, indicando las zonas afectadas por este Estado, a fin de que sea aprobada o rechazada sin que pueda introducirse modificaciones, si el Congreso no se pronuncia dentro de dicho plazo, se entenderá aprobada la proposición del presidente. En todo caso el Presidente mientras se pronuncia el parlamento podrá aplicar tales estados de forma inmediata pero sólo podrá suspender el derecho de reunión y mientras no haya sido conocida por el Congreso las medidas podrán ser revisadas por los Tribunales de Justicia. Los términos de tales estados son de 15 días prorrogables en caso de estado de sitio y 90 días prorrogables en el caso del estado de asamblea. Se restringen, de acuerdo al artículo 43 inc. 1 y 2 de la Carta, la libertad personal, el derecho de reunión, y en el caso del estado de asamblea se puede suspender o restringir la libertad de trabajo, la restricción del derecho de inviolabilidad de la correspondencia, el derecho de asociación e imponer restricciones al derecho de propiedad. A nivel de procedimiento de estos estados se dictó la Ley Orgánica Constitucional 18.415 de 14 de junio de 1985.

personas, sean personas protegidas (primeras dos figuras), o no y prevenir los abusos que sobre ella se puedan cometer.

3.2.6. Reclutamiento de Menores de Edad

Este es uno de los nuevos avances que mostró el DIH, a fin de proteger a aquellos que se encuentran en la posición más vulnerable a los efectos de un conflicto: los niños.

A fin de mantener a los niños fuera de la crudeza de la guerra, y evitar que estos participen directamente en las hostilidades (lo que se conoce universalmente como “niños soldado”), es que se han regulado instrumentos en su protección, como el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño relativo a la participación de niños en Conflictos Armados de 25 de mayo de 2000, suscrito por Chile el 15 de Noviembre de 2001 y Ratificado por el Decreto 248 de Relaciones Exteriores de 17 de Diciembre de 2003, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como lo revisamos oportunamente²⁷⁸.

En nuestro medio, dado lo nuevo de este tema, no existían normas relativas al respecto a nivel penal. Sin embargo en nuestras normas de movilización está expresamente consagrado que la edad mínima de reclutamiento es los 18 años²⁷⁹, por lo que para el ingreso a nuestras fuerzas armadas no son aceptados menores de 17 años.

Con el proyecto de 2004 se hizo el primer intento por regular adecuadamente esta situación, colocando la edad de reclutamiento, alistamiento o uso en las hostilidades, a los menores de 15 años, repitiendo lo que consagra el estatuto de la TPI para Conflicto Armado Internacional [(Art. 161 G d)].

²⁷⁸ Véase *supra* 2 2.6. Página 86.

²⁷⁹ El Artículo 18 del Decreto Ley 2306 que dicta normas sobre reclutamiento y movilización de las Fuerzas Armadas de 12 de Septiembre de 1978 y 27 de su Reglamento de 23 de Diciembre de 2008.

Con los cambios hechos a esta ley se recogió la criminalización del acto, se mantuvo Este para toda clase de conflagración (lo que es algo indudablemente positivo). Lo que alterado es que se aumentó la edad de no participación de los menores a los 18 años, que es la mayoría de edad legal del país, y la edad dictada por el Protocolo facultativo de la Convención de Derechos del Niño, manteniendo, en lo demás la redacción del proyecto original.

Artículo 26.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que:

1°. Reclute o aliste a una o más personas menores de dieciocho años en las fuerzas armadas nacionales o grupos armados o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades,

Sobre los elementos tanto objetivos como subjetivos de este delito no hay mucho que agregar, dado que al repetir los elementos de la norma internacional, debemos remitirnos a ella en cuanto a sus elementos más salientes, como que debe entenderse dentro de esta conducta, el dolo requerido, entre otras.

Dejamos claro que puede producirse un debate entre las normas nacionales (más estrictas) y las universales respecto a la diferencia de edad de los sujetos pasivos de éste delito, en caso de querer aplicar la jurisdicción universal. Al respecto creemos que nuestra norma tiene una mejor protección de los intereses de los menores a fin de impedir la impunidad.

3.2.7. Deportación o Traslado Ilegales

Este es otro de los delitos clásicos dentro de la tipología de atentados en contra de las personas. Su regulación se encuentra presente desde los Convenios de Ginebra, y como infracción a las leyes y usos de la guerra. A nivel interno carecían estos delitos de una regulación comprehensiva tanto en el Código Penal como en el Código de Justicia Militar, salvo que como muchos otros tipos fueran subsumidos a la figura del Artículo 262 del Código de Justicia Militar, cuando se refiere a otros

actos de violencia grave en contra de las personas, lo que en todo caso era completamente insuficiente.

En el proyecto de ley de 2004 se incluyeron expresamente estos tipos penales como crímenes de guerra en el Artículo 161 E y F d), que sistematizaba todos los actos en dos artículos con actos que eran lesivos para todas las personas protegidas, en toda clase de conflictos. La actual ley distingue entre toda clase de conflictos y conflictos solamente internacionales, en los artículos 26 y 32:

Artículo 26.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que:

2°. Ordenare el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto armado, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate, por razones militares imperativas.

Artículo 32.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que:

1°. Sin derecho, expulsare por la fuerza a una persona protegida del territorio de un Estado al de otro o la obligare a desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio de un mismo Estado;

4°. Por la potencia ocupante, trasladare directa o indirectamente parte de su población civil al territorio que ocupa o expulsare o trasladare la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate, por razones militares imperativas.

El primero de los tipos es el Desplazamiento de la población civil por razones vinculadas al conflicto. En este caso el tipo penal es redactado en términos idénticos al tipo descrito en el Artículo 8.2.d.viii). Al respecto podemos indicar que los elementos que el legislador tuvo en cuenta, tanto objetivos como subjetivos, son en esencia idénticos a los expuestos en lo referido a los crímenes internacionales²⁸⁰.

²⁸⁰ Véase *supra*. Pág. 88 y siguientes.

No obstante, a diferencia del tipo internacional, el legislador toma solamente la expresión “trasladar”, lo que supone el relocalizar a la población civil que se encuentra en la zona del conflicto, sin importar si esta se encuentra ocupada o no. Esta relocalización esta prohibida si no es bajo los presupuestos que la propia ley señala, cuales son las necesidades militares y la seguridad de los civiles. Creemos que aquellos conceptos serán determinados caso a caso, y para una mejor comprensión consideramos pueden ser aquellos indicados expresamente en el Convenio IV y el Protocolo Adicional I.

Hay tópicos en los cuales la norma no es clara, como los relativos a las condiciones en que se efectúa el traslado (como la transitoriedad de la medida), si hay delito si estas se incumplen, entre otros descritos por la doctrina y oportunamente señalados, y que serán abordados por los jueces al conocer de las causas de que se trate.

Este delito exige del agente (alguien que ejerce mando sea militar o civil) un conocimiento especial de que está desplazando ilícitamente a la población civil, como parte de un plan o política destinado a ocasionar represalias o castigos a la parte que participa en el conflicto. Es clave que se actúe con dolo directo. Este es un delito de mera actividad, por lo que los medios de comisión que usa el agente son absolutamente indiferentes.

La segunda figura dice relación con el delito de Deportaciones Ilegales, que esta presente sólo en conflictos de carácter internacional. Sobre este delito debemos decir que la figura en cuestión es la expulsión de la persona protegida (de amplio espectro siguiendo al Artículo 17) del territorio en donde ésta reside, y debe serlo de forma forzosa.

Al respecto debemos indicar que este acto se hace en contra de la voluntad del sujeto pasivo, por lo que cobra especial relevancia el concepto “sin derecho”, pues configura el elemento de antijuridicidad de la conducta.

Dentro de las razones que se pueden argüir para expulsar a una persona protegida fuera del territorio se encuentran las necesidades militares, la propia seguridad de la persona que no desea salir del teatro de operaciones, e incluso una sanción penal alternativa a una persona que ha cometido ilícitos (sean ordinarios o de otro tipo), en vez de la prisión. En este caso concreto podemos advertir que pueden producirse concursos con los crímenes relativos a la ausencia de garantías judiciales que sufren las personas protegidas.

El criterio de antijuridicidad deberá ser fijado por el juez caso a caso. Debemos tener presente que la salida forzosa de la persona se puede requerir tanto por fuerza física como fuerza moral, pues el tipo es abierto, y no da luces en su redacción sobre referirse a alguna de ellas.

Respecto a los otros elementos de estos crímenes, al igual que a nivel universal, no presentan diferencias con el delito de traslados ilegales existiendo plena coincidencia entre éstos.

Finalmente la última de las figuras es el Traslado de la Población Civil de la Potencia Ocupante al territorio que ocupa y la Expulsión o Traslado de la Población Civil Ocupada dentro o fuera del territorio ocupado.

En lo que difiere con las figuras anteriormente descritas, es que en éstas es necesaria la existencia de una ocupación por parte una potencia sobre un territorio determinado de la otra, y que sobre este territorio acontezcan cualquiera de las dos conductas, el traslado de población de la potencia ocupante hacia territorio ocupado, o bien el traslado o deportación de población de territorio ocupado dentro o fuera de éste.

Recordemos que lo perseguido por esta conducta es el ataque (o represalia) a la población civil. Al igual que las otras figuras se contemplan elementos de antijuridicidad, como son las necesidades militares y la seguridad de la población,

los cuales deben ser tomados desde las fuentes internacionales y la propia práctica jurisprudencial, que será determinado caso a caso.

Finalmente debemos decir que este delito requiere dolo directo, o al menos eventualmente, por cuanto debe conocer, al menos en los hechos, la situación de ocupación que afecta a un territorio determinado, y que no se cumplen los requisitos legales necesarios para que el traslado sea denominado como legal, o bien que derechamente se utilicen los argumentos legales a fin de castigar a la población ocupada. En lo referido a sujeto activo (indeterminado), pasivo, y medios de comisión (indiferente aunque es delito de mera actividad), sigue los elementos generales de esta clase de ilícitos.

De lo expuesto por estas normas nos encontramos con una recepción mayoritaria de los contenidos presentes en el derecho internacional penal aplicable, salvo diferencias puntuales –que no afectan la esencia de los actos castigados- no debería presentar problemas en su aplicación, dada la presencia en nuestro ordenamiento de las normas sustantivas que les dan origen, así las cosas los operadores del derecho tendrán de un sustento teórico clave a la hora de configurar y desarrollar prácticamente casos vinculados a estos crímenes.

3.2.8. Ataques a la Propiedad

Como se expuso pertinentemente, los ataques en contra de la propiedad son un mecanismo de castigo a la población civil, así como una forma de minar la moral del enemigo. Recordemos que estas infracciones lo son tanto del Derecho de La Haya como del Derecho de Ginebra, pues no sólo afectan a personas en el contexto de un conflicto bélico, sino que también han sido históricamente una forma de hacer la guerra.

En nuestra legislación positiva, específicamente en el Código de Justicia Militar, los ataques a la propiedad no han sido tratados en cuanto tales, sino que como el lanzamiento de ataques en contra determinadas posiciones, siendo estas cercanas

a los medios prohibidos de combate, estando en presencia de un vacío en la legislación.

Así las cosas, fue con los proyectos de reforma que se intentó incluir estos actos en el corpus interno de los crímenes de guerra. Así en el proyecto de ley de 2004 se incorporó con una redacción idéntica a la del Estatuto creador de la TPI, en cuanto a la destrucción y apropiación a gran escala, ilícita y arbitrariamente, no justificada por necesidades militares, de bienes tanto de una persona protegida como de la enemiga, y en este caso se contemplaban a su vez los bienes de uso personal de personas de la parte enemiga, que eran apropiados por el agente sin derecho y contra la voluntad de su dueño (requisiciones ilegales), [Art. 161E g), 161F c) y f)].

En el actual texto legal se realizaron una serie de modificaciones a estas contravenciones. La primera de ellas es que se refundieron todas en un solo artículo. Se contempló una remisión al Código Penal en la penalidad de estos delitos, cuando se cometen a través de lo que en doctrina nacional se llaman delitos de destrucción, y se eliminó la figura de las requisiciones ilegales (lo que comentaremos en el próximo capítulo), quedando la tipificación de éstas como sigue:

Artículo 27.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que destruyere o se apropiare a gran escala de bienes de una persona protegida o bienes protegidos, por causas no justificadas por necesidades del conflicto armado.
Con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo se castigará al que destruyere o se apropiare a gran escala de bienes del enemigo, por causas no justificadas por necesidades del conflicto armado.
La misma pena se aplicará al saqueo de una ciudad o plaza, incluso si se la tomare por asalto.
Si la destrucción señalada en el inciso anterior se cometiere mediante incendio o causando grandes estragos, se estará a las penas contempladas en el párrafo 9 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal.

El primero de los aspectos que debemos entender es que a diferencia de lo prescrito por la norma universal en que se inspira ésta, es aplicable tanto en

conflictos armados internacionales como no internacionales, lo que amplía considerablemente el margen de protección de las personas en caso de conflicto interno.

Esta protección es de carácter omnicomprensivo, al abarcar bienes públicos y privados. Sobre la forma en la cual estos bienes son protegidos -aquellos nombrados en el Artículo 17²⁸¹- debemos decir que se debe tomar como patrón los criterios que al efecto han sido tomados en cuenta por las normas ginebrinas²⁸².

Respecto a las conductas punibles estas son destruir como apropiar. En particular esta última puede ser a nombre propio como de un tercero. En ambos casos el mecanismo de comisión para lograr ese resultado es para el legislador absolutamente indiferente, pues este es un delito de resultado, que exige que el bien haya sido destruido (total o parcialmente, pero lo suficiente como para dañar su función) o apropiado (sea por medios físicos, como un hurto o un robo, o por medios morales como las requisiciones).

En cuanto a sus elementos, debemos considerar que el sujeto activo es indeterminado. Como todas las demás infracciones de que trata la ley, pueden ser alcanzados los mandos. En cuanto al sujeto pasivo, este es una persona protegida (inciso primero) de acuerdo a los términos del Artículo 17. En el caso de los bienes de la parte enemiga (inciso segundo), se debe entender que son los bienes protegidos del Artículo 17, incluidos aquellos que pertenecen a la población civil.

Al igual que el tratado creador de la Corte Penal Internacional, la norma plantea un requisito de suficiencia para ser conocida como crimen de guerra, cual es que la

²⁸¹ e) Bienes protegidos: los de carácter sanitario, cultural, histórico, civil, religioso, educacional, artístico, científico, de beneficencia y otros referidos en los artículos 19, 20, 33, 35 del Convenio I de Ginebra, de 1949; en los artículos 22, 38 y 39 del Convenio II de Ginebra, de 1949; en los Protocolos I y II de dichos Convenios; en la Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, de La Haya, de 14 de mayo de 1954, y en otros convenios internacionales vigentes en Chile.

²⁸² Véase *Supra*. Nota 150.

destrucción o apropiación sea a gran escala. Entendemos que éste no es un tema de cantidad, sino de la relevancia de los actos realizados, en particular en lo referido a los bienes protegidos.

Respecto a los elementos de antijuridicidad, debemos señalar que si bien no se utilizan las expresiones “ilícita y arbitrariamente”, debemos entender que se pueden producir destrucciones lícitas de bienes. Éstas, a falta de una regulación expresa en la ley, las debemos remitir a los conceptos generales de protección del DIH, esto es el principio de distinción entre bienes civiles y militares (los que pueden ser blanco lícito de ataque), y respecto de los primeros, cuales son las condiciones bajo las cuales estos son protegidos; son relevantes a su vez las situaciones en las cuales se pierde esa protección, de acuerdo a las normas universales²⁸³.

Respecto a los elementos subjetivos del tipo, debemos considerar que este crimen o delito (dado que en el caso de destrucción de bienes del enemigo la pena es sensiblemente inferior), exige su comisión con dolo directo o al menos dolo eventual, dado que exige conocimiento del tipo de bien de que se trata, a quien pertenece, y si conoce o no el estatuto que respecto de ellos pertenece. Bajo ninguna circunstancia se puede contemplar su comisión culposa.

La siguiente figura es la relacionada con el saqueo de una ciudad o plaza, aun cuando es tomada por asalto, que ha sido regulada desde antiguo, formando parte del derecho internacional consuetudinario. Entre nosotros esta conducta fue una de las pocas que estaban plenamente reguladas en el vetusto Código de Justicia Militar, como parte de una de las figuras del Art. 262, relacionándose con las violencias en contra de las personas.

²⁸³ Véase *Supra* Pág. 92 y ss.

El saqueo del Código de Justicia Militar fue definido como “entrar en una plaza y robar cuanto de halla”²⁸⁴. Ésta es la definición que existe desde los Reglamentos de La Haya, aunque para esta ley es preferible utilizar el concepto que ya hemos definido para este delito a nivel internacional²⁸⁵. En cuanto al asalto, al incluirlo textualmente de los tratados internacionales, es una total novedad en la ley actual, dado que en el Código de Justicia Militar no había referencias a cuando ocurría un asalto, por lo que estas figuras podían quedar en la impunidad, con la apropiación sin derecho de bienes de la persona para quedárselo por parte del agente, o entregarlo como “botín de guerra”.

Finalmente el último de los puntos tiene que ver con la destrucción de bienes bajo formas que ocasionan un gran daño, no sólo hacia el sujeto pasivo sino también a las otras personas y al entorno. Estos delitos, que si bien siguen siendo un atentado al patrimonio y a los derechos de las personas, tienen una afectación mucho más intensa, por cuanto afectan a otras personas y al entorno en el cual ellas se desenvuelven. Estos delitos son calificados por la doctrina como delitos de peligro concreto, por los naturales riesgos que llevan consigo estos actos.

A nivel general, estos delitos cuentan con regulación en el Código Penal, en el párrafo 9 del título IX (Artículos 474 y siguientes), y los delitos comprendidos son los de incendio y estragos, contemplando estos (aunque no de forma exclusiva) los de sumersión, inundación, destrucción de puentes, explosión de minas, o la aplicación de cualquier otro medio tan poderoso como los expresados (Art. 480 CP). Estos delitos contienen el mismo régimen de penas.

Las penalidades de estas conductas son bastante severas. Mucho más que la pena que contempla el artículo 27. En este caso debemos advertir que si producto del incendio muere la persona se aplica la pena del incendio con resultado de

²⁸⁴ ASTROSA H. Renato, Derecho Penal Militar, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1974, Pág. 215.

²⁸⁵ Véase *Supra*. Pág. 95.

muerte (delito calificado por el resultado), más que el concurso entre este el crimen de guerra de destrucción y el de homicidio.

El párrafo contiene una variedad de penas dependiendo del lugar afectado por el incendio (edificio, edificio destinado a servir de morada, tren o buque o edificio o lugar dentro de un poblado, bosques, pastos, mieses), si produce resultados lesivos para las personas (muerte o mutilación de miembro importante), o la capacidad de comunicación entre un foco de incendio y otros lugares, y el daño que produce a estos.

No podemos dejar pasar un punto respecto a las penalidades del delito de incendio o grandes estragos en objetos que no sean los indicados en el párrafo precedente, en cuyo caso la penalidad dependerá de la cuantía del objeto. El problema es que en los objetos que son menores a 40 Unidades Tributarias Mensuales reciben una pena menor (presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo en los casos más calificados) a la pena que recibe el autor del crimen de guerra de destrucción, si no lo acomete con incendio o graves estragos (que siempre parte del presidio menor en su grado máximo), por lo que se produce una incoherencia, pues en toda la norma de esta ley es irrelevante para el legislador el quantum de los objetos apropiados o destruidos, lo que deja de serlo cuando nos enfrentamos a un incendio o estrago que afecta la propiedad de personas protegidas. Además se genera un problema práctico, cual es que es muy difícil entregar una apreciación de lo que se destruyó, dado que se toma al momento en que el bien fue destruido y la significación que para la persona tiene ese bien en términos laborales o emocionales, lo que deberá ser apreciado judicialmente, pudiendo conducir a resultados no deseados.

Respecto al régimen de concursos, debemos indicar que salvo en lo referido a la destrucción con incendio o con estragos, en el resto de las figuras de este crimen se produce un concurso real de delitos, acumulándose las penas aplicables a ambos delitos, al igual que en la mayoría de los crímenes y delitos de éste título.

En cuanto al orden y estructura de estos delitos, debemos señalar que se decidió mantener un orden en cuanto al bien jurídico protegido, propiedad y derechos, algo en que se acerca a los modelos comparados, aunque en ello sacrifica cierto orden, como la relación entre el saqueo y los medios de destrucción de propiedad. Pese a ello, logra recoger los elementos y la construcción que venía configurado primordialmente de las normas internacionales, respetando de ese modo sus márgenes (dejando abierto su precisión), lo que hace que su aplicación sea más sencilla por los operadores.

Quizás el aspecto más complejo en esta relación sea la apropiación, en particular con las remisiones interpretativas a los delitos de robo y hurto, relacionado con el régimen de penas, y su adecuada sistematización, además de la relación concursal con otros actos delictivos y si entra dentro del concepto apropiar actos como las requisiciones ilegales. Sólo la aplicación práctica de la norma podrá resolver la cuestión.

3.2.9. Ordenar a Personas Protegidas a Prestar Servicio a la Potencia Enemiga

Esta infracción es una de las más antiguas -pues viene desde las regulaciones de La Haya y luego estuvo presente como infracción grave al III Convenio de Ginebra de 1949- que existen solamente en el contexto de los conflictos armados internacionales, como forma de minar la moral del enemigo respecto a la “lealtad” que guardan sus hombres con sus banderas.

A nivel interno, este delito recogía en el numeral 1º del Artículo 261 del Código de Justicia Militar los supuestos fundamentales de las normas internacionales de protección en cuanto a que el sujeto pasivo era un Prisionero de Guerra, y la conducta consistía en “obligarlos a combatir contra sus banderas”. En este caso el acto era necesariamente participar forzosamente en operaciones bélicas dirigidas

contra la potencia a la que pertenecían, al ser apresados, no existiendo claridad de si abarcaba a los aliados de aquella potencia.

En los proyectos que buscaron adaptar nuestra legislación al nuevo panorama normativo internacional, se mantuvo este delito y se amplió su marco de protección al resto de las personas protegidas. Así en el proyecto de 2004 se transcribió de forma idéntica el texto del Estatuto de Roma, en donde se señala que Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga. En este caso se seguía el razonamiento hecho por el Comité Preparatorio, en el sentido de la participación de las personas protegidas en operaciones de ataque en contra de su propio país, aliados o fuerzas armadas²⁸⁶.

En la actual ley se altera la redacción, al explicitarse los elementos subjetivos ante los cuales se está presente al momento de cometer este crimen, que son la coacción a la persona protegida para servir al enemigo, valiéndose tanto de fuerza física como moral, así lo señala el numeral tercero del Artículo 31:

Artículo 31.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que

3º. Constriñere mediante violencia o amenazas a una persona protegida, a un miembro de la población civil o a un nacional de la otra parte a servir al enemigo.

Lo primero que llama la atención de esta redacción es el empleo de la palabra constreñir, que es compeler por la fuerza (debiendo entenderlo como física o moral) a alguien, la persona protegida, a ejecutar algo (en cuyo caso no se entiende la inclusión de la población civil aparte de las personas protegidas si ya lo son), junto con los nacionales de la parte enemiga, que son agregados expresamente, a fin de otorgar una mayor protección, pues en la primera lectura podrían ser excluidos, al no formar parte expresa de la categoría de personas protegidas del Artículo 17.

²⁸⁶ Véase *Supra*. Pág. 85.

El otro aspecto que debemos considerar, es que se menciona expresamente en la norma el carácter coactivo de este “servicio”, al mencionar como elementos de la constricción que debe ser con violencias o amenazas. En este caso pueden ser dirigidas en contra de la vida y la salud de la persona protegida o su familia o cercanos, a fin de conseguir que no sólo se “enrole” en la fuerza enemiga, sino también que ataque a sus banderas.

En este delito el sujeto activo es indeterminado, aunque creemos debe ser alguien con capacidad de mando o control sobre tropas que dirigen operaciones bélicas, y por cierto, los mandos de aquellos. Este es un delito de mera actividad, en cuanto a que el sujeto pasivo debió participar contra su voluntad en una acción de ataque contra sus banderas, con independencia a si el ataque ocasionó daño o muertes en el adversario, y como medios de comisión encontramos las amenazas o atentados a la vida o integridad física, a fin de obtener el objetivo.

En cuanto a los elementos subjetivos este es un delito doloso, y sólo se puede cometer con dolo directo, por cuanto el agente sabe lo que realiza, y los mecanismos de acción para lograr el resultado de intimidación que busca conseguir entre las huestes adversarias.

Tenemos aquí la actualización de una de las pocas normas que “sobrevivieron” de la vetusta regulación de los crímenes de guerra del Código de Justicia Militar, en este caso se realizó un trabajo de actualización, mejorando sus elementos, corrigiendo los defectos en su técnica legislativa, facilitando así su comprensión y aplicación por parte de los operadores del derecho.

Este tipo particular reconoce la influencia de las otrora normas de las Regulaciones de La Haya, que aunque fueron concebidas en un contexto diferente, mantienen su presencia, al igual que otras figuras como el cuartel, y recobran su vigor con una redacción moderna y comprensiva. A nivel comparativo, aparece como una versión mejorada al ser presentadas de forma explícita alguno de sus

elementos, pero que en absoluto complica una interacción entre ellas y facilita la utilización eventual de argumentos de tribunales internacionales en los casos que sean conocidos en nuestras fronteras.

3.3. CRÍMENES COMETIDOS EN CONTRA DE CIVILES Y COMBATIENTES POR USAR MÉTODOS PROHIBIDOS DE COMBATE

Este otro tipo de normas son aquellas en que deriva del derecho internacional consuetudinario -como las Regulaciones de La Haya- que hacen carne el principio que consagra que los medios de hacer la guerra no son ilimitados.

Estos medios prohibidos de combate no fueron regulados adecuadamente por el Código de Justicia Militar, salvo algunos aspectos puntuales, por lo que su inclusión en términos semejantes a los del Estatuto de Roma del TPI, es un verdadero aporte en términos de cerrar una laguna en la criminalización de estos actos.

3.3.1. Ataques contra Objetos y Población Civil

Estos ataques, que se encuentran reglamentados desde antiguo no contaban con cierta presencia en el código penal militar de 1925, que sólo estaba presente como ataques a la propiedad pero no como un lanzamiento de ataques teniendo a la población civil de objetivo.

En el proyecto de ley de 2004 se configuró este crimen en el Artículo 161 F a) que en términos expresos señalaba el lanzamiento de un ataque en contra de la población civil en cuanto tal, contra bienes civiles, ciudades, pueblos o aldeas no defendidos y que no sean objetivos militares, aquí estamos en presencia de infracciones al principio de distinción y el ataque intencional a persona y objetivos protegidos.

En la actual ley se coloca estos mismos elementos claro que se presentan de forma más ordenada de forma alfabética que revueltas en un sólo párrafo, quedando estructuradas en el Artículo 29.

Artículo 29.- Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que lance un ataque contra:

- a) Una población civil o personas civiles;
- b) Ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;
- c) Bienes de carácter civil, esto es, bienes que no son objetivos militares

Respecto de las letras a y c debemos decir que debemos distinguir a nivel conceptual entre lo que debemos entender como población civil aquella que ha sido expresamente definida en el Artículo 17 y forma parte de las personas protegidas, sobre ello no debemos hacer mayores precisiones pese a la expresión persona civil que por su naturaleza también es persona protegida, respecto a la naturaleza de los bienes civiles (que son aquellos que no son bienes militares), y cuales son los criterios de protección señalando los casos en los cuales pueden ser lícitamente atacados y como se debe evitar que bienes civiles sean afectados por bombardeos, al respecto debemos señalar que el crimen que busca sancionar esta norma son los ataques indiscriminados.

Respecto a la letra b hay que mencionar que es aquel ataque producido en circunstancias de una zona desmilitarizada o en zona no defendida en el marco de los Artículos 59 y 60 del Protocolo Adicional I, que establece una serie de requisitos para gozar de la protección que otorga el protocolo, que ya ha sido explicado cuando analizamos esta figura como crimen internacional y que es aplicable aquí para efectos de interpretación²⁸⁷.

²⁸⁷ Véase *Supra*. Página 104.

Otro punto que debemos mencionar es que en estos delitos, al igual que en las normas universales no exige un resultado concreto respecto a la pérdida de vida o bienes de la población atacada, o bien que los bienes hayan sido destruidos a gran escala aceptándose los criterios establecidos por el Comité Preparatorio sobre frustración²⁸⁸. En cuanto a los medios de comisión estos son indiferentes en la medida que concurra al acto de realizar el ataque indiscriminado.

En las tres figuras de este párrafo no se menciona expresamente la palabra “intencionalmente” como elemento del tipo, si se entiende como parte integrante de éste que la realización de estos actos requiere de dolo directo (conoce y quiere la conducta) o al menos con dolo eventual, pues debe el agente saber que lo que está atacando no es un objetivo militar y las personas tenían el estatuto de civiles, y con todo lanzó el ataque en su contra. El conocimiento del estatus tanto de las personas como de los bienes se recoge sobre la base de la información que contaba el agente al momento de ejecutar el ataque, en el caso de los lugares no defendidos esta es una cuestión de hecho que será tomado en cuenta al momento de lanzar el ataque (como que no se ven militares en la zona) que se revisará judicialmente caso a caso.

Respecto al sujeto activo, la redacción del artículo lo establece de forma indeterminada, pese a ello debemos restringirlo a quienes dirigen el ataque y quienes ejecutan la orden o lo lanzan que se atenderán a lo dispuesto en los Artículos 36 y 38 de la misma ley, aunque el mayor peso del reproche es llevado por los Comandantes Militares que son quienes manejan los cursos de acción al momento de decidir una operación y cuales son los efectos que ellos tienen sobre el lugar a operar y sus efectos sobre las personas, aunque ello no descarta la acción de civiles.

²⁸⁸ Véase *Supra*. Nota 164.

Podemos señalar, a modo de síntesis, que los ataques indiscriminados, son tratados de forma más simple, pues interactúa con los criterios generales del artículo 17, facilitando la interpretación y por otro lado la utilización expresa de otras normas de derecho internacional, sin necesidad de adaptarlas a otra ley, generando armonía con la legislación universal, sin que existan particularidades propias o mayores diferencias entre los delitos.

3.3.2. Ataques contra Objetos: Personas o lugares especialmente protegidos

Uno de los elementos más notorios son los ataques en contra de determinados bienes que son particularmente protegidos por una serie de instrumentos que han sido expresamente mencionados en el Artículo 17; de ellos se recoge no sólo el ataque a un objeto o persona determinada sino que también la violación a uno de los principios básicos del DIH que es el principio de proporcionalidad.

En el primitiva legislación del Código de Justicia Militar se contemplaba ataques a lugares especialmente protegidos en el numeral segundo del Artículo 261 que trataba acerca de ataques maliciosos y en contravención a las órdenes recibidas en contra de hospitales, asilos de beneficencia, templos, notables obras de arte, bibliotecas, archivos o museos, Los otros actos insertos en el cuerpo legal eran referidos a actos en contra de los prisioneros de guerra y los militares heridos o enfermos, muy propio de la regulación existente en los Reglamentos de La Haya de inicios de Siglo XX.

En el proyecto que insertaba al Código Penal estas infracciones criminalizaba el lanzamiento de ataques en contra de enemigo rendido o que no tenga los medios para defenderse, la violación al principio de proporcionalidad (que generará a sabiendas pérdida de vidas o lesiones a civiles o daños extensos duraderos y graves al medio natural) [Art. 161 F a]; ataques en contra de edificios, personal o transporte sanitario, de misiones de mantenimiento de la paz, o de asistencia

humanitaria, [Art. 161 F e], Ataque en contra de edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, ciencias o beneficencia o agrupe a militares enfermos y heridos y no sean objetivos militares [Art. 161 F f].

En la actual ley debemos se ordeno todas estas figuras como literales del Artículo 29 contemplando la infracciones al principio de proporcionalidad, ataques a personas indefensas y a ciertos bienes, quedando estos como sigue;

Artículo 29.- Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que lance un ataque contra:

d) Un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido;

e) Obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa del conflicto que se prevea;

f) Monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, o

g) Edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los hospitales y los lugares en los que se agrupan a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares.

Si realizamos la comparación entre ambas normas podemos decir que las letras d) y g) mantienen la redacción del proyecto de 2004, mientras que los literales e) y f) sufrieron modificaciones en su presentación las que serán examinadas en los párrafos siguientes. Debemos dejar constancia de que ciertos sujetos pasivos de los ataques han sido expresamente eliminados como lo son el personal de mantenimiento de la paz y de asistencia humanitaria, los que al tener protección de carácter civil de acuerdo al Derecho Internacional y a la carta de Naciones Unidas, se amparan por las letras a) y c) del Artículo 29 ya examinadas.

Previamente debemos señalar que los elementos de todos estos tipos (cometidos solamente en el marco de un conflicto internacional) son idénticas a las anteriormente tratadas en cuanto a la calidad del sujeto activo, los medios de comisión del acto, y en la concurrencia de resultados en los mismos.

En cuanto a sus particularidades debemos señalar que en el caso de la letra d) el sujeto pasivo de la conducta es un enemigo que haya depuesto las armas o se haya rendido al no tener medios para defenderse. Esta redactada en términos idénticos al literal vi) del Artículo 8.2.b. En el sentido de atacar a quien se encuentra fuera de combate, (aunque la legislación chilena es más restrictiva en cuanto a que el sujeto pasivo sólo debe ser el enemigo del agente o de la nacionalidad del agente, quedando fuera el combatiente en conflicto interno produciéndose impunidad) que se encuentra regulado desde las regulaciones de La Haya que establece una serie de elementos que se deben de tener en cuenta a la hora de considerar que estos actos sean lícitos o no. Sobre esto ya nos referimos para el caso del Estatuto por lo que nos referimos a este para su análisis²⁸⁹.

Respecto a la segunda de las figuras que se refiere a los ataques en contra de obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas que ese ataque generará pérdidas de vidas o lesiones de civiles, daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente manifiestamente excesivos a la ventaja militar concreta del conflicto que se prevea.

Como primer análisis debemos señalar que el concepto de “fuerzas peligrosas” no ha sido desarrollado entre nosotros, por ello y a efectos de interpretación debemos mencionar la definición que al efecto ha desarrollado el Artículo 56 del Protocolo

²⁸⁹ Véase *Supra*. Páginas 67 y ss.

Adicional I de 1977 que también establece los criterios de protección y cuando es cesado convirtiéndose en objeto lícito de ataques.²⁹⁰

En cuanto a los bienes que pueden ser afectados ante la liberación de estas fuerzas peligrosas, debemos señalar que en el caso de la pérdida de vidas, lesiones o daños de objetos de tipo civil no es mucho lo que debemos agregar pues se encuentran amparados por la norma del Artículo 17.

²⁹⁰ **Artículo 56** - Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas

1. Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil. Los otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades, no serán objeto de ataques cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil

2. La protección especial contra todo ataque prevista en el párrafo 1 cesará:

a) para las presas o diques, solamente si se utilizan para funciones distintas de aquellas a que normalmente están destinados y en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

b) para las centrales nucleares de energía eléctrica, solamente si tales centrales suministran corriente eléctrica en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

c) para los otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades, solamente si se utilizan en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo.

3. En todos los casos, la población civil y las personas civiles mantendrán su derecho a toda la protección que les confiere el derecho internacional, incluidas las medidas de precaución previstas en el artículo 57. Si cesa la protección y se ataca a cualquiera de las obras e instalaciones o a cualquiera de los objetivos militares mencionados en el párrafo 1, se adoptarán todas las precauciones posibles en la práctica a fin de evitar la liberación de las fuerzas peligrosas.

4. Se prohíbe hacer objeto de represalias a cualquiera de las obras e instalaciones o de los objetivos militares mencionados en el párrafo 1.

5. Las Partes en conflicto se esforzarán por no ubicar objetivos militares en la proximidad de las obras o instalaciones mencionadas en el párrafo 1. No obstante, se autorizan las instalaciones construidas con el único objeto de defender contra los ataques las obras o instalaciones protegidas, y tales instalaciones no serán objeto de ataque, a condición de que no se utilicen en las hostilidades, salvo en las acciones defensivas necesarias para responder a los ataques contra las obras o instalaciones protegidas, y de que su armamento se limite a armas que sólo puedan servir para repeler acciones hostiles contra las obras o instalaciones protegidas.

6. Se insta a las Altas Partes contratantes y a las Partes en conflicto a que concierten entre sí otros acuerdos que brinden protección complementaria a los bienes que contengan fuerzas peligrosas

7. Para facilitar la identificación de los bienes protegidos por el presente artículo, las Partes en conflicto podrán marcarlos con un signo especial consistente en un grupo de tres círculos de color naranja vivo a lo largo de un mismo eje, como se indica en el artículo 16 del Anexo I del presente Protocolo. La ausencia de tal señalización no dispensará en modo alguno a las Partes en conflicto de las obligaciones dimanantes del presente artículo.

Respecto a los daños al medio ambiente, debemos entre nosotros remitirnos a la definición legal que hace la ley número 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente de 1994 que en su artículo 2º literal II) lo define como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

Esta es una violación del principio de proporcionalidad por cuanto se entiende que estos bienes en principio no son objetivos militares si liberan las fuerzas que contienen, salvo que estas sean usadas como apoyo regular, directo e importante a la causa bélica. El delito se configura ante la concreción de alguno de los siguientes supuestos.

- a) El lugar no era objetivo militar
- b) El lugar era objetivo militar, pero cumplía con los requisitos para que no cesara su protección del numeral segundo del Artículo 56 del Protocolo Adicional I
- c) El lugar era objetivo militar, había cesado lícitamente su protección de acuerdo al Protocolo Adicional I pero el ataque fue hecho intencionalmente a fin de liberar las sustancias allí contenidas
- d) El lugar es atacado como forma de represalia.

Consideramos que este delito es básicamente de mero peligro por cuanto no es necesario que se produzca una liberación de los elementos peligrosos, pero si que el ataque es capaz de liberar tales fuerzas y cuales son los efectos esperados respecto a la presencia de tales elementos.

Respecto al dolo lo establecemos como dolo directo en una doble vertiente, por un lado debe el agente, tener respecto a cual es la ventaja concreta y directa esperada del ataque, si esta no es advertida el ataque es ilegal, por otro lado debe el agente saber que es exactamente lo que está atacando y los riesgos que conlleva su

operación, es necesario la presencia de ambos elementos subjetivos para definir el ilícito²⁹¹.

Como en los otros casos donde es utilizado el principio de la necesidad militar debemos considerar que tal noción es analizada en el terreno y será resuelta caso a caso.

Analizaremos de forma conjunta los literales f y g del Artículo 29 referido a ataques en contra de bienes especialmente protegidos no sólo por los Convenios de Ginebra sino también por el Convenio de Protección de Bienes Culturales de La Haya de 1954, que es la que establece los mecanismos de protección y cuando nos encontramos con un ataque ilegal, al respecto nos remitimos a lo señalado para este delito a nivel internacional²⁹².

Chile se hizo parte tanto de la Convención, como del reglamento, como sus dos protocolos por Decreto número 240 de Relaciones Exteriores de 5 de Enero del presente año por lo que sus reglas son aplicables.

Como comentario podemos decir que, si bien todos son métodos de combate prohibido, falta cierto orden en la presentación de las figuras, en consideración a su naturaleza, así debieron tratarse por separado los ataques a personas y a lugares, por ello lo relacionado a monumentos y lugares de culto o que merecen una protección especial debe ser tratado en artículos separados al resto de los lugares blanco de ataques, dado el mayor disvalor que tiene el atacar a quien ya no puede defenderse, ocasionando potencialmente un resultado fatal, violando bienes jurídicos altamente protegidos por el legislador como la vida o la integridad física

²⁹¹ Aunque puede ser advertido la presencia de dolo eventual, en particular en la segunda de las figuras por cuanto es evidente que si uno va a atacar una represa puede suponer que se liberará tal cantidad de agua que puede inundar un poblado, por lo que basta que represente el resultado para configurar la infracción pese a que la redacción establezca la voz “a sabiendas” propia del dolo directo.

²⁹² Véase *Supra*. Página 105 y 106.

del enemigo por lo que se debiera aumentar el grado de severidad con que se castigan estos actos.

También hay que tener en cuenta la situación que enfrenta el uso de ciertos conceptos, o el reenvío de las normas que los contienen como el caso de hospitales a fin de establecer claramente los criterios de antijuridicidad de los ataques, depurando de esta forma la técnica legislativa y facilitando la aplicación de la ley. En cuanto a su relación con las normas internacionales existe una plena coincidencia, que será relevante al momento de configurar argumentos frente a un caso concreto.

3.3.3 Ataques a Traición

Los ataques pérfidos, uno de los métodos más abyectos de combate, no habían sido cubiertos adecuadamente por la legislación chilena. De hecho en el Código de Justicia Militar no existía normativa al efecto -pese a que ella estaba presente desde las regulaciones de La Haya- por lo que existía absoluta impunidad frente a esta conducta.

Para salvar esto, en la moción de los Senadores Naranjo y Viera-Gallo se contemplaba el homicidio o lesiones (de cualquier tipo) cometidos a traición siendo definido de acuerdo al Protocolo Adicional I, en su Artículo 37 como “aquel acto que apelando a la buena fe de un adversario (ganándose la confianza de esta persona especificando como perteneciente a la nación o ejército enemigo dice el Artículo 161 F a) con intención de traicionarla [no está expresado en la norma]), 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 en los conflictos armados”.

Esta misma definición fue la que recogió la actual ley que en su artículo 19 que, al igual que el proyecto precedente es comprensivo tanto en los Conflictos Internacionales como no Internacionales, pese a su redacción puesto que se encuentra inserto en el párrafo segundo de este título que son crímenes en caso de conflicto

armado y no en el párrafo tercero que expresamente trata de crímenes cometidos en conflictos armados internacionales.

Artículo 19.- Será castigado con la pena contemplada en el artículo anterior, el que matare o hiriere a una o más personas pertenecientes a la nación o ejército enemigo actuando a traición.

Actúa a traición el que se gana la confianza de una o más personas pertenecientes a la nación o ejército enemigo, haciéndoles creer que tenía derecho a protección o que estaba obligado a protegerlos en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados.

Este delito se puede describir, al igual que en el tipo internacional como un ataque a la buena fe por parte de un sujeto activo indeterminado que comete ataca al sujeto pasivo (que es determinado al miembro de nación o ejército enemigo) haciéndole creer que consta de protección (que carece) para así atacarlos, la gama de actos que pueden ser considerados como pérfidos ya han sido descritos precedentemente cuando tratamos este acto a nivel internacional²⁹³.

Este delito, que es típicamente un delito de resultado pues exige la concurrencia de la muerte o las heridas del sujeto pasivo para que se configure la infracción, en el caso de las heridas no se requiere que tengan una gravedad especial para medir el castigo, basta que se haya atacado al sujeto pasivo sin importar su gravedad, pues el bien jurídico protegido no es ni la vida ni la integridad física del sujeto pasivo sino que su buena fe a la hora de combatir

En cuanto a otros elementos del delito debemos considerar que son similares como el verbo rector y los elementos subjetivos del tipo debemos señalar que son idénticos a los de la norma internacional por lo que a ellos nos remitimos²⁹⁴.

²⁹³ Véase *Supra*. Página 107.

²⁹⁴ *Idem*.

3.3.4. Cuartel

Uno de los delitos clásicos dentro de los crímenes de guerra es la declaración o acción de batalla tendiente a no dejar supervivientes. Pese a su antigua regulación y formar parte del corpus del Derecho Internacional Consuetudinario de los Conflictos Armados no había norma alguna que lo castigara ni en el Código Penal ni en el Código de Justicia Militar, recién en la moción parlamentaria de 2004 se le incluyó conceptualizándolo como “Ordene o haga una declaración en el sentido que no hayan sobrevivientes para amenazar a un adversario u ordene proceder a las hostilidades de manera que no quedasen sobrevivientes” (Art. 161 F b).

En ley actualmente vigente se recoge sin mayores variaciones esta definición presentándola como sigue en el numeral primero del Artículo 24:

Artículo 24.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo el que:

1°. Ordene o haga una declaración en el sentido que no haya sobrevivientes para amenazar a un adversario o para proceder a las hostilidades de manera que no quedasen sobrevivientes,

Ciertamente se mostraba mejor ordenado la definición anterior, en particular para dejar en claro que este delito tiene una fase expresa dada en la orden o la declaración y una fase tácita que se expresa solo en los hechos, acercándose más a lo propuesto por el Protocolo Adicional I que al propio tratado romano.

En cuanto a los elementos del crimen tanto objetivos como subjetivos son idénticos a los del delito internacional que ya fue examinado precedentemente²⁹⁵.

3.3.5. Prohibición de Escudos Humanos

Este es otro de los crímenes de guerra, aunque solo para los conflictos armados internacionales, que no estaban incluidos en el Código Penal Castrense dada lo

²⁹⁵ Véase *Supra*. Página 108.

novedosa de su cristalización como crimen de guerra, en el proyecto de 2004 se contemplaba esta figura como colocar una población civil como escudo humano para proveer seguridad a un objetivo o zona militar. En la actual ley se amplía el margen de protección a todas las personas protegidas al igual que cuales son los objetos que se protegen con la instalación del escudo, así se presenta este crimen (o delito según la pena aplicable) en el Artículo 32:

Artículo 32.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que:

5º. Utilizare la presencia de una persona civil u otra persona protegida para ponerse a sí mismo o a ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares.

En este caso se amplió el margen de protección al incluir a otras personas protegidas, y se considera que poner a resguardo del propio agente por parte de la persona protegida también es presencia del ilícito, este es un delito de peligro dado que no es necesario que se produzca daño alguno a éstos sino que basta colocarlos en el posible lugar a atacar.

El mecanismo de comisión de este ilícito es amplia, a la luz de lo que recoge el Protocolo Adicional I en sentido de colocar ciertas instalaciones militares en medio de la población civil, o bien trasladarlas forzosamente a determinados recintos, todo ello debe realizarse intencionalmente lo cual supone ausencia del culpa por parte del agente (que es indeterminado), aceptándose tanto el dolo directo como el dolo eventual.

En todo caso este delito es un delito que deberá ser evaluado por el agente caso a caso dado que la expansión de las comunidades hagan que recintos que pueden ser blancos militares estén en medio de civiles y no forme parte de un plan predeterminado de ponerse a cubierto frente a un ataque, todo ello deberá ser juzgado prudencialmente.

Claramente este acto presenta un perfeccionamiento en relación a los preceptos universales, en los aspectos comentados en los párrafos precedentes, lo que es un aspecto rescatable y positivo por parte del legislador, como lo es la edad en el caso del reclutamiento de menores de edad, lo que permite perseguir de forma contundente estos actos, reduciendo la impunidad y creando un espacio de mejora a la norma universal y contribuyendo al desarrollo al DIH.

3.3.6 Inanición de la Población Civil como medio para hacer la guerra

Este es otro de los actos -que solo se cometen en el marco de un conflicto armado internacional- que no se encontraban previamente presentes anteriormente a nivel del Derecho Penal Internacional pero si en el Protocolo Adicional I (Art. 54.2.), dado lo moderna de su inclusión no estaba presente en el Código de Justicia Militar, este delito que es más amplio que el hambre pues significa privar de los elementos esenciales de subsistencia a la población civil lo que involucra no solo alimentación sino que suministros como agua, abrigo y medicinas.

En el proyecto de 2004 se contemplaba este delito pero sólo desde la óptica de privar objetos esenciales de supervivencia a fin de hacer pasar hambre intencionalmente a la población civil (Art. 161 F c). En la actual regulación se recoge de forma literal el texto del tratado creador del TPI, así lo expresa el Artículo 30;

Artículo 30.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que provocare intencionalmente hambruna a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar deliberadamente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra.

Este delito o crimen sigue en forma literal los aspectos planteados en el crimen internacional, por lo que respecto a ellos conviene seguir lo que ya explicamos anteriormente sobre esta infracción, en particular lo relativo a cuando los elementos para supervivencia pueden ser legítimamente destruidos, aunque siempre

cautelando el bienestar de la población civil, o bien sea ocasionado como una forma de represalia en contra de éstos.

Este delito presenta dos caras (similar al ataque contra objetivos que liberan fuerzas peligrosas), esto es que el bien nunca cumplió los requisitos para ser atacado o bien fue legítimamente atacado pero no cautelando los derechos de la población civil. Por sus características este es un delito doloso sea directo o eventual en relación a la clase de bienes a destruir y los efectos que ellos tienen sobre el sujeto pasivo calificado cual es la población civil, los medios para la comisión de este delito son absolutamente indiferentes para el legislador a fin de lograr lo que el agente se propone.

Este delito, no exige daño para la población civil, es un delito de peligro, basta la intención de causar daño más que el daño efectivamente causado, en todo caso los elementos centrales de este delito se configuran como tantos otros de esta ley son dirimidos caso a caso por el juez que conozca de la causa, pues muchos de estos elementos son cuestiones de hecho.

3.4. CRÍMENES COMETIDOS CONTRA ENEMIGOS O CIVILES UTILIZANDO MEDIOS (ARMAS) PROHIBIDOS DE COMBATE

El desarrollo de la ingeniería y la ciencia militar ha sido vertiginoso en la últimas décadas mientras que la evolución de las reglas que lo regulan no se ha correspondido con la misma velocidad por lo que siempre han existido vacíos legislativos que redundan en una desprotección para las víctimas de los conflictos. En nuestro derecho si bien se han ratificado una serie de instrumentos que han restringido el uso de ciertos armamentos no ha existido la adecuada criminalización frente al uso de aquellos, el Código de Justicia Militar no establecía ningún artículo

que tratara acerca de estas cuestiones por lo que una reforma a ellos aparecía como algo urgente.

En el proyecto de 2004 de los Senadores Naranjo y Viera-Gallo se contemplaba tres tipos de ilícitos en el Artículo 161 G letras a-c (veneno o armas envenenadas, armas químicas, que básicamente era una reiteración de lo dispuesto en el Artículos 8.2.b. xvi) al xviii), a fin de evitar roces, no se decidió en ese proyecto ampliar el número de armas prohibidas como las minas antipersonales y las armas nucleares volcándose más bien hacia aquellas armas que han sido criminalizada de forma consuetudinaria y consensuada desde los primeros textos de DIH como los Tratados de San Petersburgo de 1868 como las balas dum-dum o las armas envenenadas.

En la actual ley, no se hacen grandes variaciones en cuanto a este sistema de armamentos, de hecho no se innova en ellas agregando nuevos medios prohibidos quedando los existentes, se modificó la redacción refundiendo en un sólo literal tanto el veneno como las armas químicas como el uso de balas prohibidas, manteniéndose la armonía entre la norma nacional y la internacional como se ve en el Artículo 31; debemos hacer presente que la penalización de armas prohibidas es solamente visible en caso de conflictos armados internacionales definidos en el Artículo 17 de la ley;

Artículo 31.- Sin perjuicio de la pena aplicable por el resultado lesivo de su conducta, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo al que:

- a) Empleare veneno, armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo que pueda causar la muerte o un grave daño para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas.
- b) Usare, conociendo sus resultados, balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano.

Respecto a la utilización de armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares y otros medios análogos que persigan el mismo fin podemos señalar que

al ser este artículo una reproducción de la norma internacional repite su estructura y características como la ausencia de una definición clara así como la distinción entre la sustancia y el dispositivo que es utilizado para su liberación que es el arma prohibida.

En cuanto a la regulación de las armas químicas, Chile es signatario tanto de la Convención sobre la Prohibición, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y su destrucción desde el 14 de Enero de 1993 inserta en nuestro medio por el Decreto 1764 de Relaciones Exteriores de 11 de marzo de 1997, como del Protocolo de Ginebra sobre la prohibición en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos de 1925 ratificado en Chile por Decreto 667 de Relaciones Exteriores de 18 de Junio de 1935, que es el instrumento fuente de la norma universal. Al igual que en el caso de las armas envenenadas reitera esta norma la del Tratado Romano, por lo que a ella remitimos las discusiones sobre el marco de aplicación y definiciones conceptuales.

Sobre aquellas armas que son excluidas de la norma internacional como los dispositivos antidisturbios y los herbicidas, estas fueron excluidas en los elementos de los Crímenes para aplicación para el propio tratado constitutivo de la TPI, por lo que en un reglamento futuro podría zanjarse si el empleo de estas armas es o no ilegal conforme a la ley chilena, *a priori* no hay una definición definitiva al respecto por lo que su uso en principio sería legal, aunque aquello es discutible.

En cuanto a los elementos de estos crímenes, comprendidos en este numeral [caracterizado como un delito de peligro] tanto objetivos como subjetivos no difiere en absoluto del crimen del Estatuto de la TPI por lo que nos remitimos a esas figuras para el análisis²⁹⁶.

²⁹⁶ Véase *Supra*. Pág. 113 y 114.

Sobre las balas prohibidas debemos señalar que el numeral segundo del Artículo 31 se refiere a aquellas balas que ya han sido prohibidas desde antiguo como las balas dum-dum, por lo que la actual legislación no realiza innovaciones relevantes respecto a nuevos tipos de municiones que aumenten de forma innecesaria el sufrimiento de los combatientes, este crimen, que al igual que el anterior es de peligro y mera actividad, tiene elementos objetivos y subjetivos (como la presencia de dolo directo por parte del agente) similares a los del Estatuto de Roma, por lo que nos remitimos a ellos para su análisis²⁹⁷.

El Artículo 31, contempla una penalidad de doble carácter, por un lado en la sola utilización de estos medios y por otro lado el resultado que con ellos se obtiene, debemos señalar que no estamos en presencia de un concurso de delitos sea real o ideal regulado en los Artículos 74 y 75 del Código Penal, ni la utilización de estas armas es una agravación en la pena sino que nos encontramos ante una acumulación de condenas frente a dos hechos delictivos diferentes que tienen juicios de reproche disímiles, por lo que ambas conductas deben ser analizadas y castigadas separadamente reafirmando el carácter de delito de peligro y mera actividad al ser usar estas sustancias dado el daño potencial que produce sobre las personas, el medio donde se desenvuelven y la duración de dichos efectos. Sobre las falencias de la norma será analizada en el Capítulo siguiente.

3.5. CRÍMENES COMETIDOS POR EL USO IMPROPIO DE SIGNOS Y EMBLEMAS

Este es uno de los tipos delictivos que se encontraban presente, a nivel interno, en el vetusto Código de Justicia Militar de 1925, y decía relación exclusivamente

²⁹⁷ Ídem.

con el uso indebido (sin derecho) de los emblemas de la Cruz Roja, en la zona de operaciones y en tiempo de guerra (Artículo 264) y no a los ataques que se realizan con esos abusos. En el proyecto de ley de 2004 se amplió el espectro al incorporarse emblemas de rendición (bandera blanca), del enemigo (mientras se lleva a cabo un ataque), y de los Convenios de Ginebra (Cruz Roja pero para fines de combate), lo que conlleva el reproche a los ataques péfidos más allá de los resultados efectivamente producidos.

En la actual ley se separan los elementos relativos a la presencia de ataques péfidos, siendo estos tratados en el Artículo 28 (que reitera de forma literal el proyecto de 2004), quedando de esta forma:

Artículo 28.- Será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo, el que matare o lesionare gravemente a otro en el marco de un conflicto armado:

- a) Usando la bandera blanca para fingir una intención de negociar cuando no se tenía esa intención;
- b) Usando la bandera, insignia o uniforme enemigo en contravención a lo establecido en los tratados internacionales de los que Chile es parte, mientras se lleva a cabo un ataque;
- c) Usando la bandera, insignia o uniforme de las Naciones Unidas en contravención a lo establecido en los tratados internacionales de los que Chile es parte, o
- d) Usando los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 para fines de combate en contravención a lo establecido en los tratados internacionales de los que Chile es parte.

En cuanto al uso indebido de los emblemas, a su vez se amplía el espectro a otras organizaciones internacionalmente reconocidas y que trabajan en conflictos armados como Médicos sin Fronteras que actualmente no gozan de una protección adecuada, esto es tratado por el Artículo 34.

Artículo 34.- Será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, el que usare sin derecho las insignias, banderas o emblemas de Naciones

Unidas, de la Cruz Roja u otros emblemas protectores de otras organizaciones internacionalmente reconocidas.

En el caso de los ataques p rfidos, como ya hemos señalado cuentan con criminalización en el Protocolo Adicional I (Art. 37), en ellos se castiga a quien lanza un ataque vulnerando la buena fe del adversario utilizando los atributos de protección, en ello este artículo mantiene la estructura del Artículo 8.2.b.vii), al mencionar cuales son los elementos que son expresamente prohibidos, dando a cada uno de ellos un numeral distinto dentro del artículo.

Mención aparte es el reconocimiento que hace el legislador en cuanto a reconocer de que estos emblemas se encuentran reconocidos en distintos instrumentos internacionales de los cuales Chile es parte (y se obliga a respetarlas), por lo que no es solo una infracción a la ley la utilización indebida de emblemas sino un reconocimiento expreso de violación al derecho internacional vigente.

Al igual que en el tipo internacional, este es un delito típicamente de resultado pues exige la concurrencia de la muerte o las lesiones de una persona (no es necesario que tenga el estatus de persona protegida), y requiere que su autor cometa el acto con dolo, siendo este de tipo directo por cuanto el agente conoce perfectamente cual es el sentido que tienen esos emblemas y que no les está entregando el resultado correcto y además aprovechándose de esa condición lanza el ataque. En este delito y a diferencia de los anteriores no existe un concurso de delitos sino que la presencia de ataque y los resultados forma parte dentro de la conducta, sin ellos no hay delito.

También se debe hacer una distinción entre los ataques p rfidos, como los descritos en la norma de los estratagemas, que son actos lícitos de combate amparados expresamente en el Protocolo Adicional I, si bien estos no est n expresamente mencionados en la ley, una interpretación comprensiva de la ley y de estos instrumentos necesariamente conducen a esa conclusión.

Distinto es el caso del delito del Artículo 34, en cuanto a que en ellos basta que el autor sepa (o deba conocer) cual es el significado de esos emblemas y que los utiliza para otro fin que aquel expresamente ha sido concebido por los instrumentos internacionales, este no pide resultado ni ataque alguno por lo que basta su utilización indebida para estar ante esta figura, respecto a los elementos subjetivos es concebible el dolo tanto eventual como directo, en el caso de la culpa es más difuso por cuanto al conocer el sentido de los emblemas de protección y al utilizarlas de otra manera ya comete la infracción.

Respecto a los otros elementos y fundamentos de este ilícito, al ser idénticos a los de la norma internacional, nos remitimos a aquellas consideraciones para su análisis.

En este grupo encontramos un adecuado orden en cuanto al uso indebido de emblemas, por un lado sólo su mal uso con fines de engaño (hipótesis del artículo 34), y en otra hipótesis como un medio de ataque, por ello su tratamiento separado es un acierto a nivel legislativo, pues refuerza que cautelan bienes jurídicos diferentes y por ende la diferencia con la sanción penal que se asigna al acto.

Quizás se debiera trabajar en un listado más flexible de organismos sujetos de protección e inviolabilidad de sus emblemas como en el caso de los ataques péfidos como se estructuró el artículo 34, lo mismo que extender su aplicación a conflictos no internacionales para evitar espacios de abuso y mejorar la protección a la gente que sufre de hostilidades a nivel interno.

CAPÍTULO IV; EVOLUCION DE LA NORMATIVA NACIONAL EN RELACION A LAS NORMAS INTERNACIONALES

4.1. GENERALIDADES

Hemos analizado en los capítulos precedentes las normas que regulan los crímenes de guerra tanto a nivel nacional como universal, siendo presentadas en categorías de delitos, separando los bienes jurídicos protegidos, y respetando las categorías unívocas entre los elementos que los conforman.

En este sentido, podemos señalar que el objetivo formulado por el legislador, era colocar a la altura de nuestro país los avances de los instrumentos internacionales, así el legislador más que crear tipos nuevos, han adaptado los tipos ya existentes, en muchos casos siendo reproducidos de forma literal.

Sin embargo, hubo ciertos aspectos diferentes, el primero de ellos es que si bien se mantuvo el orden entre convenios de La Haya y Ginebra, entre violación de los derechos de las personas en el marco de un conflicto armado y violaciones de métodos y medios de combate prohibido, se realizaron variaciones incorporando a toda clase de conflictos diversas conductas, como el reclutamiento de menores de edad, así el principal criterio no es el carácter internacional del conflicto.

Otro aspecto tiene que ver con la remisión de las conductas al derecho común (Código Penal), así actos como los delitos sexuales, ciertos ataques patrimoniales, toma de rehenes son interpretables directamente por ellas, contribuyendo así a una mejor interpretación y aplicación por parte de los operadores. Sin embargo como contrapartida genera conflictos pues hay ciertas diferencias de requisitos entre unos y otros, y eso puede ocasionar conflictos en la adecuada colaboración con el TPI.

En este mismo aspecto se presenta la incorporación a nivel de crimen internacional de conductas que responden a una intención valórica político-criminal como es la tipificación del aborto forzado, que dependiendo de las interpretaciones que se realicen puede generar colisiones con otras normas protectoras de los derechos humanos, en particular los de las mujeres.

Sin embargo, creemos que como toda creación humana, esta puede ser perfectible, de este modo consideramos oportuno establecer distintas omisiones o tratamientos incompletos que la ley presenta y que incluso el derecho internacional exhibe, y que deben ser fuente de atención para futuras modificaciones legales, que son las que se exhiben.

4.2. FALENCIAS DE LA LEGISLACION INTERNA

La antigua legislación interna que regulaba los crímenes de guerra, tanto el Código de Justicia Militar como el Código Penal son, como ya hemos dicho, normas antiguas que fueron creadas antes de los importantes avances tanto del Derecho Internacional Humanitario como del Derecho Penal Internacional, sin que se hubieran provocado grandes reformas legislativas en pos de compatibilizar ambas normativas.

La ley 20.357 buscó remediar eso y acopló a nuestra realidad los elementos normativos del Estatuto de Roma. De hecho lo hizo de forma literal a fin de no generar conflictos en su aprobación parlamentaria, por lo que existe una coincidencia entre ambas normas, lo que facilita el análisis, centrándonos no en las diferencias entre ellas, sino en las falencias o vacíos frente a otros instrumentos y el avance en la forma como se desenvuelven los conflictos bélicos.

Debemos reconocer y recordar que no deben necesariamente ir de la mano las dos legislaciones, sino que basta que la norma nacional contenga los elementos básicos

para que la norma internacional sea operativa, que en el caso de las normas del Estatuto de Roma son aquellas referidas a los delitos que pueden ser conocidos y perseguidos por los estamentos que el propio tratado contempla (Fiscalía y las salas del Tribunal), por lo que no necesariamente las normas deben ser exactas.

Así las cosas, la norma nacional puede ser más completa y abarcar más supuestos que la norma internacional, lo que sumado al principio de complementariedad, que da la primacía a los tribunales nacionales para conocer y juzgar los crímenes de guerra descritos en el Artículo 8, permite agregar tipos, perfeccionar los existentes y ordenar contenidos como ya se hizo en el caso del aborto forzado.

Así las cosas, se deben analizar los supuestos que no fueron incluidos en la actual ley. Esto incluye otros preceptos de los Convenios de Ginebra como de otros instrumentos internacionales, ratificados o no por el Estado chileno, siendo los tratados relativos a armas los más relevantes a incluir en el análisis de la ley.

El análisis que a continuación presentamos se basa en aquellos actos que deben ser incluidos en la ley, colocando a su vez hincapié en otras grandes ausencias, como los atentados contra las personas no tratados adecuadamente, los atentados patrimoniales y los ataques en contra del medioambiente.

Sistemas de Armas

En primer término debemos señalar que el propio Estatuto carece de una regulación consistente con los avances que la ciencia militar ha experimentado a lo largo de las últimas décadas. De hecho la regulación actualmente en vigor recoge instrumentos de antigua data, como el Protocolo de Ginebra de 1925 y el Tratado de San Petersburgo de 1868.

En la legislación chilena precedente a la ley 20.357 no existían normas relativas a armas prohibidas, por lo que lo incluido en la ley es todo un avance, pero es insuficiente a lo remarcado en las armas. De hecho la presente ley omite una serie de

supuestos, siendo el primero de ellos el numeral xx) del Artículo 8.2.b y reforzado por el Artículo 35 del Protocolo Adicional I Que sanciona el empleo de armas, materiales, proyectiles y métodos de guerra que por su naturaleza causen sufrimientos innecesarios o daños superfluos o efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados. En el caso de nuestra ley no es necesario en principio que se cumplan al respecto únicamente los requisitos que el propio artículo señala, por lo que se podrían agregar:

a) Armas nucleares; Chile es parte del Tratado de Tlatelolco, firmado en México en 1967 [y ratificado por Chile el 09 de octubre de 1974 y publicado en Diario Oficial por Decreto n° 709 de Relaciones Exteriores de 14 de Diciembre de 1974], que establece la no proliferación de armas nucleares a nivel interamericano, y exige a los Estados signatarios el deber de prohibir e impedir el uso, adquisición, almacenamiento, dominio o posesión por sí o por mandato de terceros o de cualquier modo de un arma nuclear en sus territorios (Art. 1º). De ese modo se impide que nuestros países puedan tener acceso a armas nucleares²⁹⁸, y por razones evidentes también está prohibida, por parte de los Estados miembros, su utilización como medio de combate.

Uno de los mecanismos que los países tienen para lograr esos objetivos es criminalizar a quienes intentan utilizar el potencial nuclear con fines bélicos, y además castigar a quienes atacan a personas y objetos protegidos con este tipo de armamento. Esto es independiente de si el país al cual pertenece el autor de la conducta posea o no arsenal nuclear. En todo caso, y en virtud de la justicia universal, el ejercicio de la soberanía estatal es competente para juzgar esa conducta.

La justificación frente a esta actuación se encuentra en los efectos indiscriminados que tiene la utilización de esta clase de armamentos, lo que claramente vulnera el

²⁹⁸ Entendiendo estas como todo artefacto que sea susceptible de liberar energía nuclear en forma no controlada y que tenga un conjunto de características propias del empleo con fines bélicos. El instrumento que pueda utilizarse para el transporte o la propulsión del artefacto no queda comprendido en esta definición si es separable del artefacto y no parte indivisible del mismo.

principio de distinción que rige en el DIH y cuyos efectos han sido reconocidos incluso en fallos de tribunales internacionales²⁹⁹, por lo que no hay, en principio, inconvenientes en su tipificación.

b) Armas Químicas: Chile es uno de los estados miembros de la Convención sobre desarrollo, producción, almacenamiento y empleo de armas químicas y su destrucción de 1993, publicado por Decreto 1764 de Relaciones Exteriores de 11 de marzo de 1997, vigente desde el 29 de abril de dicho año, que a su vez es un complemento del Convenio de Ginebra sobre prohibición en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos de 1925, del cual Chile es parte por Decreto 667 de Relaciones Exteriores de 18 de junio de 1935. El primer tratado no forma parte de las normas aplicadas por el pacto constitutivo del TPI, pero eso no obsta a que Chile lo incluya en su legislación penal.

Así se debe contemplar una prohibición del uso de herbicidas como medio de combate, así como de otras sustancias definidas bajo los criterios del mismo tratado y sus anexos, usadas en contra de las personas o del medio ambiente natural. Esta obligación de criminalización es consistente con la expresada en el párrafo primero y tercero del Artículo VII que establece la obligación de los Estados de perseguir penalmente a quienes realicen dentro de estas actividades prohibidas a los mismos (o sus nacionales en territorio extranjero) en el marco de la misma convención.

Entre las sustancias que el mismo tratado contempla en un anexo se encuentra el gas sarín, el gas mostaza, el gas somán, el tabún, el fósforo blanco, sus precursores, y otras cuya letalidad o capacidad de daño sea de tal entidad que pueda ser empleada como arma química, y a su vez ponga en riesgo (serio, moderado o considerable) los fines o propósitos del tratado. La forma como estas sustancias pueden ser incluidas puede variar desde una mención expresa en la ley (lo que limita el margen de aplicación de estas normas y flexibilidad para incorporar nuevas sustancias), a la

²⁹⁹ Véase *Supra* Pág. 208

creación de un reglamento, al igual como lo hace la ley de drogas, que establezca cuales son las sustancias ilícitas. Se cuestiona esta fórmula dado que vulneraría el principio de legalidad, al poder alterarse el reglamento sólo por una decisión del ente administrativo, lo que pone en riesgo la certeza jurídica y los derechos de quienes pueden ser alcanzados por la norma.

c) Armas Bacteriológicas: Chile forma parte de ese tratado internacional por medio del Decreto ley 3176 publicado en el Diario Oficial el 11 de marzo de 1980, que complementa la Convención de Ginebra de 1925 contempla dentro de sus supuestos esta el uso de agentes microbianos, agentes biológicos o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados además de las armas, vectores o equipos destinados a la utilización de esos agentes (Artículo 1), el artículo 4 del tratado establece la obligación de los Estados Parte de tomar las medidas necesarias a fin de evitar y prohibir los actos vedados por esta convención, entre esas medidas claramente se concibe la represión penal para quienes intentan producir, almacenar o utilizar esta clase de armas.

Dentro de las enfermedades que pueden estar presentes son el ántrax, la viruela, la salmonella, el tifus, el ébola. La influenza, etc. En este caso se debe considerar que el abanico de enfermedades puede ser extenso por lo que basta la definición del tratado para tipificar la conducta de diseminar agentes tóxicos en un contexto bélico, pues este es un atentado flagrante al principio de distinción del DIH por sus efectos indiscriminados, no es necesario otro tipo de modificación legal para ese efecto.

d) Otro tipo de armamentos: En este caso se contemplan formas de municiones particularmente dañinas son las bombas de racimo, de daños nefastos en contra de la población civil no sólo al ser usadas (dado que por su estructura esta bomba se divide en muchas otras para abarcar un blanco de amplio alcance) al atacar puntos ni siquiera considerados, además del campo de error de estas armas y finalmente el hecho de que las armas quedan operativas mucho después de ser lanzadas, lo que representa un gravísimo riesgo para la seguridad de las personas.

De esta forma la comunidad internacional, en un esfuerzo por proscribir este tipo de armas se suscribió la Convención sobre Municiones en Racimo firmado en Oslo el 30 de Mayo de 2008, nuestro país adhirió al texto legal el 3 de Diciembre del año pasado y se encuentra en etapa de ratificación por el Congreso Nacional. Este tratado además de establecer la producción, desarrollo, adquisición y empleo de esta clase de municiones, definidas en los párrafos segundo y siguientes del Artículo 2º, el Artículo 9º del Pacto establece que los Estados parte deben tomar las medidas necesarias a fin de implementar debidamente el tratado, entre ellas se encuentran expresamente las sanciones penales para reprimir las acciones prohibidas, lo que da pie a incluirse en la represión de crímenes de guerra.

Debemos además tener presente a las minas antipersonales, otras armas que violentan flagrantemente a los civiles y por el largo plazo de operatividad de las mismas lo que las asemejan a las bombas de racimo. Al respecto la comunidad internacional también llegó a un consenso normativo en la Convención sobre la prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y su destrucción de 18 de Septiembre de 1997 y ratificada por Chile por Decreto 4 de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 9 de Marzo de 2002. Este tratado tiene una estructura similar al tratado anterior (le sirvió de modelo), con una definición de que se entiende por mina antipersonal y el artículo 9º que exige a los Estados parte tomar medidas internas para el cumplimiento de los mismos entre ellos la represión penal.

Finalmente están las armas convencionales como los proyectiles que diseminan fragmentos no localizables por rayos X en el cuerpo humano, al igual que las minas, armas trampa, y otros artefactos, estas armas que tienen efectos indiscriminados y son particularmente nocivas están reguladas en la Convención sobre Restricciones del Empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas y de efectos indiscriminados de 10 de octubre de 1980 y ratificado por Chile por Decreto 137 de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial el 13 de

Septiembre de 2004, también este establece restricciones para los Estados miembros no solo en el empleo de las armas sino también en reprimir a quienes las utilizan, hay norma expresa en el Segundo Protocolo, relativo a las minas (Artículo 14) que contempla las sanciones penales, pero dado el compromiso del Estado y al deber de aumentar el grado de protección a las personas se puede castigar todo uso de armas.

Atentados contra personas protegidas

Utilizamos esta tipología para referirnos a la violaciones que se cometen en contra de las prescripciones que a su efecto señalan los Convenios de Ginebra y que no se encuentran sancionados ni por el Estatuto de Roma, ni por la actual ley, e incluso recoge a ciertos ilícitos que estaban incorporados en el vetusto Código de Justicia Militar y que posteriormente fueron eliminados como el tratamiento a los parlamentarios y actos en el campo de batalla.

Los actos referentes a los Convenios Ginebrinos, podemos señalar en que este trabajo no implica sólo el tratamiento de las infracciones graves sino también la existencia de otras obligaciones que los Estados deben cumplir y que de no hacerlas vulneran el propósito del cuerpo legal y eso amerita su castigo penal.

Esta serie de conductas involucra por un lado las obligaciones de aplicación de los Convenios expresadas en los Artículo 5 y 7 común, que establece el marco de protección de los mismos tanto en su dimensión temporal de quienes se encuentran en poder de la parte adversa y la inalienabilidad de los mismos por parte de las personas protegidas, se debiera penalizar a quien obliga a las personas protegidas a renunciar a tal condición, o retira la protección anticipadamente o no informa adecuadamente a las personas de sus derechos, en ese caso puede incluir supuestos tanto dolosos como culposos.

En relación al primer convenio conviene complementar supuestos como los del Artículo 30 relativo a la obligación de asistencia como el sometimiento de enfermos o heridos a condiciones de riesgo para la transmisión de enfermedades e infecciones así

como la ausencia deliberada de asistencia médica (en esto se refiere también al Prisionero de Guerra enfermo o herido), debiendo ser castigado de forma independiente al resultado producido, aunque en este caso sólo creemos que en forma dolosa o impedir la debida actuación del personal sanitario.

También se debe considerar castigar el despojo que sufren los caídos en el campo de batalla, sea heridos o fallecidos, en sus pertenencias tal como lo hacía el Artículo 365 del Código de Justicia Militar aunque también se debe incluir cualquier ataque a la dignidad de la persona.

En el caso de otras infracciones que establece el Primer Convenio, debemos señalar que no existe regulación alguna respecto a otros entes que no gozan de protección alguna como son otros organismos de ayuda como las organizaciones que prestan asistencia sanitaria, o bien que exista un trato vejatorio en su contra, o se dilate injustificadamente su repatriación, etc., por otro lado debe existir una represión adecuada frente a los ataques que sufran las zonas sanitarias previstas en el Anexo I del Convenio I con su definición y sanciones en caso de ataques indebidos, además de establecer expresamente mejores normas de protección al personal sanitario.

Otro ilícito, que puede ser común a todos los tipos de conflicto dice relación con la existencia de represalias que pueden ser víctimas los heridos o enfermos, en este caso conviene realizar una aclaración de cuando los ataques son hechos en represalia.

Respecto al Segundo Convenio referido a normas en el mar debemos señalar que en lo relativo a los delitos, este texto es similar al del primer convenio. Eso si creemos que se debe aumentar la protección debida frente a los delitos que pueden ser cometidos en contra de ellos o crear delitos como impedir prestar ayuda a los náufragos o no embarcarlos en barcos de bandera nacional.

Dentro del esquema de los delitos debemos contemplar dentro de la figura de ataque a objetos protegidos del Art. 29 a los barcos hospitalarios y las embarcaciones que son útiles para el traslado de náufragos, heridos, enfermos y fallecidos o bien la

utilización dolosa de estas naves (al igual que las aeronaves ambulancia) para fines militares y ofensivos, vulnerando su propio estatuto de protección.

En cuanto al tercer convenio, para mejorar el trato a los Prisioneros de Guerra y reprimir los crímenes que se cometen en su contra, al respecto debemos señalar que se debe castigar entre otras infracciones la dilación injustificada en la repatriación de los prisioneros de guerra o transferirlos indebidamente e injustificadamente a un tercer país que no sea el de origen de los prisioneros o sea denegado su traslado de forma injustificada (o si está herido su traslado a potencia neutral de acuerdo a su condición), o sean indebidamente retenidos e internados, les despojen sus objetos de valor y siendo por el agente apropiados indebidamente o se les niegue indebidamente a estos la aplicación del Convenio y sus derechos (esto inclusivo a todas las personas protegidas).

En cuanto a ciertos tratamientos a los prisioneros, en particular del uso de la fuerza en contra de estos, debemos decir que al no estar derogados los Artículos 247 y 374 del CJM, estos tienen plena aplicación y no se aprecian problemas de concordancia entre ellas y existir ilícitos en su caso tratados en el título III. En el caso de las garantías judiciales del Artículo 25, debemos señalar que se debe ampliar su aplicación no sólo a las ejecuciones sino cualquier sentencia o resolución (como una de prisión preventiva) que sea dictada sin sujeción a las normas básicas del debido proceso, en esto se acopla a lo que ya se ha dictado al efecto en el Artículo 3 común para todas las personas protegidas.

Finalmente y en relación al último convenio, debemos decir que si bien muchos de los actos prohibidos por éste se encuentran debidamente tratados en la actual ley existen ciertos temas que merecen ser aclarados como la prohibición absoluta de los castigos colectivos, siendo declarada crimen y establecer su adecuada penalización.

También entendemos que se deben considerar otros abusos contra la población civil como el caso de un internamiento forzoso ordenado de forma indebida, o una

residencia forzada en un lugar determinado o bien la existencia de orden de trabajos forzados por parte de los no beligerantes.

Uno de los atentados que no está debidamente regulado es el relativo a las requisiciones o expropiaciones ilegales, sin causa justificada a causa del servicio militar para ser usada y pase a formar parte de la propiedad de la potencia ocupante, que por su estructura no se encuentra actualmente en los ataques a la propiedad contemplados en el DIH.

Finalmente, y en el marco de Protocolo Adicional I, quedaron fuera de toda regulación tanto en esta ley como en los proyectos que le precedieron tanto el crimen de guerra de apartheid, basado en cualquier clase de discriminación sea racial, sexual, política, etc. y los actos de terrorismo que persiguen causar pánico entre la población civil (se puede excluir en ello a quienes intervinieron en el conflicto) a fin de imponer exigencias a determinadas personas en puestos de poder y que son claramente atentatorios del principio de distinción que es rector del Jus *in bello*, lo que hace que deban ser penalizados.

4.3. CRIMINALIZACION DE DETERMINADAS CONDUCTAS EN EL DERECHO COMPARADO³⁰⁰

Dentro de las formas en las que se penalizó estos actos en el derecho comparado se contempla el factor de consagración en los sistemas nacionales depende en buena medida de las circunstancias en las cuales estos países se encontraban al momento de ser dictadas, entre ellas eventos como conflictos armados internos o presencia de efectivos en el exterior.

Podemos encontrar de este modo variaciones en los tipos descritos por el instrumento constitutivo del TPI, si bien conservan un núcleo básico con las principales figuras delictivas (como el homicidio, las lesiones, medios y métodos de combate) y difieren en aspectos como los requisitos y figuras complementarias que amplía el marco de protección a las personas protegidas al reprimir determinadas conductas.

Este análisis se toma de forma independiente al mecanismo de implementación a la normativa nacional de las normas del texto romano, sea a través de una ley especial como en el caso de nuestra legislación como la alemana, o en una adaptación de la ley

³⁰⁰ Los textos legales consultados fueron los siguientes, Código Penal Internacional Alemán (Vstgb) en AMBOS, Kai, "La Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea], <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-17.pdf> >; Código Penal Militar Español, [en línea] <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo13-1985.l1t1.html >; Código Penal Colombiano, [en línea] <<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html>> Código Penal Militar Colombiano [en línea] <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0522_1999.html> Código Penal Español [en línea] <<http://www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm>> Código Penal Militar y Policial del Perú [en línea] <http://www.pnp.gob.pe/documentos/codigo_jusmilpol1.pdf > {Fecha de consulta; 20 de Octubre de 2008}

preexistente sea un Código Penal o Penal Militar como en el caso de España, Colombia o Perú, diferencias que a continuación revisaremos:

En el caso de las represalias, han sido incorporadas por diversas legislaciones como la española, que las prohíbe como modo prohibido de hacer la guerra y en particular como forma de ataque, que aparece en varios artículos de su Código Penal {Art. 611 nº1, 613. 1 a), b), d),}, y la legislación colombiana también en su Código criminal ordinario (Artículos 144 y 158), lo que la muestra como una forma de respuesta frente a determinados actos cometidos en contra de la potencia a la cual sirve el agente dirigiendo su accionar en contra de personas y bienes protegidos, algo absolutamente reñido con el DIH.

En cuanto a los castigos colectivos frente a actos individuales, también ha sido recogido por la legislación comparada como un atentado particularmente grave en contra de las personas protegidas, y en particularmente a las dispuestas al IV Convenio, así lo encontramos en la normativa hispana [Art. 612 nº3].

Otros actos odiosos en contra de personas civiles tienen que ver con actos de connotación a los civiles como en el caso de los matrimonios forzados, si bien más cercano a las hipótesis de crímenes de lesa humanidad, constituye un atentado no sólo a la libertad sexual de las personas sino que notoriamente a su dignidad, así lo contempla expresamente el Código Penal Militar y policial peruano en su Artículo 90.4 relativo a ataques a personas protegidas y de forma más particular a los ataques sexuales.

Esta figura que no se encuentra en ninguna otra legislación consultada por este ponente, lo que lo convierte en un avance muy sustantivo, de hecho esta figura es más amplia dado que incorpora la convivencia forzosa a una persona protegida por el DIH lo que tiene que ver no sólo con un intento de modificar la composición genética de la población independiente de si están en territorio ocupado o no.

Dentro de los ataques que sufren las personas protegidas (en su dignidad y respeto por su condición) se encuentra uno de los crímenes de guerra más abyectos que se conocen, el crimen de guerra de *apartheid* o prácticas de segregación racial en contra de las personas protegidas, este crimen que ha sido universalmente repudiado por la comunidad internacional (aunque fundamentalmente como crimen de lesa humanidad y lentamente de guerra) pero debido a la estructura transaccional del tratado romano no se incluyó expresamente, de este modo y dado el entorno expansivo de las leyes patrias autoriza su inclusión, así lo asumieron las leyes colombianas (Art. 147 Código Penal); España (Art. 611. nº6).

Otro de los aspectos que se tratan en el concierto de las personas protegidas tiene que ver con incorporar nuevas categorías (o reincorporar existentes) de personas protegidas, de ellas en el derecho comparado podemos mencionar a los periodistas o corresponsales de guerra acreditados que se encuentra regulado en el Código colombiano (Art. 135), lo novedoso de todo esto es que al colocar a los periodistas como personas protegidas distinta de la población civil se reconoce su rol informador de los conflictos no solo a nivel local sino también a nivel internacional con lo que se cautela la libertad de expresión y el acceso a la información de todos frente a los avatares de un conflicto bélico.

En el caso de los parlamentarios, estos ya se encontraban regulados en el antiguo CJM y que fue eliminado por la actual ley, en el caso de la legislación peninsular y pese a las reformas que trajo consigo el Estatuto creador de la TPI, se mantuvo en el marco de las personas protegidas lo resalta no sólo por su valor histórico sino el rol que ellos tienen, adaptado de forma moderna como facilitadores del diálogo para alcanzar la paz, así lo consagra el Artículo 608 nº5 del Código penal.

Un grupo que, al momento de confección de las ley universal no estaba debidamente regulado que son los apátridas y los refugiados que son particularmente sensibles a los sucesos que acontecen en un conflicto armado, en su caso también aparece como un hecho positivo su incorporación como una categoría aparte dentro

del rango de las personas protegidas reconociendo su vulnerabilidad y su particular exposición frente a los efectos de la guerra, siendo separados del resto de la población civil siendo aplicada su regulación en cualquier tipo de conflicto.

Dentro de los métodos prohibidos de combate, no fue debidamente incorporado los ataques al medio ambiente natural, curiosamente los ataques al medio ambiente natural se encontraban regulados por el Protocolo Adicional I de 1977, y por el propio Instrumento creador de la Corte Penal Internacional [Art. 8.2.b. iv)], pero que incomprensiblemente no fueron incorporados a la ley 20.357. Tomando como referencia otros marcos legales debemos señalar que a nivel comparado los ataques al medio natural se encuentran en todas las normativas analizadas como la colombiana (Art. 155 y siguientes y en particular Art. 164), al igual que en la germana (Sección 2 § 11 número 3 Vstgb), la española (Art. 77 nº5 Código Penal Militar español y 610 Código Penal Ordinario), la peruana (Art. 110 Código Penal Militar y Policial), lo que comprende el especial interés del legislador de esos países por preservar el entorno y protegerlo frente a los peligros de las conflagraciones bélicas.

En el caso de los ataques en contra de la propiedad, si bien la norma romana adoptó los ataques a la propiedad dentro del marco de los crímenes punibles debemos tener presente que no abarcó todos los elementos, entre ellos los referidos a las requisiciones y las contribuciones ilegales, pues si bien existen supuestos como el pillaje y la apropiación, hay ciertas figuras que no han sido debidamente incorporadas como las contribuciones ilegales y las requisas ilegales en favor del esfuerzo bélico.

Esta ilegalidad puede tener dos vertientes, sea porque aquella no es procedente; o bien siéndolo no se cumple con las formalidades requeridas. En esta vertiente se pronuncian los Códigos Penal Militar de España (Art. 74.1), y Colombia (Art. 163 Código Penal), a su vez se recoge la figura de las Contribuciones ilegales o exacciones arbitrarias, lo que reconoce un elemento subjetivo al agente de imponer algo a cualquier persona (no sólo protegida) ajeno a toda racionalidad solo con el afán de perjudicar y adquirir sus bienes.

Finalmente y en este breve resumen de aspectos no tratados en normas universales pero si en normas domésticas nos encontramos con dos actos, el primero de ellos es la incorporación de los actos de terrorismo, que no fue incorporado en el Estatuto de Roma tanto como crimen de guerra como Crimen de Lesa Humanidad.

Mucho se ha hablado al respecto, en particular sobre que se entiende por terrorismo, y cuales son las conductas más salientes dentro de esa definición, pero no se ha plasmado en un instrumento internacional consensuado por la comunidad internacional por lo que, a falta de ello, conviene remitirse a aquellos conceptos que fueron desarrollados a nivel doctrinario para definirlo como, “Cualquier acto, además de los ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la Resolución 1566 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (2004) destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar una acción o abstenerse de hacerla”³⁰¹.

A nivel comparado, y en particular, a nivel interamericano sólo Colombia ha regulado como crimen de guerra en su Art. 148 de su Código Penal, en este caso la expresión usada es “cualquier acto de violencia, como ataque indiscriminado, represalia o amenazas con el fin de aterrorizar a la población civil”, lo que da un universo tremendamente amplio de actos aunque teniendo presente que afecta sólo a la población civil. Este crimen fue incorporado tomando en consideración las circunstancias internas que enfrenta ese país en razón de su conflicto interno y los actos que en particular grupos guerrilleros realizaron en las ciudades como ataques con bombas, secuestros, etc.

³⁰¹ Traducción de la Resolución 1566 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas entre muchos otros trabajos que se han realizado para lograr una definición común sobre estos actos. Más al respecto en la versión inglesa de Wikipedia [en línea] <http://en.wikipedia.org/wiki/Definition_of_terrorism> {fecha de consulta; 12 de noviembre de 2009}.

En el resto de los ordenamientos consultados no hay una referencia clara al terrorismo, sin embargo dentro de las directrices que al respecto ha entregado la Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002³⁰², que ha sido ratificada por la mayoría de los países del sistema de la OEA contiene una serie de instrumentos internacionales del marco de Naciones Unidas y ampliamente acogidas por los sistemas jurídicos nacionales, en esos instrumentos se señalan una serie de actos como la toma de rehenes, ataques a personas internacionalmente protegidas, ataques a aeronaves, buques, aeropuertos, plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental, e instalaciones nucleares.

Finalmente debemos señalar que en lo referente a las armas prohibidas, en las legislaciones nacionales no hay mayores diferencias en cuanto a su regulación, quedando en términos idénticos a lo que al respecto realiza el estatuto romano, por lo que no hay mucho más que comentar ni agregar al respecto como avances domésticos de represión en cuanto a los medios de combate.

4.4. SUGERENCIAS DE IMPLEMENTACION PARA CHILE

Muchas de estas normas como hemos visto se han regulado de una u otra forma en los Códigos de los países que hemos examinado, y han ampliado marcos de aplicación de normas e incluso han ampliado las normas, como las relativas a las exacciones ilegales, adoptar nuevas personas protegidas o establecer determinados blancos de ataque, lo que demuestra la libertad y la flexibilidad que las normas nacionales tiene frente a las universales y cubren de mejor manera los derechos de las personas en el marco de un conflicto.

³⁰² El texto de la Convención fue ratificado entre nosotros por el Decreto 263 de Relaciones Exteriores de 10 de Febrero de 2005 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235395>> {Fecha de Consulta: 12 de Noviembre de 2009}

En ciertos casos la solución pasa por una modificación legal como en el caso de la ampliación de las personas protegidas, un perfeccionamiento en la regulación de los sistemas de armas o la implementación de nuevos tipos penales, en otros casos se requiere simplemente de un proceso administrativo, como en el caso de listas o catálogos en particular en lo referente a las armas químicas, para entregar una mayor flexibilidad frente a los desarrollos de la ciencia militar y permite generar un mayor abanico de posibilidades de punición de actos ilícitos.

En otros casos, simplemente se requiere de un proceso de interpretación judicial y doctrinaria, es el caso de los buques o infraestructura naval, en particular sanitaria, por cuanto el buque es una especie de instalación sanitaria por lo que no sería necesario corregir la ley al respecto, en el caso de los buques mercantes su agresión queda dentro de los márgenes de ataques a bienes civiles, y respecto a su protección al ser regulados ya por el II Convenio de Ginebra de 1949 y ser parte del derecho interno desde su ratificación se entiende parte de nuestro acervo jurídico, y al no formar parte del régimen de infracciones graves elementos específicos de ellos no surge al respecto una necesidad especial de legislación, por lo que con lo que esta presente aparece como adecuado.

Al ser recogidas buena parte de las figuras universales, estos aparecen como ajustes necesarios para perfeccionar la ley y estar a la vanguardia en la protección de los derechos de las personas y sea un marco, a lo menos en los fundamental perdurable en el tiempo y extenso en su aplicación que genere seguridad a las personas en un contexto doloroso como es una guerra.

CONCLUSIONES

Hemos analizado en este trabajo la normativa nacional referente a los crímenes de guerra, tomando como referente las normas internacionales dictadas al efecto, siendo su principal exponente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrita por Chile en septiembre de 1998, y ratificada por nuestro país tras un largo y complejo proceso en mayo último. Otros ejemplos de normas internacionales son los Convenios de Ginebra de 1949, junto a otras normativas.

La adopción de Chile del primer tratado significó un completo examen de la normativa sobre crímenes de guerra vigente a ese minuto, pues dentro de las condiciones que se impusieron para la adopción del Estatuto romano se encontraba el realizar una adecuada tipificación de los delitos más salientes dentro del sistema, a fin de garantizar que fueran nuestros tribunales los primeros llamados a actuar frente a la ocurrencia de estos actos, sea en caso de existencia de una conexión con el hecho punible, o en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal, o para una adecuada cooperación con la Corte con asiento en la ciudad de La Haya, Reino de los Países Bajos.

Ese examen, que recogió otros análisis previos, demostró que las normas en ese momento vigentes no cubrían una serie de supuestos propios de crímenes de guerra, como protección a cabalidad de las personas protegidas, regulación a los sistemas de armas prohibidas, tipificación adecuada de métodos prohibidos de combate y una reformulación al sistema de penas de ciertos delitos, además de la incorporación de una serie de ilícitos que no estaban contemplados en nuestra legislación, debido a que la normativa que los contenía (el Código de Justicia Militar de 1925, en su título III denominado Delitos contra el Derecho Internacional) era anterior a los avances en Derecho Internacional Humanitario y en Derecho Penal Internacional. Estas normas

debían, para una mayor aplicación, ser complementadas con otras normas de ese instituto legal, e incluso con las normas comunes del Código Penal.

Por ello es que luego de un arduo proceso de negociaciones entre los diversos actores políticos, y debates sobre la alternativa de implementación entre diversos modelos, a través de una ley especial, como lo hace la ley alemana a través del Código de Derecho Penal Internacional (Vstgb), o bien a través de una modificación de las leyes penales existentes, Códigos Penales o Penales Militares, en cuyo caso tenemos los casos de Perú, Colombia, España, Suiza, entre otros. El modelo que decidió nuestro legislador fue una ley especial (número 20.357 de 18 de julio del presente año), que tomó los elementos de la Corte Penal Internacional, como los crímenes, elementos de responsabilidad y normas como prescripción de las normas, entre otras. Esta nueva legislación a su vez marcó la derogación de las vetustas normas del Código de Justicia Militar, que precariamente regulaban la materia.

Examinaremos de esta forma los aspectos más sobresalientes de esta legislación. Para ello nos valdremos de sus virtudes, deficiencias y aspectos a mejorar.

Virtudes

Así las cosas, esta ley tomó de forma prácticamente literal los preceptos de la norma universal. Se hicieron referencias al derecho común (en particular en lo relativo a los ataques a las personas), en cuyo caso se tomó y se remitió a las normas ya existentes. Esto facilitó el trabajo de interpretación por parte de los operadores jurídicos, en particular en el caso de figuras sensibles como los ataques sexuales, en las que el aporte de la doctrina y la jurisprudencia va a ser en extremo relevantes al momento de revisar los casos, examinar criterios de interpretación y defensa, y dar claridad frente a las figuras planteadas, facilitando su aplicación práctica.

La forma de implementación del Estatuto, a nuestro juicio, tuvo dos efectos positivos. El primero de ellos es reconocer el carácter particularmente grave de estos actos, dado que los bienes jurídicos que afectan no son los clásicos del derecho penal

como es la vida o la propiedad, sino que la paz y la seguridad internacionales, siendo un deber del Estado su preservación. Además, la particular ocurrencia de estos actos, no sólo en el tiempo sino en las circunstancias en la cual estos se cometen, ameritaba ese tratamiento diferenciado del derecho penal común.

El segundo de los efectos tiene que ver con la entrega de orden y coherencia al sistema, dado que el contener en un sólo cuerpo la mayoría de las disposiciones (salvo algunas residuales que quedaron en el Código de Justicia Militar) facilita el trabajo de los operadores jurídicos, al momento de trabajar con la norma frente a la ocurrencia de un caso concreto, y también de los agentes que operan en el terreno, pues se sistematiza en un sólo texto el catálogo de actos prohibidos por el legislador, lo que facilita el conocimiento por parte de éstos de las conductas apropiadas y las penas que enfrentan en caso de incumplimiento.

Frente a las normas universales, nuestra legislación ha tomado gran parte de sus elementos (muchos de ellos en forma literal), no sólo en cuanto a la construcción de los tipos, sea elementos tanto objetivos como subjetivos, sino también ha incorporado a ellos principios generales como la conexión con el conflicto armado, lo que armoniza las normas (realizando la adecuada sistematización con las infracciones graves del Derecho de Ginebra) y facilita la labor de cooperación que nuestro país tenga con los organismos internacionales, pues existirán similitudes de criterio a la hora de evaluar un caso y las consecuencias que éste conlleva.

Defectos

Dentro de los defectos más notorios del sistema podemos considerar que, producto de su propia concepción, la ley no innovó de forma sustantiva en varios elementos centrales. Entre ellos encontramos lo relativo a los sistemas de armas; actuación sobre algunas personas protegidas; como el caso de los prisioneros de guerra (sorprende que tipos como la dilación en la repatriación de estos no hayan sido considerados adecuadamente en la ley); ciertas normas de protección a las personas civiles

vinculada a la propiedad; actos potencialmente nefastos como exacciones ilegales, matrimonio forzoso, etc.

Otro de los aspectos en los cuales esta ley no aborda de modo real la problemática que trata, es al no adaptar a toda clase de conflicto armado una serie de hipótesis que sólo son circunscritas a los conflictos internacionales, como lo son ataques indiscriminados, ataques péfidos, al igual que el uso de determinadas armas, etc. Al quedar fuera varias de estas figuras, en caso de conflicto no internacional, quedan las víctimas en total desamparo, al poder ser blanco de determinados medios que pueden generar grave daño en su integridad física y su calidad de vida, o ser maltratados, sin tener el auxilio ni el respaldo suficiente para castigar a los responsables. Fuera de ello, dados los actuales desarrollos de los conflictos armados, la gran mayoría de los conflictos modernos son internos, si es posible esta afirmación, por lo que al respecto urge ampliar el marco de protección en estos, incorporando todas las normas internacionales, salvo en aquellas en que expresamente no sea posible, como en el caso de los prisioneros de guerra.

Finalmente en este aspecto, debemos mencionar la falta por parte del legislador nacional de figuras novedosas, por no haber sido pensadas en el momento de su dictación o por el afán de respetar en demasía la norma que le servía de molde. Figuras novedosas podrían haber tratado temas como el rápido desarrollo de las tecnologías, el surgimiento de nuevas problemáticas, como lo son los maltratos a personas particularmente vulnerables, como los niños (por ejemplo, la pornografía infantil en todas sus manifestaciones), o el uso de drogas en contra de personas protegidas.

Punto aparte merece la mención de la falta de antecedentes en la tramitación legislativa de la ley, lo que complica en ciertos pasajes la interpretación y justificación de ciertos artículos, de las ausencias ya reseñadas o de la propia estructura del texto. Ese aspecto debe ser corregido, pues todo esfuerzo tendiente a la transparencia en

ésta, o en cualquier ley, contribuirá a generar políticas públicas de mejor calidad y con una mayor participación de las personas en él.

Epílogo

Hay que señalar que en estos últimos meses (ni siquiera años) la evolución legislativa para integrarnos al derecho penal internacional ha sido notable, dado el estado precario en que se encontraba nuestra legislación al momento de iniciar esta investigación. Recordemos que gran parte de las leyes anteriores, por su antigüedad (siendo sus bases tan antiguas como los albores de la República), se caracterizaban por una serie de omisiones, que reflejaban su divorcio con el desarrollo de los conflictos bélicos modernos y la regulación protectora de las personas bajo ese marco.

Sin duda que el compromiso adquirido al ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por parte de todos los actores políticos, es una muestra de que este tema debía ser tratado de una manera omnicomprensiva y transversal. Al ser construida esta ley como un espejo frente a las normas universales, Chile se pone al nivel del resto de la comunidad internacional, no sólo en la criminalización de las conductas, que están presentadas con absoluta armonía con las universales, sino en asegurar que en la mayoría de las conductas punibles sean sancionadas, evitando así la impunidad.

Ciertamente existen tipos penales no suficientemente tratados, o bien totalmente ausentes, como se retrató en el capítulo precedente, y que deben ser incorporados pronto a la ley con la misma transversalidad que para con las primeras normas. Para ello debemos tomar como modelo las experiencias del derecho comparado, que han realizado estas adecuaciones con el único propósito de atenuar lo más posible los efectos de la guerra, independiente de como aquella debe llevarse adelante.

Entender eso como parte del ejercicio de la soberanía que la propia Constitución establece, es lo que permite ampliar los límites de la ley y someterla a una constante actualización de estos, a fin de ponerlas a tono con el desarrollo militar y tecnológico

de los últimos tiempos, permitiendo la incorporación de nuevas figuras más allá de las que sean delineadas por los Organismos multilaterales, lo que redundará en reforzar nuestro compromiso con la justicia y la paz.

Confiamos en que el camino trazado, tras mucho esfuerzo, de sancionar aquellas conductas lesivas a la comunidad internacional, por parte de nuestros tribunales, ahora contará con una herramienta adecuada y moderna, que contribuirá a la defensa de los derechos de las personas, y pondrá coto a los abusos y vejámenes que se perpetran al amparo de una guerra. Nos hemos puesto al día, pero sigamos atentos al devenir de los actos y flexibles en su incorporación, para así defender la paz y la seguridad de todos.

BIBLIOGRAFIA

Fuentes Bibliográficas Consultadas

- AKSAR, YUSUF, Implementing international humanitarian law, from the ad-hoc tribunals to a permanent international criminal law, Londres, Routledge, 2004, 314 p.
- AMBOS, KAI; Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (*core crimes*) en el derecho penal internacional, versión electrónica de libro "los nuevos crímenes del d.p.i.", Bogotá, Ibaniez Colombia 2004 (en línea)
- AMBOS, KAI. "La Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania". En Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología n°7, 2005 (en línea)
- AMBOS, KAI; MALARINO EZEQUIEL; WOISCHNIK, JAN (Editores) Temas Actuales De Derecho Penal Internacional; Contribuciones De América Latina, Alemania Y España, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, 280 p.
- ARENDT, HANNAH, "Eichmann en Jerusalén, Un juicio a la banalidad del mal", Barcelona, Lumen, 1989, 460 p.
- ASTROSA HERRERA, RENATO. "Derecho Penal Militar", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1974, 418 p.
- ASTROSA HERRERA, RENATO. La Justicia Militar en la futura democracia, Materiales de Discusión N° 215, Santiago, Centro de Estudios del Desarrollo, noviembre de 1988. 37 p.
- ASTROSA SOTOMAYOR RENATO, Jurisdicción Penal Militar, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, 187 p.
- BASCUÑAN RODRIGUEZ, ANTONIO, Problemas básicos de los Delitos sexuales, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Agosto 1997, (en línea)
- BUENO ARUS, FRANCISCO; DE MIGUEL ZARAGOZA, JUAN; Manual De Derecho Penal Internacional, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2003, 469 p.
- BULLEMORE VIVIAN, MC KINNON JOHN, Curso de Derecho penal, Santiago, LexisNexis, 2007, (2 volúmenes).
- CANDIA CORVALAN, BORIS, El estatuto jurídico internacional de los Prisioneros de Guerra y la recepción del derecho internacional humanitario en el derecho interno chileno, Memoria de Prueba para optar al grado de

- Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001, 327 p
- CÁRDENAS A., CLAUDIA. “Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación”. En Revista Política Criminal. n° 2, 2006 (en línea).
 - CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA; JONES, JOHN R.W.D. (Editores) The Rome Statute Of International Criminal Law, New York, Oxford University Press, 2002 (2 Volúmenes)
 - CASSESE, ANTONIO, “International Criminal Law”, New York, Oxford University Press, 2003, 472 p.
 - DE SALAS LOPEZ, FERNANDO, Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica, Madrid, Fundación Mapfre, 1992, 284 p.
 - DÖRMANN, KNUT, “Crímenes de Guerra en los elementos de los Crímenes”. En AMBOS, KAI. (Compilador) La Nueva Justicia Supranacional; Desarrollo Post Roma, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 549 p.
 - DRUMBL, MARK. A. Comentario a Sentencia Juicio AFRC Tribunal Especial de Naciones Unidas para Sierra Leona. American Journal International Law n° 101 volumen 4, Diciembre de 2007.
 - ETCHEBERRY O, ALFREDO; Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, (3 Volúmenes)
 - ETCHEBERRY O. ALFREDO, Apuntes de clase curso Derecho Penal Internacional Facultad de Derecho U. De Chile 2º Semestre 2006.
 - FERNANDEZ CRUZ, JOSE ANGEL “Los Delitos de Violación y Estupro del Artículo 365 bis del Código Penal: Una racionalización desde el mandato de la *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos y otras partes del cuerpo”, *Jus et Praxis* n° 13 (2), 2007
 - FERNANDEZ-FLORES Y DE FUNES, JOSÉ LUIS, “El Derecho de los Conflictos Armados de Iure Belli, El Derecho de la Guerra: El Derecho Internacional Humanitario, El Derecho Humanitario Bélico”, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, 879 p.
 - GAMBOA SERAZZI, FERNANDO Y FERNANDEZ UNDURRAGA, MACARENA, Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de integración, Santiago, Editorial Lexisnexis, 2005, 764 p.
 - GARRIDO MONTT, MARIO Derecho Penal, Santiago, Ed. Jurídica de Chile 2001, (3 volúmenes)
 - GIL GIL, ALICIA, Los Crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de los crímenes, En AMBOS, KAI (compilador), Justicia Penal Supranacional Desarrollos Post Roma, Valencia Tirant lo Blanch, 2002, 549 p.
 - GUZMAN DALBORA, JOSE LUIS, Informe de Chile; en AMBOS KAI, MALARINO EZEQUIEL (Compiladores), Persecución Penal Nacional de

Crímenes Internacionales, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, 746 p.

- IBARRA CIFUENTES, PATRICIO “Prisioneros en la Guerra del Pacífico; Testimonios Contemporáneos” Memoria de Prueba para obtener el grado de Licenciado en Filosofía y Humanidades, Mención Historia, Universidad de Chile, Facultad de Filosofía y Humanidades, Santiago, 2005, 181 p.
- JOCELYN-HOLT LETELIER, ALFREDO; Historia General de Chile, “El Retorno de los Dioses”, Buenos Aires, Planeta, 2000, (Volumen 1)
- LLEDÓ VASQUEZ, RODRIGO, Derecho Internacional Penal, Santiago, Ediciones Congreso, 2000, 329 p.
- MCCORMACK L.H., TIMOTHY Y SIMPSON J., GERRY (Eds.), “The Law of War Crimes; National and International Approaches”, La Haya, Kluwer Law International, 1997, 262 p.
- MERA FIGUEROA, JORGE, La Justicia Militar en Chile, Santiago, FLACSO, 2000, 30 p.
- MERA FIGUEROA, JORGE [ET AL], “Hacia una reforma de la justicia militar: delito militar, régimen disciplinario, competencia y organización”, Cuaderno de Análisis Jurídico n°13, Santiago, 13 Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2002, 272 p.
- PIGNATELLI Y MECA, FERNANDO, La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español, Madrid, Ministerio de Defensa, 2003, 869 p.
- POLITOFF L. SERGIO, MATUS A. JEAN PIERRE, RAMIREZ G. MARIA CECILIA, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2007, (2 volúmenes)
- QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO; “Derecho Internacional Penal”, Madrid, Instituto Francisco De Vitoria, 1955, (2 volúmenes)
- RAMIREZ MARIA CECILIA “Delitos de Abuso Sexual: actos de significación sexual y de relevancia” Política Criminal n°3, 2007 (en línea)
- SALINAS BURGOS, HERNAN, “La Represión de los Crímenes de Guerra en el Derecho Nacional”, Revista de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Número Especial, 1997.
- SANCHEZ GREZ, CARLOS, El Crimen de Guerra como Delito Universal. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2006, 147 p.
- SUN-ZI, “El Arte de la Guerra”, Prólogo de Fernando Puell de la Villa, Santiago, Chile, Editorial Andrés Bello, 2000, 95 p.
- WERLE, GERHARD, Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia, Tirant lo Blanch 2005, 739 p.
- WERLE GERHARD, JESSBERGER FLORIAN “Unless Otherwise Provided”: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of crimes under International Criminal Law, Journal of International Criminal Justice N°3, 2005 (en línea)

Fuentes Normativas Consultadas

- Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativos a;
- ❖ I Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña
- ❖ II Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar
- ❖ III Convenio sobre el Trato debido a los prisioneros de guerra
- ❖ IV Convenio sobre la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra
- ❖ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales de 1977
- ❖ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional de 1977
 - Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de Julio de 1998 y los elementos de los crímenes
 - Principios de Derecho internacional recogidos en el Estatuto de el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, aceptados por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1950
 - Convención de imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad de 26 de Noviembre de 1968
 - Convención de La Haya para la protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 14 de mayo de 1954
 - Proyecto de Estatuto de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, 1996
 - II Convención de La Haya de 29 de Julio de 1899 relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre
 - Manual de Guerra Terrestre de 1880 (Instrucciones de Oxford)
 - Instrucciones para la conducción de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña de 1863
 - Resolución 1566 del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas de 2004
 - Convención contra la Tortura (CAT) de 10 de diciembre de 1984
 - Convención de Naciones Unidas contra la Toma de Rehenes de 1979,
 - Convención de Derechos del niño de 1989
 - Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956
 - Convención de prohibición de desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas, tóxicas y su destrucción de 1972

- Convención de Naciones Unidas sobre la Prohibición, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y su destrucción de 3 de enero de 1993
- Convención de Naciones Unidas sobre la Seguridad del personal de Naciones Unidas y personal asociado de 1994
- Código de Derecho Penal Internacional de Alemania de 2000
- Código Penal del Reino de España de 1995
- Código Penal Militar de Colombia de 1999
- Código de Justicia Militar y policial peruano de 2006
- Código Penal Chileno de 1874
- Constitución Política de la República de Chile, edición de Septiembre de 2005 y modificaciones posteriores
- Código de Justicia Militar de Chile de 1926
- Ley 2306 que dicta normas sobre reclutamiento y movilización de las Fuerzas Armadas de 12 de Septiembre de 1978
- Ley 19451 que establece normas sobre Trasplante y donación de órganos de 10 de abril de 1996
- Proyecto de Ley 3493-07, moción de 07 de Abril de 2004 de los Senadores José Antonio Viera-Gallo y Jaime Naranjo, con la que inician un Proyecto de Ley que penaliza conductas constitutivas de Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra
- Código de ética del Colegio Médico de Chile A.G. Edición 2008

Fuentes Jurisdiccionales

- Tribunal Internacional Para Yugoslavia; Caso Tádic, Decisión de la Sala de Apelación de 26 de Enero de 2000, y Sala de juzgamiento de 14 de Julio de 1997
- Tribunal Internacional Para Yugoslavia; Caso Delalic, Decisión de la sala de juzgamiento de 16 de noviembre de 1998
- Tribunal Internacional Para Yugoslavia; Caso Furundzija Decisión de la sala de juzgamiento de 10 de diciembre de 1998
- Tribunal Internacional para Ruanda; Caso Akayesu. Decisión de la sala de juzgamiento de 2 de septiembre de 1998
- Corte Suprema de Chile Caso Pedro Enrique Córdova de 15 Septiembre de 1998; Caso Húsares de Angol de 04 de agosto de 2005; Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez de 17 de noviembre de 2004; Caso Molco de 13 de febrero de 2007

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, San José de Costa Rica 26 de Noviembre 2005
- Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva de licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares” de 8 de julio de 1996

Otras Fuentes Consultadas

- Enciclopedia Wikipedia [en línea], <www.wikipedia.org>

ANEXOS

1. Ley 20.357 que tipifica Crímenes de Lesa humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra:

2. Código de Derecho Internacional Penal Alemán, traducido por la Profesora Alicia Gil-Gil en AMBOS, KAI. "La Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania". En Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología nº7, 2005

LEY N° 20.357

**TIPIFICA CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y GENOCIDIO Y CRÍMENES Y
DELITOS DE GUERRA**

Ministerio de Relaciones Exteriores

Publicado en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente proyecto de ley originado en una moción de los Honorables Senadores señores Alberto Espina Otero, José Antonio Gómez Urrutia, Hernán Larraín Fernández, Pedro Muñoz Aburto y Mariano Ruíz-Esquide Jara.

PROYECTO DE LEY:

“Título I

Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio

1. Crímenes de lesa humanidad

Artículo 1º.- Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1º. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2º. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

Artículo 2º.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá:

1º. Por “ataque generalizado”, un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y

2º. Por “ataque sistemático”, una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas.

Artículo 3º.- El que, concurriendo las circunstancias del artículo 1º, con el propósito de dar muerte a una cantidad considerable de personas, causare la de una o más de ellas, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado.

Artículo 4º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el que mate a otro, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º.

Artículo 5º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:

1º. Castrare a otro o le mutilare un miembro importante;

2º. Lesionare a otro, dejándolo demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de un miembro importante, o notablemente deforme;

3º. No hallándose comprendido en el numeral anterior, privare a otro de su capacidad de reproducción biológica, siempre que la conducta no se encontrare justificada por un tratamiento médico o el consentimiento de la víctima;

4°. Constriñere mediante violencia o amenaza a una mujer a practicarse un aborto o a permitir que le sea practicado;

5°. Causare el embarazo de una mujer, constriñéndola mediante violencia o amenaza a permitir el uso de algún medio para tal efecto, distinto a alguno de los señalados en el inciso siguiente;

6°. Redujere a otro a la condición de esclavo, o interviniere en la trata o tráfico de esclavos.

Para los efectos de la presente ley se entenderá por esclavitud el ejercicio de algunos de los atributos de la propiedad sobre una o más personas para satisfacer propósitos lucrativos, sexuales, laborales u otros semejantes;

7°. Privare a otro de su libertad por más de cinco días, salvo en los casos a que se refieren los dos últimos incisos del artículo 141 del Código Penal, en cuyo caso se estará a la sanción ahí contemplada;

8°. Violare a una persona en los términos de los artículos 361 y 362 del Código Penal o abusare sexualmente de ella en los términos del artículo 365 bis del mismo Código, o

9°. Forzare a otro a prostituirse, sirviéndose para ello de violencia o amenaza.

La pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo si, en los casos a que se refieren los numerales 1° a 7°, se cometiere además violación, en los términos señalados en los artículos 361 y 362 del Código Penal, o el abuso sexual a que se refiere el artículo 365 bis del mismo Código, o sometiere a otro a prostitución forzada sirviéndose para ello de coacción o amenaza aún sin causarle un embarazo a la víctima.

Artículo 6º.- Con la misma pena será castigado el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º y con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa.

En los casos a que se refieren los dos últimos incisos del artículo 141 del Código Penal, se estará a la sanción ahí contemplada.

Artículo 7º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:

1º. Torturare a otro que se encuentre bajo su custodia o control, infligiéndole graves dolores o sufrimientos físicos o mentales. Sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

Si además de la realización de las conductas descritas en este numeral se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 del Código Penal o la muerte de la persona bajo custodia o control, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del hechor, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.

2º. El que con el propósito de destruir a una parte de una población sometiere a otro a condiciones de existencia capaces de causar su muerte, tales como la privación del acceso a alimentos o medicinas.

Artículo 8º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:

1°. Menoscabare gravemente a otro en su salud física o mental, siempre que estas lesiones no se encuentren comprendidas en los numerales 1° y 2° del artículo 5°;

2°. Sometiere a otro a experimentos sobre su cuerpo o su mente, a una extracción de un órgano, o a cualquier tratamiento médico no consentido, que pusiere gravemente en peligro su vida o su salud, siempre que ello no fuere constitutivo de lesiones de las señaladas en el numeral anterior, ni pusiere al ofendido en la situación a que se refiere el numeral 2° del artículo precedente, o

3°. Abusare sexualmente de otro, en los términos señalados en los artículos 366 o 366 bis del Código Penal, en relación al artículo 366 ter del mismo o accediere carnalmente a una persona menor de edad, pero mayor de catorce años, en los términos del artículo 363 del mismo Código.

Artículo 9°.- Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que, sin derecho, expulse por la fuerza a personas del territorio del Estado al de otro o las obligue a desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del mismo, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1°.

Artículo 10.- No podrá aplicarse el mínimo de la pena en los delitos contemplados en este párrafo, si ellos fueren cometidos para oprimir y dominar en forma sistemática a un grupo racial o con la intención de mantener dicha dominación y opresión.

2. Genocidio

Artículo 11.- El que con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en su calidad de tal, realice cualquiera de los siguientes actos, comete genocidio y será castigado con las penas que respectivamente se indican:

1°. Matar a uno o más miembros del grupo, con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado;

2°. Causar a uno o más miembros del grupo un menoscabo grave en su salud física o mental;

3°. Someter al grupo a condiciones de existencia capaces de causar su destrucción física, total o parcial tales como la privación del acceso a alimentos o medicinas;

4°. Aplicar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o

5°. Trasladar por fuerza a menores de 18 años del grupo a otro grupo, o se les impida regresar a aquél.

En los casos de los numerales 2°, 3°, 4° y 5°, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Artículo 12.- Si la comisión del acto de genocidio previsto en el numeral 3° del artículo 11 ocasionare con culpa la muerte de uno o más miembros del grupo, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

Artículo 13.- El que incitare pública y directamente a cometer genocidio será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo, salvo que por las circunstancias del caso haya que considerar al incitador como autor, conforme a las reglas generales del Código Penal.

3. Reglas comunes a los crímenes de lesa humanidad y genocidio

Artículo 14.- La conspiración para cometer genocidio, así como para cometer alguno de los crímenes de lesa humanidad señalados en los artículos 3°, 4°, 5° y 6°, serán sancionadas con la pena aplicable a la tentativa de dichos delitos.

Artículo 15.- La asociación ilícita para cometer crímenes de lesa humanidad o genocidio será sancionada conforme a las disposiciones del Código Penal.

Con todo, la pena que corresponda imponer no será inferior a la pena de presidio menor en su grado máximo, tratándose de la asociación para cometer genocidio o alguno de los crímenes de lesa humanidad señalados en los artículos 3º, 4º, 5º y 6º.

Título II

Crímenes y Delitos de Guerra

1. Reglas generales

Artículo 16.- Las disposiciones del presente Título se aplicarán a la comisión de cualquiera de los hechos señalados en los artículos siguientes, cometidos en el contexto de un conflicto armado, sea éste de carácter internacional o no internacional.

Artículo 17.- Para los efectos de lo dispuesto en el presente Título, se entenderá por:

a) Conflicto armado de carácter internacional: los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el estado de guerra, así como los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado por fuerzas extranjeras, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar;

b) Conflicto armado de carácter no internacional: aquel que tiene lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. No constituyen conflicto de este carácter las situaciones de tensiones internas y de disturbios

interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos;

c) Población civil: conjunto de personas que, independientemente de su nacionalidad, no hayan participado directamente en las hostilidades, o hayan dejado de participar en ellas, incluidos los ex combatientes que hayan depuesto sus armas y personas que estén fuera de combate;

d) Personas protegidas:

1. Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977;

2. Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977;

3. La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977;

4. Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto, protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977;

5. Las personas internacionalmente protegidas, en conformidad a la Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Dichas personas comprenden a los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores de otros Estados, así como los miembros de sus familias; los representantes, funcionarios o personalidades oficiales de un Estado, y los funcionarios, personalidades oficiales o agentes de una organización intergubernamental, que conforme a los tratados

vigentes para Chile requieran una protección especial de su persona, así como los miembros de sus familias;

6. El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994;

7. En el caso de los conflictos armados de carácter no internacional, las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, amparadas por el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977, y

8. En general, cualquiera otra persona que tenga dicha condición en razón de algún tratado internacional del cual Chile sea parte, y

e) Bienes protegidos: los de carácter sanitario, cultural, histórico, civil, religioso, educacional, artístico, científico, de beneficencia y otros referidos en los artículos 19, 20, 33, 35 del Convenio I de Ginebra, de 1949; en los artículos 22, 38 y 39 del Convenio II de Ginebra, de 1949; en los Protocolos I y II de dichos Convenios; en la Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, de La Haya, de 14 de mayo de 1954, y en otros convenios internacionales vigentes en Chile.

2. Crímenes cometidos en caso de conflicto armado

Artículo 18.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el que mate a una persona protegida de conformidad con el artículo anterior.

Si mediante un mismo acto homicida se diere muerte a más de una persona protegida, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, simple o calificado.

Artículo 19.- Será castigado con la pena contemplada en el artículo anterior, el que matare o hiriere a una o más personas pertenecientes a la nación o ejército enemigo actuando a traición.

Actúa a traición el que se gana la confianza de una o más personas pertenecientes a la nación o ejército enemigo, haciéndoles creer que tenía derecho a protección o que estaba obligado a protegerlos en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados.

Artículo 20.- Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que cometiere cualquiera de los actos descritos en los numerales 1° al 6° y 8° y 9° del artículo 5°.

Con la misma pena será castigado el que tomare rehén a una persona, imponiendo condiciones a otro, a cambio de liberarlo o bajo amenaza de matarlo, o de ponerlo en grave peligro para su vida o integridad personal, o de trasladarlo a un lugar lejano o de irrogarle cualquier otro daño grave a su persona.

Por su parte, quien incurra, además, en alguna de las conductas señaladas en el inciso segundo del artículo 5° será castigado con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo.

Artículo 21.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, el que cometiere contra una persona protegida cualquiera de los actos descritos en el artículo 7°.

Artículo 22.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que cometiere contra una persona protegida cualquiera de los actos descritos en los numerales del artículo 8°.

Artículo 23.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que sometiere a personas de la parte adversa, que se encuentran en su poder, a experimentos sobre su cuerpo o su mente; a la extracción de un órgano, o a cualquier tratamiento médico no consentido, siempre que ello no fuere constitutivo de lesiones de las señaladas en el numeral 1 del artículo 8º, ni pusiere al ofendido en la situación a que se refiere el numeral 2º del artículo 7º, en cuyo caso se aplicará la pena contemplada allí para dichas conductas.

Artículo 24.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo el que:

1º. Ordene o haga una declaración en el sentido que no haya sobrevivientes para amenazar a un adversario o para proceder a las hostilidades de manera que no quedasen sobrevivientes, o

2º. Trate a una persona de forma gravemente humillante o degradante.

Artículo 25.- Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo se castigará al que ejecutare a una persona protegida sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables o, habiéndole denegado, en cualquier circunstancia, su derecho a un juicio justo.

Con la pena de presidio menor en su grado máximo se castigará al que prive a una persona protegida de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente.

Artículo 26.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que:

1°. Reclute o aliste a una o más personas menores de dieciocho años en las fuerzas armadas nacionales o grupos armados o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades, o

2°. Ordenare el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto armado, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate, por razones militares imperativas.

Artículo 27.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que destruyere o se apropiare a gran escala de bienes de una persona protegida o bienes protegidos, por causas no justificadas por necesidades del conflicto armado.

Con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo se castigará al que destruyere o se apropiare a gran escala de bienes del enemigo, por causas no justificadas por necesidades del conflicto armado.

La misma pena se aplicará al saqueo de una ciudad o plaza, incluso si se la tomare por asalto.

Si la destrucción señalada en el inciso anterior se cometiere mediante incendio o causando grandes estragos, se estará a las penas contempladas en el párrafo 9 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal.

3. Crímenes cometidos en caso de conflicto armado de carácter internacional

Artículo 28.- Será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo, el que matare o lesionare gravemente a otro en el marco de un conflicto armado:

a) Usando la bandera blanca para fingir una intención de negociar cuando no se tenía esa intención;

b) Usando la bandera, insignia o uniforme enemigo en contravención a lo establecido en los tratados internacionales de los que Chile es parte, mientras se lleva a cabo un ataque;

c) Usando la bandera, insignia o uniforme de las Naciones Unidas en contravención a lo establecido en los tratados internacionales de los que Chile es parte, o

d) Usando los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 para fines de combate en contravención a lo establecido en los tratados internacionales de los que Chile es parte.

Artículo 29.- Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que lance un ataque contra:

a) Una población civil o personas civiles;

b) Ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

c) Bienes de carácter civil, esto es, bienes que no son objetivos militares;

d) Un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido;

e) Obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa del conflicto que se prevea;

f) Monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, o

g) Edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los hospitales y los lugares en los que se agrupan a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares.

Artículo 30.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, el que provocare intencionalmente hambruna a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar deliberadamente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra.

Artículo 31.- Sin perjuicio de la pena aplicable por el resultado lesivo de su conducta, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo al que:

a) Empleare veneno, armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo que pueda causar la muerte o un grave daño para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas.

b) Usare, conociendo sus resultados, balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano.

Artículo 32.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que:

1°. Sin derecho, expulsare por la fuerza a una persona protegida del territorio de un Estado al de otro o la obligare a desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio de un mismo Estado;

2°. Sin derecho, detuviere o mantuviere privada de libertad a una persona protegida;

3°. Constriñere mediante violencia o amenazas a una persona protegida, a un miembro de la población civil o a un nacional de la otra parte a servir al enemigo;

4°. Por la potencia ocupante, trasladare directa o indirectamente parte de su población civil al territorio que ocupa o expulsare o trasladare la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate, por razones militares imperativas, o

5°. Utilizare la presencia de una persona civil u otra persona protegida para ponerse a sí mismo o a ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares.

Artículo 33.- Será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, el que dispusiere la abolición, suspensión o inadmisibilidad ante un tribunal de las acciones o derechos de los nacionales de la potencia enemiga.

Artículo 34.- Será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, el que usare sin derecho las insignias, banderas o emblemas de Naciones Unidas, de la Cruz Roja u otros emblemas protectores de otras organizaciones internacionalmente reconocidas.

Título III

Disposiciones Comunes

Artículo 35.- Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen

efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo.

La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.

Artículo 36.- La orden de cometer una acción o de incurrir en una omisión constitutiva de delito conforme a esta ley, así como la orden de no impedir las, impartida por una autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, a un subalterno, lo hace responsable como autor.

Si la orden no fuere cumplida por el subalterno, la autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, responderá en todo caso como autor de tentativa de dicho delito.

Artículo 37.- Tratándose del numeral 2º del artículo 1º, es suficiente el conocimiento de que el acto forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que responde a un plan o política de las características señaladas en el mismo numeral, sin que se requiera el conocimiento de ese plan o política, ni de los aspectos concretos del ataque distintos del acto imputado.

Artículo 38.- El que obrando en cumplimiento de una orden superior ilícita hubiere cometido cualquiera de los delitos establecidos en la presente ley, sólo quedará exento de responsabilidad criminal cuando hubiere actuado coaccionado o a consecuencia de un error.

No se podrá alegar la concurrencia del error sobre la ilicitud de la orden de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad.

Artículo 39.- Serán circunstancias agravantes especiales la extensión considerable del número de personas ofendidas por el delito en lo que fuere procedente, y en los casos de crímenes de lesa humanidad, el hecho de haber obrado el

responsable por motivos de discriminación en razón de nacionalidad, raza, etnia, religión, género o consideraciones políticas o ideológicas.

Será en todo caso circunstancia atenuante calificada la colaboración sustancial con el tribunal que contribuya al esclarecimiento de los hechos, particularmente en lo que respecta al establecimiento de la responsabilidad de las demás personas que intervinieron en el acto punible.

Artículo 40.- La acción penal y la pena de los delitos previstos en esta ley no prescriben.

Artículo 41.- Estas disposiciones no se entenderán derogadas tácitamente por el establecimiento posterior de normas que fueren aplicables a los mismos hechos, aunque resultaren inconciliables.

Disposiciones Complementarias

Artículo 42.- Deróganse los artículos 261, 262, 263 y 264 del Código de Justicia Militar.

Artículo 43.- Introdúcense las siguientes enmiendas al artículo 19 de la ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público:

a) Intercálase el siguiente inciso segundo, nuevo,

“Se entenderá, especialmente, que resulta necesaria dicha designación, tratándose de investigaciones por delitos de lesa humanidad y genocidio.”.

b) Sustitúyese, en el inciso segundo, que pasa a ser tercero, el vocablo “anterior” por “primero”.

Artículo 44.- Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a

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.”

Habiéndose cumplido con lo establecido en el N°1° del artículo 93 de la Constitución Política de la República y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 26 de junio de 2009.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.- Mariano Fernández Amunátegui, Ministro de Relaciones Exteriores.- Carlos Maldonado Curti, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo a US., para su conocimiento.- Gonzalo Arenas Valverde, Embajador, Director General Administrativo.

Tribunal Constitucional

Proyecto de ley, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra
(Boletín 6406-07)

El Secretario del Tribunal Constitucional, quien suscribe, certifica que el Honorable Senado envió el proyecto de ley enunciado en el rubro, aprobado por el Congreso Nacional, a fin de que este Tribunal ejerciera el control de constitucionalidad respecto del artículo 43 mismo. Y que por sentencia de 11 de junio de 2009 en los autos Rol N°1.403-09-CPR.

Declaró:

Que el artículo 43 del proyecto remitido es constitucional.

Santiago, 12 de junio de 2009.- Rafael Larraín Cruz, Secretario

A. Código penal internacional (CPI)

Parte 1 Reglas generales

§ 1 Ámbito de aplicación

Esta Ley rige para todos los delitos contra el Derecho internacional descritos en ella, para los crímenes* descritos en ella incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional.

§ 2 Aplicación del Derecho general

El Derecho penal general es de aplicación a los hechos contemplados en esta Ley en tanto la misma no contenga disposiciones especiales en los §§ 1 y 3 a 6.

§ 3 Actuar bajo órdenes y disposiciones

Actúa sin culpabilidad quien cometa un hecho descrito en los §§ 9 a 13 en cumplimiento de una orden militar o una disposición de efecto vinculante objetivo comparable, en tanto el autor no conozca que la orden o disposición es antijurídica y su antijuridicidad no sea evidente.

§ 4 Responsabilidad de los jefes y otros superiores

(1) Un jefe militar o un superior civil que omita impedir a sus inferiores cometer un hecho descrito en esta Ley será castigado como autor del hecho cometido por el inferior. En estos casos no es de aplicación el § 13 párrafo 2 del Código penal**

* En Derecho alemán el término “crimen” (*Verbrechen*) se utiliza para denominar a los delitos (*Straftaten*) castigados con una pena privativa de libertad no inferior a un año. Las circunstancias atenuantes (y agravantes) –tal y como se regulan por ej. en el párrafo 8 subsección (5)- no se deben tomar en consideración a este respecto (párrafo 12 del Código penal alemán). Por lo tanto, todos los delitos recogidos en el presente Proyecto de Código son “crímenes” (*Verbrechen*) con la única excepción de los delitos recogidos en los párrafos 13 y 14 (véase la Exposición de motivos: B. Artículo 1, párrafo 1).

** (N. del T.) El § 13 del Cp alemán regula la comisión por omisión y el párrafo 2 prevé la posible atenua-

(2) Se equipara al jefe militar la persona que en un grupo armado ejerza objetivamente el poder de mando o autoridad y el control. Se equipara al superior civil quien en una organización civil o empresa ejerza objetivamente la autoridad y el control.

§ 5 Imprescriptibilidad

La persecución de los crímenes *** previstos en esta Ley y la ejecución de las penas impuestas por ellos no prescriben.

Parte 2 Delitos contra el Derecho internacional

Sección 1

§ 6 Genocidio

(1) El que, con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, religioso o étnico como tal

1. mate a un miembro del grupo,
2. cause a un miembro del grupo daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código penal,
3. someta al grupo a condiciones de existencia apropiadas para ocasionar su destrucción física total o parcial
4. imponga medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo
5. traslade por la fuerza a un niño del grupo a otro grupo

será castigado con la pena de privación de libertad de por vida

(2) En los casos menos graves del párrafo 1 n°s 2 a 5 la pena es de privación de libertad no inferior a cinco años.

§ 7 Crímenes contra la humanidad

(1) El que en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil

1. mate a una persona
2. con la intención de destruir total o parcialmente a una población someta a la misma o a parte de ella a condiciones de existencia apropiadas para ocasionar su destrucción total o parcial
3. ejerza el tráfico de personas, en especial con una mujer o un niño, o el que de algún otro modo esclavice a una persona arrogándose de esta manera un derecho de propiedad sobre ella,
4. deporte o traslade forzosamente a una persona que se encuentra legalmente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del Derecho internacional,
5. torture a una persona que se encuentre bajo su custodia o de cualquier otro modo bajo su control, causándole dolor o daños físicos o mentales graves que no sean mera consecuencia de sanciones permitidas por el Derecho internacional,
6. coaccione sexualmente o viole a otra persona, la coaccione a la prostitución, le prive de su capacidad de reproducción o mantenga confinada a una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza con la intención de influir en la composición étnica de una población,
7. mantenga desaparecida por la fuerza a una persona con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la Ley

a) secuestrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política, sin que en lo sucesivo se atienda sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,

b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obligación

de la pena para la comisión por omisión.

*** Véase la nota *

ción legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a, o proporcionando una información falsa,

8. cause a otra persona daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código penal

9. prive gravemente de libertad física a una persona en violación de las normas generales del Derecho internacional

10. persiga a un grupo o comunidad identificable mediante la privación o limitación esencial de derechos humanos fundamentales por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos reconocidos como inaceptables por las reglas generales del Derecho internacional,

será castigado con la pena de privación de libertad de por vida en los casos de los números 1 y 2, con pena de privación de libertad no inferior a cinco años en los casos de los números 3 a 7, y con pena de privación de libertad no inferior a tres años en los casos de los números 8 a 10.

(2) En los supuestos menos graves del párrafo 1 n° 2 la pena será de privación de libertad no inferior a cinco años, en los supuestos menos graves del párrafo 1 n°s 3 a 7 privación de libertad no inferior a dos años y en los supuestos menos graves del párrafo 1 n°s 8 y 9 privación de libertad no inferior a un año.

(3) Si el autor causare la muerte de una persona mediante el hecho descrito en el párrafo 1 n°s 3 a 10 la pena será en los supuestos del párrafo 1 n°s 3 a 7 privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años y en los supuestos del párrafo 1 n°s 8 a 10 privación de libertad no inferior a cinco años.

(4) En los supuestos menos graves del párrafo 3 la pena por un hecho previsto en el párrafo 1 n°s 3 a 7 será privación de libertad no inferior a cinco años y por un hecho previsto en el párrafo 1 n°s 8 a 10 privación de libertad no inferior a tres años.

(5) El que comete un crimen previsto en el párrafo 1 con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otro será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años en tanto en cuanto el hecho no está amenazado con una pena mayor en los párrafos 1 ó 3. En los supuestos menos graves la pena será privación de libertad no inferior a tres años en tanto en cuanto el hecho no esté amenazado con una pena mayor en los párrafos 2 ó 4.

Sección 2 Crímenes de guerra

§ 8 Crímenes de guerra contra personas

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. mate a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario

2. tome como rehén a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario

3. trate de forma cruel o inhumana a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, causándole dolor o daños físicos o mentales graves, en especial torturándola o mutilándola,

4. viole o coaccione sexualmente a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, la coaccione a la prostitución, le prive de su capacidad de reproducción o mantenga confinada a una mujer que ha sido embarazada mediante el uso de la fuerza con la intención de influir en la composición étnica de una población,

5. aliste forzosamente en las fuerzas armadas o reclute en las fuerzas armadas o en grupos armados a niños menores de 15 años o los utilice para participar activamente en las hostilidades,

6. deporte o traslade forzosamente a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, que se encuentra legalmente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del Derecho internacional

o

7. imponga o ejecute una pena contra una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, en especial la pena de muerte, sin que esa persona haya sido juzgada en un proceso judicial imparcial y constituido en la forma debida, que ofrezca las garantías legales exigidas por el Derecho internacional,

8. ponga en peligro de muerte a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario o ponga gravemente en peligro su salud

a) realizando experimentos sobre dicha persona no consentidos por ella previa, libre y expresamente o que ni son necesarios desde el punto de vista médico ni se llevan a cabo en su interés,

b) extrayendo órganos o tejido de dicha persona para trasplantes, salvo que se trate de la extracción de sangre o piel con finalidades terapéuticas acorde con los principios generalmente reconocidos de la medicina y la persona previamente haya consentido libre y expresamente, o

c) aplicando a dicha persona métodos de tratamiento no reconocidos médicamente sin que concurra para ello una necesidad médica y la persona previamente haya consentido libre y expresamente,

9. trate a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario de forma gravemente humillante o degradante

será castigado con la pena de privación de libertad de por vida en los supuestos del n° 1, con privación de libertad no inferior a cinco años en los supuestos del n° 2, con privación de libertad no inferior a tres años en los supuestos de los n°s 3 a 5, con privación de libertad no inferior a dos años en los supuestos de los n°s 6 a 8 y con privación de libertad no inferior a un año en los supuestos del n° 9.

(2) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional hiera a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa después de que el mismo se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier otro modo fuera de combate, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional

1. mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida en el sentido del párrafo 6 n° 1 o de more injustificadamente su repatriación

2. como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa,

3. obligue con violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona protegida en el sentido del párrafo 6 n° 1 a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga u

4. obligue a un miembro de la parte adversa con violencia bajo amenaza de un mal grave a tomar parte en operaciones bélicas contra su propio país,

será castigado con pena de privación de libertad no inferior a dos años

(4) Si el autor causa mediante los hechos descritos en el párrafo 1 n°s 2 a 6 la muerte de la víctima la pena será en los supuestos del n°2 privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a 10 años, en los supuestos del párrafo 1 n°s 3 a 5 privación de libertad no inferior a cinco años, en los supuestos del párrafo 1 n° 6 privación de libertad no inferior a tres años. Si una acción descrita en el párrafo 1 n° 8 conduce a la muerte o a un daño grave a la salud la pena será privación de libertad no inferior a tres años.

(5) En los supuestos menos graves del párrafo 1 n° 2 la pena será privación de libertad no inferior a dos años, en los supuestos menos graves del párrafo 1 n°s 3 y 4 y del párrafo 2 privación de libertad no inferior a un año, en los supuestos menos graves del párrafo 1 n° 6 y del párrafo 3 n° 1 privación de libertad de seis meses a cinco años.

(6) Son personas protegidas por el Derecho internacional humanitario

1. En un conflicto armado internacional: personas protegidas en el sentido de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I (Anexo a esta Ley), es decir, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil;

2. En un conflicto armado no internacional: heridos, enfermos, náufragos, así como personas que no toman parte directa en las hostilidades y se encuentran en poder de la parte adversa;

3. En conflictos armados internacionales y no internacionales: miembros de las fuerzas armadas y combatientes de la parte adversa que ha depuesto las armas o de cualquier otro modo se encuentran indefensos;

§ 9 Crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional saquee o de manera no justificada por las necesidades del conflicto armado, sino a gran escala, en contra del Derecho internacional, destruya, se apropie o confisque bienes de la parte adversa que se encuentren en poder de la parte propia, será castigado con la pena de privación de libertad de uno a diez años.

(2) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional en contra del Derecho internacional disponga que los derechos y acciones de todos o de una parte esencial de los miembros de la parte adversa quedan abolidos, suspendidos o no son reclamables ante un tribunal será castigado con la pena de privación de libertad de uno a diez años.

§ 10 Crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas

El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. dirija un ataque contra personas, instalaciones, materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgadas a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho internacional humanitario, o

2. dirija un ataque contra personas, edificios, material, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios, que estén señalados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho internacional humanitario,

será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años. En los casos menos graves, en especial cuando el ataque no se realice con medios militares, la pena será de privación de libertad no inferior a un año.

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional utilice de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, la bandera, las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas y cause así la muerte o lesiones graves de una persona (§ 226 del Código penal), será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años.

§ 11 Crímenes de guerra de empleo de métodos de conducción de la guerra prohibidos

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. dirija un ataque con medios militares contra la población civil como tal o contra un solo civil, que no toma parte directa en las hostilidades,

2. dirija un ataque con medios militares contra objetos civiles, siempre que protegidos como tales por el Derecho internacional humanitario, en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte, la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos, hospitales, y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, ciudades, pueblos, aldeas o edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas así como a establecimientos o instalaciones que contengan energías peligrosas,

3. conduzca un ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que el ataque causará la muerte o lesiones de civiles o daños a objetos civiles en una medida desproporcionada a la concreta ventaja militar global esperada,

4. utilizar como escudos a personas protegidas por el Derecho internacional humanitario para estorbar las acciones bélicas del enemigo contra determinados objetivos,

5. establecer la inanición de civiles como método de conducción de la guerra, reteniendo los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de ayuda en violación del Derecho internacional humanitario,

6. como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel, o

7. mate o hiera a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa,

será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años. En los supuestos menos graves del número 2 la pena será privación de libertad no inferior a un año.

(2) Si el autor causa la muerte o lesiones graves (§ 226 del Código penal) de un civil o persona protegida por el Derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1 n°s 1 a 6, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena será privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años.

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional conduzca un ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que el ataque causará daños extensos, duraderos y graves al medio natural desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar global esperada, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años.

§ 12 Crímenes de guerra de empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. utilice veneno o armas venenosas,
2. utilice armas biológicas o químicas o

3. utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años.

(2) Si el autor causa la muerte o lesiones graves (§ 226 del Código penal) de un civil o de una persona protegida por el Derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena será privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años.

Sección 3: Otros delitos

§ 13 Infracción del deber de vigilancia

(1) El jefe militar que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su mando o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible para el jefe y hubiera podido evitarlo.

(2) El superior civil que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su autoridad o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible sin más para el superior y hubiera podido evitarlo.

(3) Es aplicable en su caso el § 4 párrafo 2.

(4) La infracción dolosa del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta cinco años, la infracción imprudente del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta tres años.

§ 14 Omisión de la comunicación de un delito

(1) El jefe militar o el superior civil que omita poner un hecho descrito en esta Ley de inmediato en conocimiento del cargo competente para la investigación o persecución de tales hechos será castigado con la pena de privación de libertad de hasta tres años.

(2) Es aplicable en su caso el § 4 párrafo 2.

B. § 153 f. Ordenanza Procesal Penal

(1) La fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible bajo los §§ 7 a 15 del Código penal internacional en los casos del art. 153 párrafo 1 n° 1 y 2 cuando el culpable no se encuentre en el

territorio nacional ni es de esperar tal presencia. Sin embargo, en los supuestos del § 153 c párrafo 1 n° 1 el culpable es alemán, lo anterior sólo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el hecho.

(2) La fiscalía puede en particular abstenerse de perseguir un hecho punible según los §§ 7 a 15 del Código penal internacional en los supuestos del § 153 c párrafo 1 n°s 1 y 2 cuando

1. cuando no exista ninguna sospecha contra un alemán,
2. el hecho no fue cometido contra un alemán,
3. ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia, y
4. el hecho es perseguido por un Tribunal penal internacional o por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho.

Lo mismo rige cuando el culpable de un hecho cometido en el extranjero se encuentra en territorio nacional pero se dan los presupuestos previstos en el párrafo 1 n°s 2 y 4 y la entrega a un tribunal internacional o la extradición al Estado que persigue es admisible y está prevista.

(3) Si en los supuestos de los párrafos 1 ó 2 ya se hubiese formulado la acusación pública la fiscalía puede retirar la acusación en cualquier momento del proceso y suspender el proceso.