



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO
INTERNO DE CHILE “ Diferentes visiones de la Jurisprudencia”**

Memoria de Prueba para optar al Grado

De Licenciado en

Ciencias Jurídicas y Sociales

INTEGRANTE

SUSANA FERNÁNDEZ ALARCÓN

Profesor Guía: MARIO ARNELLO ROMO

Santiago, Chile.

Julio 2014

Contenido

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I	10
Textos esenciales del Derecho Internacional Humanitario (2).....	13
LOS CONVENIOS DE GINEBRA	13
I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.....	13
II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.....	16
III Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.....	17
IV Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.....	21
Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra	24
Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 08 de Junio de 1977.....	24
Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 08 de Junio de 1977.....	27
Protocolo Adicional III relativo a signo distintivo adicional de 08 de Diciembre de 2005.....	30
CONVENCION DE LA HAYA DE 14 de Mayo de 1954 ;Para la protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado	32
Tratados relacionados	37
1-Pacto de Derechos Civiles y Políticos.....	37
2-Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.....	38
3-Convención Americana sobre Derechos Humanos “ Pacto San José de Costa Rica”.....	39
CAPÍTULO II	40
Consideraciones relevantes: “ Análisis específico de las situaciones a las que se aplica el Derecho Internacional Humanitario.”.....	40
Artículo 3 - Conflictos no internacionales:	40
Análisis del Artículo	43
I. Obligaciones de las Partes	46
II. Contenido de las obligaciones	47
Situaciones que no son Conflictos Armados	67
CAPITULO III	78
“Principios y normas de interpretación de los Tratados”	78
Interpretación de los Tratados.....	78

Reglas de Interpretación	81
Medios o Reglas complementarias de Interpretación.....	85
(Art 32, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)	85
Otras reglas interpretativas	86
Interpretación de Tratados autenticados en dos o más idiomas (Artículo 33 Convención de Viena sobre Derecho de los tratados)	89
Incorporación del Derecho Internacional al Derecho Interno	90
El Principio de la Irretroactividad de la Ley Penal	106
CAPITULO IV	108
Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación “ El informe Rettig” .	108
Carta de Eduardo Frei a Mariano Rumor, Presidente de la Unión Mundial de la Democracia Cristiana.	114
“ PINOCHET Y ALLENDE vistos por un inglés” de Robin Harris	123
Respuesta del EJERCITO, ARMADA, FUERZA AÉREA, CARABINEROS Y CONSEJO DE GENERALES EN RETIRO (Informe Comisión Rettig)	128
CAPITULO V	142
Jurisprudencia de los Tribunales Chilenos.....	142
Aplicación o no aplicación del Derecho Internacional Humanitario o de los Convenios de Ginebra.....	142
2) Aplicación de o NO aplicación la Prescripción (prescripción gradual) y la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa humanidad y Crímenes de Guerra (53).....	157
3) Aplicación o NO aplicación de la Amnistía (59)	171
Evolución cronológica:	176
1º Período “ Desde la dictadura Militar o Gobierno del Gral. Pinochet al año 1998”	176
2º Período “ Cese de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía”	179
3º Período “ Jurisprudencia contradictoria”	180
4º Período “ Imprescriptibilidad de los Delitos permanentes”.....	182
5º Período “ Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad”	183
6º Período “ La prescripción gradual de los delitos imprescriptibles”.....	186
CONCLUSIONES	192
BIBLIOGRAFÍA:.....	201

INTRODUCCIÓN

Comenzar una memoria de título no es nada fácil , ni hablar de lo complejo y arduo que es decidirse finalmente por el tema o título ; veo continuamente como mis amigos y compañeros de generación escogen una materia, se convencen de que es la decisión correcta, recopilan un poco de información, comienzan a dudar, desisten y vuelven al inicio de todo este maquiavélico proceso; afortunadamente no fue mi caso, desde mi ingreso a la Escuela siempre tuve una marcada predilección por el Derecho Internacional – sin desconocer que en el transcurso de los años, otras áreas del Derecho han ganado un espacio importante en mis preferencias – por lo que siempre supe que mi trabajo final versaría sobre él, el tema se dio casi de forma natural, digamos que la amalgama formada por cátedras como Relaciones Internacionales, Fronteras de Chile, Solución de controversias internacionales, Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional hicieron el trabajo; es cierto, ninguna de estas clases toca profundamente el Derecho Humanitario Internacional – circunstancia que creo debiese ser modificada mediante la creación de un curso dedicado exclusivamente a él – pero dieron el puntapié inicial para que se produjese en mi una gran curiosidad al respecto. Comencé a leer e interiorizarme en el tema para simplemente quedar prendada de él; puede parecer extraño o reprochable – al menos inicialmente - que alguien pueda quedar fascinada con el “ derecho de la guerra” pero es, precisamente el desprecio por la reacción armada como forma de solución de conflictos la base de toda esta normativa; no podemos desconocer la naturaleza violenta del ser humano, tendencia que lo lleva a caer fácilmente en excesos y crueldad sobre todo si se considera al otro como “ el enemigo” , sin embargo, y al mismo

tiempo no podemos desconocer la capacidad de raciocinio y benevolencia que habita también en el hombre y es esto último, lo que rescata el Derecho Internacional Humanitario, pues sus ideas matrices y principios nos obligan a ver que si bien ese otro es “ el enemigo” es, al igual que yo, un ser humano digno de respeto, consideración y compasión pero que por diversas razones se encuentra al otro lado del campo de batalla.

El origen del Derecho Humanitario se remonta a antiguas civilizaciones y religiones, pues se tienen antecedentes que ya en el año 1000 AC existían normas relacionadas con la forma y medios de hacer la guerra, por lo que el enfrentamiento violento parecía ser el modo idóneo de solución.

Si bien se reconoce el año 1864 como la fecha que vio nacer al Derecho Internacional Humanitario año en que se celebró el primer Convenio de Ginebra; debemos retroceder un poco más para lograr encontrar su primera manifestación, ya que fue el suizo Henri Dunant quien al verse en medio de la batalla de Solferino entre los Franceses y Austríacos en 1859, pensó en que forma se podía aliviar el sufrimiento de los enfermos y heridos de este enfrentamiento.

Es por esto que junto a 4 amigos , en el año 1863 creo el Comité Internacional de Socorro a Militares Heridos, el que más tarde en 1876 pasará a ser el Comité Internacional de la Cruz Roja; sus ideas fueron ampliamente aceptadas en varios países; en estos se establecieron sociedades nacionales , movimientos que derivaron en la Conferencia Diplomática celebrada de 1864 en Ginebra, reunión celebrada por 16 naciones europeas , las que aprobaron el

“ Convenio para el mejoramiento de la suerte que corrían los heridos de los ejércitos en campaña”

En el Convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña consagró los principios de universalidad y tolerancia en asuntos relativos a la raza, nacionalidad y religión; además se adoptó el emblema de una cruz roja sobre un fondo blanco, como el distintivo del personal sanitario militar – distintivo que en los países islámicos es una media luna roja sobre un fondo blanco-. Este convenio a la vez vino a concretizar disposiciones que ya existían a nivel consuetudinario en relación a los métodos y medios para conducir las hostilidades por un lado y, por otro, normas tendientes a la protección de cierto tipo de víctimas en los conflictos armados.

Este convenio por lo tanto, vino a limitar la soberanía de los Estados en la conducción de las hostilidades pues se predomina la consideración *Rationae Personae* en desmedro de la consideración de los Estados; por lo que a la vez se les indica como debe ser su trato con las víctimas.

Contemporáneamente a la celebración de este convenio, se realizaba en la Haya entre los años 1899 y 1907 , Los Convenios de la Haya ; que si bien aún consideraban a la Guerra como un imperativo, buscaban que ésta no ocasionará más daños, sufrimientos y destrucción que los estrictamente necesarios; por lo que cualquier medio o método que quisiese extenderla más allá de sus objetivos propios, fueron excluidos y prohibidos por la comunidad internacional, por lo que la guerra lícita sería aquella que se valiera únicamente de los métodos y medios admitidos por el derecho.

Por todo lo antes descrito, podemos decir que, desde 1864 con los Convenios de Ginebra, la Declaración de San Petersburgo de 1868 relacionada con la prohibición del empleo de cierto tipo de proyectiles y con los Convenios de la Haya 1899-1907 , el Derecho de la Guerra de la época se orienta hacia 2 puntos específicos, la protección de las víctimas de estos conflictos y la limitación de los medios y métodos de combate. A estos cuerpos normativos se les pasa a conocer como El Derecho de Ginebra y el Derecho de la Haya respectivamente; los que en conjunto, conforman el JUS IN BELLO o **Derecho de la Guerra** , derecho que determina la forma en que un Estado debe actuar ante un conflicto armado.

Pero al mismo tiempo se debe considerar lo que era el JUS AD BELLUM o el derecho **A la Guerra** que tenía todo estado soberano, éste que quedaba reglamentado por el derecho de la guerra como forma de disminuir la frecuencia de este medio como forma de solución de las controversias internacionales. Sin embargo, esta normativa desapareció de forma definitiva con la Prohibición de recurrir a la fuerza establecida en la Carta de Naciones Unidas en su artículo 2.4 ; que si bien estipula 3 excepciones; siendo una de ellas las medidas de seguridad colectiva que Naciones Unidas puede tomar; tiene como imperativo el impedir que los estados puedan resolver sus litigios por este medio.

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

Es por esto que en la actualidad el derecho de la guerra o ahora conocido como Derecho Humanitario, esta determinado únicamente por el Derecho de Ginebra y el Derecho de la Haya, puede parecer extraño que siga extendiendo un derecho de la Guerra si esta ha sido oficialmente declarada como ilícita, sin embargo, debemos aceptar que estos acuerdos si bien son útiles muchas veces reflejan más bien pensamientos idealistas que reales, ya que el ser humano aún no logra resolver sus diferencias sin dejar de acudir al conflicto armado, esto no quiere decir que el derecho Humanitario legitime la existencia de estos conflictos, sino que el objetivo final de este derecho es que el hombre logre escuchar la voz de la razón en situaciones en donde las armas parecen ser la única voz valedera, y recordarle que su enemigo sigue siendo un ser humano digno de respeto, compasión y piedad.

Como hemos visto la codificación del Derecho Humanitario comenzó en el siglo XIX, y desde ese entonces los estados han acordado reglas y celebrado convenciones que han ido desarrollando esta rama, este desarrollo se debe a la vez al aumento de la Comunidad Internacional y su adhesión a esta normativa, adhesión que ha significado que este derecho sea verdaderamente universal.

En la actualidad, este Derecho humanitario se encuentra principalmente contenido en:

- Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949
- Los Protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra, protocolos I y II de 1977; protocolo III de 2005.

- La Convención de la Haya sobre Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 14 de Mayo de 1954.

CAPÍTULO I

Recopilación : “Textos esenciales del Derecho Internacional Humanitario”

Como ya señalamos, la base de esta normativa son los **Convenios de Ginebra, sus Protocolos adicionales y La Convención de la Haya sobre Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado**, pero no podemos dejar de mencionar otros textos que han ido engrosando y dando especificidad a este derecho, entre ellos se destacan (1):

En Materia de Protección a las Víctimas de los Conflictos Armados:

- Protocolo adicional a la Convención sobre los derechos del Niño, sobre la Participación de los niños en los conflictos armados, de 25 de Mayo del año 2000.
- Convención contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de Diciembre de 2006.

En materia de Protección de Bienes Culturales:

- Protocolo I de la Convención de la Haya sobre Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 14 de Mayo de 1954.
- Protocolo II de la Convención de la Haya sobre Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 26 de Mayo de 1999.

En materia de Medio ambiente:

- Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, de 10 de Diciembre de 1976.

(1).- Introducción al Derecho Internacional Humanitario; Christopher Swinarski; Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericana de Derechos Humanos; San José, Costa Rica-Ginebra, 1984

En materia de Derecho Penal Internacional:

Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 26 de Noviembre de 1968.

- Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de Julio de 1998.

En materia de Armas:

- Protocolo sobre la Prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, de 17 de Junio de 1925
- Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de 10 de Abril de 1972.
- Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 10 de Octubre de 1980.(CCW)

Sus protocolos anexos:

- a) Protocolo sobre Fragmentos No Localizables, de 10 de Octubre de 1980
- b) Protocolo sobre Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, de 10 de Octubre de 1980
- c) Protocolo sobre Armas Incendiarias, de 10 de Octubre de 1980
- d) Protocolo sobre Armas Láser cegadoras, de 13 de Octubre de 1995
- e) Protocolo sobre Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de Mayo de 1996
- f) Protocolo sobre Restos Explosivos de guerra, de 28 de Noviembre de 2003
- g) Enmienda a la CCW de 10 de Octubre de 1980

- h) Convención sobre la Prohibición, el desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, de 13 de Enero de 1993.
- i) Convención sobre la producción, empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 18 de Septiembre de 1997 (Convención de Ottawa de 1997)

Debemos mencionar que dentro de este derecho se consideran también disposiciones de derecho consuetudinario como normas generales aplicables a todo los Estados.

Por otro lado existen textos internacionales que tienen una gran influencia no solo a la hora de aplicar este Derecho Humanitario; sino en el presente trabajo; estos son:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde 1976
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (texto que al mismo tiempo pertenece en sí al Derecho Humanitario)
- Declaración Universal del los Derechos Humanos de 1948.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, “ Pacto San José de Costa Rica de 1969.

LOS CONVENIOS DE GINEBRA

Estos textos son la piedra angular del Derecho Internacional Humanitario; los que tiene como objetivo limitar los efectos nocivos de los conflictos armados, que en si son una violación grave al Derecho Internacional Público, pues no se respeta la prohibición de la guerra; por lo que el Derecho Humanitario tiene la misión de hacer respetar el derecho una vez que este ya ha sido burlado, pues es impensable que el ordenamiento jurídico interno no pueda garantizar, como consecuencia de un conflicto armado , el respeto que se debe todo ser humano.

I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.

Este convenio fue aprobado el 12 de Agosto de 1949 y vigente desde el 21 de Octubre de 1950.

Este convenio protege a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña durante conflictos armados; esta convenio también consagra la protección para el personal médico y religioso, las unidades médicas y el transporte médico, de los que reconoce también su emblema distintivo. Este convenio es la consagración actual de lo que fueron los Convenios sobre los heridos y enfermos posteriores a los textos de 1864,1906 y 1929.

La mayor parte de este convenio hace referencia a los Conflictos Armados Internacionales

(2).- Introducción al Derecho Internacional Humanitario; Christopher Swinarski; Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericana de Derechos Humanos; San José, Costa Rica-Ginebra, 1984

Este convenio consta de:

64 artículos

9 capítulos: I Disposiciones generales/II Heridos y Enfermos/III Unidades y establecimientos sanitarios/ IV Persona /V Edificios y material/ VI Transportes Sanitarios / VII Signo distintivo / VIII Aplicación del convenio / IX Represión de los abusos.

Una sección de disposiciones finales: Artículos 55 a 64
2 anexos;

- 1er anexo es relacionado con las Zonas y Localidades sanitarias
- 2do trata sobre la tarjeta de identidad para los miembros del personal sanitario y religioso agregado a los ejércitos.

Puntos importantes tratados en el Convenio:

a) La protección de los heridos y los enfermos en los conflictos armados internacionales, estas personas son los militares que necesiten asistencia médica y que se abstengan de todo acto de hostilidad ; luego de la celebración del Protocolo adicional I de 1977, esta protección se hizo extensible a las personas civiles.

b) La protección de las unidades sanitarias, como edificios, centros de transfusión de sangre, almacenes de material sanitario, los hospitales de campañas y, de los transportes destinados a fines sanitarios, que es aquel destinado exclusivamente, de forma permanente o temporal, al traslado por tierra, agua o aire, de heridos, enfermos y náufragos, así como de personal sanitario y religioso.

c) Las potencias protectoras: Que es un país neutral en el conflicto, al que una de las partes en conflicto confiere el encargo de proteger sus intereses en el

territorio de la otra, por lo que la misión diplomática de un tercer estado en el territorio de un Estado parte del conflicto internacional representa los intereses de la otra parte y a la vez velar por la aplicación de los Convenios de Ginebra, haciendo las veces de la propia misión diplomática de este Estado.

La designación de estas potencias esta sometida a la aprobación de la potencia ante la cual ha de cumplir su misión. Esta representación puede ser de 2 tipos; el Mandato de Viena cuando la potencia protectora representa únicamente los intereses diplomáticos y, Mandato de Ginebra cuando la potencia protectora se ocupa de velar la observancia de los protocolo de Ginebra y controlar su aplicación; pero en la actualidad el mandato Ginebra se aplica en el sentido del mandato de Viena. Si bien este mandato no se relaciona formalmente con el Derecho Internacional Humanitario, éste permite la comunicación necesaria entre las partes en conflicto para poder aplicar los convenios, y permite designar intermediarios que lleven los mensajes indispensables para la eficacia de los convenios.

El convenio trata a la vez el concepto de los Estados Neutrales en el conflicto, que sin tener la calidad de Potencia Protectora, están obligados a aplicar las disposiciones de los convenios si es que hay personas protegidas en sus territorios.

El convenio contempla principalmente a los conflictos Internacionales ; sus disposiciones fueron completadas y complementadas por el Protocolo Adicional I de 1977.

II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.

Convenio aprobado el 12 de Agosto de 1949 y vigente desde el 21 de Octubre de 1950.

El convenio paso a reemplazar al Convenio de la Haya de 1907 para la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864. Retoma las disposiciones del I Convenio de Ginebra en cuanto a estructura y contenido.

El convenio consta de:

- 63 artículos aplicables específicamente a la guerra marítima.
- 8 capítulos: I Disposiciones generales/ II Heridos, enfermos y náufragos/ III Barcos Hospitales/ IV Personal/ V Transportes sanitarios/ VI Signo Distintivo/ VII Aplicación del Convenio/ VIII Represión de los abusos y de las infracciones
- Una sección de disposiciones finales, artículos 54 a 63.
- Anexo: Tarjeta de identidad para los miembros del personal sanitario y religioso agregados a las fuerzas armadas en el mar.

Puntos importantes tratados en el Convenio:

a) La agencia Central de Búsqueda que es un órgano internacional fundado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, cuyo fin es la protección de los prisioneros de guerra de las consecuencias que implica la pérdida de su identidad, y transmitir los datos personales al país de origen y a la respectiva familia, lo que permite que estos prisioneros mantengan relación con sus familiares y su patria.

b) La designación de una zona neutral en alta mar , con la finalidad de garantizar de modo efectivo la protección debida a los heridos, enfermos y náufragos.

III Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Convenio aprobado el 12 de Agosto de 1949 y, vigente desde el 21 de Octubre de 1950.

Este convenio paso a reemplazar al Convenio sobre Prisioneros de Guerra de 1929; el pacto amplio la categoría de personas que tienen el derecho a recibir la calidad de prisionero de guerra en relación a los convenios I y II. Define con mayor exactitud las condiciones y los lugares para la captura, el trabajo que corresponde a estos prisioneros, sus recursos financieros, la asistencia que les corresponde, los procesos judiciales que le son aplicables, etc.

Un punto de gran importancia que se establece en el tratado es el principio de que los Prisioneros de Guerra deben ser liberados y repatriados sin demora tras el cese de las hostilidades activas.

El convenio consta de:

- 143 Artículos

- 3 Títulos :(*) Con subdivisiones; Título I Disposiciones generales/ Título II Protección General de los Prisioneros de Guerra/ Título III Cautiverio (*) Sección I Comienzo del Cautiverio, Sección II Internamiento de los prisioneros de guerra.

- 8 Capítulos en una 1era parte, algunos de ellos subdivididos en secciones (*) y, a la vez contiene diversos títulos; se distribuyen de la siguiente forma

Capítulo I Generalidades/ Capítulo II Alojamiento, Alimentación y Vestimenta de los Prisioneros de Guerra/ Capítulo III Higiene y Asistencia Médica/ Capítulo IV Personal Médico y Religioso retenido para asistir a los Prisioneros de Guerra/ Capítulo V Religión, Actividades Intelectuales y Físicas/ VI Disciplina/ VII Graduaciones de los Prisioneros de Guerra/ (*) Capítulo VIII Traslado de los Prisioneros de Guerra tras su llegada a un campamento.

- Sección III Trabajo de los Prisioneros de Guerra.
- Sección IV Recursos Pecuniarios de los Prisioneros de Guerra.
- Sección V Relaciones de los Prisioneros de Guerra con las

autoridades

- 3 Capítulos en una 2da parte; (*) Con subdivisiones; Capítulo I Quejas de los Prisioneros de Guerra a causa del Régimen de Cautiverio/ Capítulo II Representantes de los Prisioneros de Guerra/ (*) Capítulo III Sanciones Penales y Disciplinaria:

- I Disposiciones Generales
- II Sanciones Disciplinarias
- III Diligencias Judiciales

Título IV Fin de Cautiverio:

- Sección I Repatriación directa y Hospitalización neutral
- Sección II Liberación y Repatriación de los prisioneros de guerra después de finalizadas las hostilidades
- Sección III Fallecimiento de Prisioneros de Guerra

Título V Oficina de Información y Sociedades de Socorro por lo que atañe a los Prisioneros de Guerra.

Título VI Aplicación del Convenio

- Sección I Disposiciones generales
- Sección II Disposiciones Finales

- 4 Anexos:

1er Anexo: Modelo para la Repatriación directa y para la Hospitalización en país neutral tanto de los prisioneros de guerra, heridos y enfermos.

2do Anexo: Reglamento para las Comisiones Médicas Mixtas.

3er Anexo: Reglamento para los Socorros Colectivos para los Prisioneros de Guerra

4to Anexo: Tarjeta de Identidad, captura, y de Correspondencia; La notificación de defunción, Certificado de Repatriación.

5to Anexo: Reglamento modelo para los pagos remitidos por los prisioneros de guerra al propio país.

Puntos importantes tratados en el Convenio:

a) Concepto de Prisionero de Guerra; todo miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto o todo combatiente que caiga en poder de la otra Parte; a la vez tienen esta calidad, los participantes en un levantamiento en masa (Leveé en Mase) es decir, civiles que sin tiempo de organizarse toman las armas espontáneamente con el fin de oponer resistencia a las fuerzas armadas enemigas (siempre que lleven las armas a la vista) y, a las personas que no están legitimizadas para tomar parte activa en las hostilidades pero que, sin embargo, acompañan a las fuerzas armadas sin pertenecer a ellas, es el caso

del Personal sanitario, personal religioso, miembros de las organizaciones de ayuda, etc.

A la vez se considera como prisioneros de guerra a los civiles que se encuentren en una región controlada por el enemigo o “ en poder del enemigo” y que pertenecen a la otra Parte en conflicto.

b) Se extiende la protección a los periodistas que efectúan misiones profesionales en zonas de conflicto armado. (esta consideración se profundiza en el Protocolo Adicional I de 1977).

c) La protección de los prisioneros de guerra abarca diversos ámbitos como su seguridad, condiciones físicas y morales de existencia, sus derechos y el trato de la potencia detentora; esta protección se puede observar, a modo de ejemplo, en las siguientes situaciones:

- Los prisioneros solo pueden ser internados en establecimientos en tierra firme y que ofrezcan toda garantía de higiene y salubridad.

- La potencia detentora debe garantizarles alojamiento, alimentación y ropa; debe atender sus necesidades higiénicas y de asistencia médica.

- Los prisioneros de guerra tienen derecho a practicar su religión y a desplegar actividades intelectuales y deportivas; además tienen el derecho de hacerse representar ante la potencia detentora por hombres de confianza elegidos entre los oficiales o soldados detenidos.

d) Es de gran importancia el Derecho a recibir visitas por parte de los representantes de las potencias protectoras cuando existe el Mandato de Ginebra, pero que este convenio hace extensible a los miembros del Comité Internacional de la Cruz Roja.

El convenio contempla principalmente a los conflictos Internacionales ; sus disposiciones fueron completadas y complementadas por el Protocolo Adicional I de 1977 en sus artículos 43 y 44

IV Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Convenio aprobado el 12 de Agosto de 1949 y vigente desde el 21 de Octubre de 1950.

Este convenio extiende la protección dada solo a los combatientes (Convenios anteriores a 1949) a las personas civiles, esto como respuesta a las terribles consecuencias de que no existiese un convenio que las protegiese durante la II Guerra Mundial.

La mayoría de las normas del convenio se refieren al estatuto y el trato que debe darse a las personas protegidas, y distinguen entre la situación de los extranjeros en el territorio de una de las partes en conflicto y la de los civiles en territorios ocupados.

Define las obligaciones de la Potencia ocupante respecto de la población civil y contiene normativa específica sobre la ayuda humanitaria que tienen derecho a recibir, el trato que deben recibir al estar internados.

El convenio consta de:

- 159 artículos
- Consta de 10 Capítulos , algunos de ellos subdivididos en secciones (*) y, a la vez contiene diversos títulos; se distribuyen de la siguiente forma:

Título I Disposiciones Generales

Título II Protección General de la Población contra ciertos efectos de la guerra

Título III Estatuto y trato de las Personas protegidas

- Sección I Disposiciones comunes a los territorios de las Partes en conflicto y a los territorios ocupados.
- Sección II Extranjeros en el territorio de una Parte en conflicto
- Sección III territorios ocupados
- Sección IV Normas relativas al trato debido a los internados.

- Capítulos:

Capítulo: I Disposiciones Generales/ Capítulo II Lugares de Internamiento/
Capítulo III Alimentación y Vestimenta/ Capítulo V Religión, Actividades
Intelectuales y Físicas/ Capítulo VI Propiedad Personal y Recursos Financieros/
Capítulo VII Administración y Disciplina/ Capítulo VIII Relaciones con el
Exterior/ Capítulo IX Sanciones Penales y Disciplinarias/ Capítulo X Traslado
de los Internados/ Capítulo XI Fallecimientos/ Capítulo XII Liberación ,
Repatriación y Hospitalización en País neutral:

- Sección V Oficinas y Agencia Central de Informaciones
- Título IV Aplicación del Convenio
- Sección I Disposiciones Generales
 - Sección II Disposiciones Finales

- 3 Anexos:

1er Anexo: Proyectos de acuerdo de las Zonas y localidades sanitarias y de seguridad.

2do Anexo: Proyecto de reglamento de los socorros colectivos para los internados civiles

3er Anexo: Tarjeta de internamiento y de correspondencia.

Puntos importantes tratados en el Convenio:

a) El concepto de persona Civil; que es simplemente aquella que no pertenece a las fuerzas armadas; a la vez la protección se amplía a los bienes civiles, los que son todos los que no son objetivos militares; por lo que ni las personas civiles ni los bienes civiles (protección que es más detallada en el Protocolo Adicional I de 1977) pueden ser objeto de ataques ni de actos de violencia, sean estos ofensivo o defensivos.

b) Los derechos de las personas civiles, derechos como el respeto a su persona, a su honor, a sus derechos de familia, a la libertad religiosa, respeto de sus costumbres, etc. La persona civil deberá ser tratada, en todo momento, con humanidad y protegida de cualquier acto de violencia o de intimidación.

Las personas civiles afectadas por un conflicto armado que estén en poder de una de las Partes en conflicto se deben beneficiar, sin discriminación alguna, de las garantías fundamentales, las que las protegen de todos los atentados contra la vida, la salud y el bienestar físico y mental, como el homicidio, la tortura de cualquier clase, los castigos corporales y, al mismo tiempo de los atentados contra su dignidad, como los tratamientos humillantes o denigrantes.

Esta protección contempla también a los extranjeros, a los refugiados ,los apátridas y las personas civiles que están bajo resistencia forzosa o de internamiento.

c) El convenio contempla procedimientos que tienen como objetivo garantizar la eficacia de las medidas que aseguren la aplicación y respeto de las garantías de protección de la población civil, como por ejemplo con las zonas de seguridad y de zonas neutralizadas.

Este convenio contempla principalmente a los conflictos internacionales, y es complementado posteriormente por el Protocolo Adicional I de 1977

Todos estos Convenios fueron aprobados por Chile el 12 de Octubre de 1950

Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra

Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 08 de Junio de 1977.

Este protocolo al igual que el Protocolo II refuerzan la protección que se quiere dar a todos quienes se ven afectados por los efectos de los conflictos armados y a la vez fija límites a la forma en que se libran las guerras; pero se enfoca de forma específica en los conflictos armados internacionales; es por esto que este pacto detalla, complementa y completa muchos de los puntos que se trataron en los 4 Convenios de Ginebra.

El Convenio consta de:

-102 artículos

- Consta de varios Capítulos , algunos de ellos subdivididos en secciones y, a la vez contiene diversos títulos; se distribuyen de la siguiente forma:

Preámbulo

Título I Disposiciones Generales

Título II Heridos, enfermos y náufragos

- Sección I Protección general
- Sección II Transportes Sanitarios
- Sección III Personas Desaparecidas y Fallecidas

Título III Métodos y medios de guerra, Estatuto de Combatiente y de Prisionero de Guerra.

- Sección I Métodos y medios de Guerra
- Sección II Estatuto de Combatiente y de Prisionero de Guerra

Título IV Población Civil

- Sección I Protección General contra los efectos de las Hostilidades

Capítulo I Norma fundamental y ámbito de aplicación/ Capítulo II Personas Civiles y Población Civil/ Capítulo III Bienes de Carácter Civil/ Capítulo IV Medidas de Precaución/ Capítulo V Localidades y Zonas bajo protección

- Sección II Socorros a favor de la Población Civil
- Sección III Trato a las personas en poder de una parte en conflicto

Capítulo I Ámbito de Aplicación y Protección de las personas y de los Bienes

Capítulo II medidas a favor de las Mujeres y de los Niños

Capítulo III Periodistas

Título V Ejecución de los Convenios y del presente Protocolo

- Sección I Disposiciones generales
- Sección II Represión de las infracciones de los Convenios o del presente Protocolo.

Título Disposiciones finales.

2 Anexos:

1er Anexo: Reglamento relativo a la identificación , enmendado el 30 de Noviembre de 1993.

2do Anexo: Tarjeta de identidad de periodista en misión peligrosa.

Puntos importantes tratados en el Protocolo Adicional I:

a) En cuanto a la protección de heridos y enfermos, este protocolo suprimió toda diferencia entre las personas que pertenecen a las fuerzas armadas y las personas civiles, por lo que la protección que es estipulaba solo para militares en campañas en el I Convenio de Ginebra, se aplica ahora también a los Civiles.

b) Este protocolo refuerza la protección que se da a las Unidades sanitarias, los Transportes sanitarios y, al Personal sanitario y religioso, militar o civil que se dedica de forma exclusiva, permanente o temporal a fines sanitarios, a la administración y al funcionamiento de las unidades sanitarias o en el caso de los religiosos quienes se dedican de forma exclusiva a su ministerio.

c) Se contempla una protección especial para las Mujeres y los Niños ya que son ellos quienes se ven más afectados por los conflictos armados; respecto de las mujeres se establece un respeto especial y protección contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado contra el pudor. Se les debe dar una atención prioritaria y, en la medida de lo posible las mujeres encinta o con niños de corta edad no serán condenadas con la pena de muerte por crímenes cometidos en razón del conflicto armado.

De los niños se determina que las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, es decir, que no se les reclute y, si esto no fuese posible, y ellos fuesen tomados prisioneros por la otra Parte seguirán bajo este régimen de protección.

No se impondrá la pena de muerte a los menores de 18 años, respecto de los crímenes que hayan cometido en razón del conflicto armado.

d) Se refuerza la protección de los bienes civiles pero ahora en específico a los bienes culturales como aquellos destinados a la religión, a la educación, a las artes o las ciencias, a la beneficencia, los Monumentos históricos, los Hospitales y los lugares donde se agrupan enfermos y heridos.

e) Se otorga protección el Medio Ambiente contra daños extensos, duraderos y graves, es decir, aquellos que comprometan la salud y la supervivencia de la población Civil.

Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 08 de Junio de 1977.

Los autores de los 4 Convenios de Ginebra en 1949 ya tenían presente la importancia de considerar los Conflictos Sin Carácter de Internacional, es por esto que redactaron el Artículo 3 común a todos los convenios, norma que prevé la aplicabilidad del Derecho Humanitario a este tipo de enfrentamientos cuando surge en el territorio de alguna de las Partes contratantes; esta normativa vino a completarse y perfeccionarse con este Protocolo Adicional II; que se convirtió en el primer tratado dedicado exclusivamente a estos Conflictos Sin Carácter Internacional.

Es de gran importancia la regulación de estos conflictos, pues estos han tenido y tienen una ocurrencia mucho mayor que los conflictos internacionales, situaciones como los procesos de descolonización y las guerras raciales

hicieron imperativa la adaptación del Derecho Humanitario a este tipo de situaciones.

Se hace indispensable definir y explicar la situación particular que conforma lo que se conoce como Conflicto Sin Carácter de internacional y como esta, difiere de los que es un Conflicto Internacional, pero por razones de orden y de facilitar el entendimiento del presente trabajo, este punto se tocará de forma específica y acabada en el siguiente capítulo.

Se señala que se aplicará el presente convenio a los conflictos que “ se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas...” , por lo que se descarta la aplicación de este cuerpo a las tensiones internas y disturbios.

El Convenio consta de:

- Un preámbulo más un comentario
- 28 Artículos
- 5 Títulos con sus respectivos comentarios:

Título I Ámbito del Presente Protocolo / Comentario del Título I

Título II Trato Humano / Comentario del Título II

Título III Heridos, Enfermos y Náufragos / Comentario del Título III

Título IV Población Civil / Comentario del Título IV

Título V Disposiciones Finales / Comentario del Título V

Puntos importantes tratados por el Protocolo Adicional II:

a) Este protocolo podrá tener aplicación siempre que no signifique un atentado con el Principio Internacional de no injerencia de los asuntos internos de un Estado, ni se vulnere su soberanía.

b) Se contemplan las mismas categorías de personas protegidas de los Conflictos Internacionales y las mismas reglas para garantizarles la debida protección; por lo que todos los enfermos, heridos, náufragos y civiles debe ser respetados y protegidos, tratados humanamente y asistidos médicamente si así lo requieren. Se extiende a la vez la protección para el Personal Sanitario, a las unidades y transportes sanitarios.

c) El artículo 4 del protocolo establece una lista de garantías o derechos para las personas civiles, que van más allá de las prohibiciones que establece el Artículo 3 común a los 4 Convenios , pues establece además la prohibición de los castigos colectivos y la de recurrir a la amenaza de cometer actos que violen dichas garantías.

Se establece a la vez la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil por lo que se protegen los bienes que sean indispensables para la supervivencia de la población.

d) El protocolo establece un régimen especial de protección tanto para Niños como para las Personas que estén privadas de libertad como consecuencia del Conflicto Armado, régimen que ya cuenta con las garantías dadas en los Conflictos Internacionales a los enfermos, heridos, los prisioneros de guerra y a los internados civiles. (Alimentación, integridad, libertad religiosa, etc).

e) Además complementa al Artículo 3 común a los 4 Convenios de Ginebra en lo relacionado con la protección de ciertos bienes, estos son los bienes Culturales y de los Lugares de Culto, los que no deben ser objeto de ataque ni ser utilizados en apoyo a la actividad bélica; por otro lado se contempla la protección de obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas cuya liberación pueda causar grandes pérdidas de vidas, instalaciones como Centrales nucleares, diques, presas, etc.

Los Protocolos Adicionales I y II fueron ratificados por Chile el 24 de Abril de 1991.

Protocolo Adicional III relativo a signo distintivo adicional de 08 de Diciembre de 2005.

Este Protocolo Adicional III vino a aprobar el Cristal Rojo como emblema adicional a los símbolos universales de asistencia a favor de las víctimas de los conflictos armados como lo son la Cruz Roja, símbolo establecido en el 1er Convenio de Ginebra de 1864 y, la Media Luna Roja, que si bien se comenzó a utilizar a finales del siglo XIX fue reconocido como tal en el Convenio de Ginebra de 27 de Julio de 1929, luego se agregó a ellos el León; los 3 símbolos luego fueron consagrados como símbolos universales en los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949; estos emblemas dan a entender que quien los ostenta otorgan el debido respeto a la persona que sufre y esta indefensa, a la cual se ha de ayudar, sea amiga o enemiga, sin distinción de nacionalidad, raza, religión, clase social u opinión.

Luego de sobreponerse al problema de que no se reconocen estos símbolos, ya sea porque en determinadas situaciones, se considera que los emblemas tienen una connotación religiosa o política, con lo que se pone en tela de juicio el carácter de neutralidad y de imparcialidad que les deben ser inherentes o, porque algunas sociedades de socorro consideran que estos no se relacionan con la labor que efectúan; los Estados Partes en los Convenios de Ginebra lograron incluir el emblema del Cristal rojo, compuesto por un marco rojo cuadrado sobre un fondo blanco, colocado sobre uno de sus vértices.

La forma y el nombre de este emblema fueron el resultado de un largo proceso de selección, cuyo objetivo era llegar a un resultado desprovisto de toda idea política, religiosa, filosófica o de otro tipo, por lo que pudiese ser utilizado mundialmente.

Se debe mencionar que este Cristal Rojo no es concebido como un reemplazo a la Cruz Roja o a la Media Luna Roja, sino que es una alternativa a ellas.

El Protocolo Adicional consta de:

- Preámbulo
- 17 Artículos; donde se tocan temas como el ámbito de aplicación del Protocolo, Prevención y Represión de empleos abusivo del emblema, su difusión, su entrada en vigor, etc.
- 1 Anexo donde consta el dibujo del Emblema del Protocolo Adicional III.

El Protocolo Adicional III aún no ha sido ratificado por Chile.



Símbolos del Derecho Internacional Humanitario

CONVENCION DE LA HAYA DE 14 de Mayo de 1954 ;Para la protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado.

Debido a que con frecuencia las operaciones militares armadas ocasionan la destrucción de bienes culturales irremplazables, que significan no solo un perjuicio al país de origen sino que se son un daño al patrimonio cultural de todas las naciones; se aprobó la Convención de la Haya de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado junto con el respectivo Reglamento para su aplicación y el Protocolo 1 ; si bien esta convención fue un gran avance a la hora de prevenir este tipo de situaciones su normativa no ha sido aplicada de forma sistemática y continua razón por la que posteriormente se aprobó otro protocolo adicional de 26 de Marzo de 1999 que vino a solucionar de alguna forma el problema de su falta de observancia. Como primer punto al referirnos a este tratado, es necesario definir lo que se entiende como Bien Cultural, el artículo 1 de la Convención lo define como “ los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;...”

Los que en si se verán protegidos en su condición al emplear el emblema reconocido por la convención; tiene la forma de en un escudo en punta, partido

en aspa, de color azul ultramar y blanco (el escudo contiene un cuadrado azul ultramar, uno de cuyos vértices ocupa la parte inferior del escudo, y un triángulo también azul ultramar en la parte superior; en los flancos se hallan sendos triángulos blancos limitados por las áreas azul ultramar y los bordes laterales del escudo) Artículo 16.1; este emblema puede ser utilizado de forma aislada o repetido tres veces en forma de triángulo en atención a las circunstancias específicas del caso concreto determinadas en el artículo 17.

De forma general podemos decir que la convención da protección a todos los bienes culturales que se encuentren en el territorio propio como en el territorio de otros estados partes; esta protección se materializa en 2 sistemas de específicos: (3)

1- Protección General

2- Protección especial

1-La protección general; se contempla principalmente de los artículos 3 y 4; que determinan respectivamente que los Estados Partes salvaguardarán sus propios bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado y , al mismo tiempo deberán respetarlos absteniéndose de utilizarlos para fines que puedan exponer dichos bienes a su destrucción o deterioro en caso de conflicto armado y de realizar cualquier acto de hostilidad respecto de ellos.

Sin embargo, existen excepciones al respecto, ya que cesará en esta obligación si existiese una imperiosa necesidad militar, o se contempla la

(3).- Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de Conflicto Armado y sus protocolos; Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario; Jean-Marie Henckaerts, División Jurídica del CIRC, Recursos informativos; Revista Internacional; 1998-N° 147. 30 de Nov 1998.

derogación de dicha norma si se requiere de una utilización de estos bienes que implique ponerlos en peligro si no existiese una alternativa posible para obtener una ventaja militar equivalente (Artículo 6 Protocolo 2) o cuando estos bienes hayan sido transformados en objetivos militares y no exista otra alternativa viable para obtener una ventaja militar equivalente, de esta circunstancia se dará aviso si fuese posible.

Por otro lado se incluyen ciertas precauciones que todos los Estados Partes deben observar, tales como alejar lo más posible los bienes culturales de las cercanías de objetivos militares y abstenerse en la mayor medida posible de ataques que puedan causar incidentalmente daños a dichos bienes.

Al mismo tiempo cuando un estado ocupe un territorio distinto del propio debe salvaguardar estos bienes culturales por lo que debe impedir la exportación de ellos o, si esto no fue posible, devolverlos a su lugar de origen al término de las hostilidades.

2-Protección especial; si bien este tratado contempla este tipo de protección, en la práctica no ha tenido gran adhesión, es por esto que el sistema fue complementado y mejorado por el Protocolo 2 que establece la “protección reforzada”, de lo que se deriva que si un bien goza de protección especial y de protección reforzada solo se le aplicará esta última.

La protección reforzada se aplica a bienes que cumplen con 3 requisitos (Artículo 10 Protocolo 2)

- Ser un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad
- Estar protegido por medidas nacionales, que reconozcan su valor cultural e histórico y garanticen su protección en el más alto grado;

- No ser utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares, y que la Parte que lo controla haya declarado oficialmente que no se utilizará para esos fines.

Los bienes a los que se les aplica este tipo de protección están contenidos en la Lista de Bienes Culturales bajo protección especial del artículo 11 del Protocolo 2. La protección consiste entre otras cosas que las Partes que ostenten estos bienes en esta lista, no los utilizarán, ni tampoco sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares sin excepciones y la abstención de atacarlos (artículo 12 Protocolo 2)

La única excepción que se contempla en relación a estos bienes se da cuando en razón de su utilización se conviertan en objetivos militares, donde el ataque se destine a poner término a esa utilización y se tomen todas las precauciones para disminuir al máximo los daños. Se debe dar aviso de este ataque en la medida de lo posible. (Artículo 13 Protocolo 2)

La responsabilidad penal (4)

La convención estipula que las Partes deben tomar todas las medidas necesarias para descubrir y castigar a las personas que hayan infringido sus disposiciones (Art 28 Convención) en consecuencia se establece que las partes incluyan como delitos en sus legislaciones internas las siguientes infracciones:

- Hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada

(4).- Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de Conflicto Armado y sus protocolos; Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario; Jean-Marie Henckaerts, División Jurídica del CIRC, Recursos informativos; Revista Internacional; 1998-Nº 147. 30 de Nov 1998

- Utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares
- Causar destrucciones importantes en los bienes culturales o apropiárselos a gran escala
- Hacer objeto de un ataque a un bien cultural protegido
- Robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos y perpetrar actos de vandalismo contra ellos.

Cada Estado deberá asegurarse que en su legislación se establezca su jurisdicción cuando estas infracciones sean cometidas dentro de su territorio, cuando el presunto autor sea un nacional, y en los casos que proceda cuando la infracción haya sido cometida por un extranjero.

La Convención consta de:

- 40 Artículos

- 7 Capítulos:

I Disposiciones generales sobre la protección

II De la protección especial

III Del Transporte de Bienes culturales

IV Del Persona

V Del Emblema

VI Campo de aplicación del Convenio

VII De la aplicación de la Convención

- Disposiciones Generales.

Comentarios:

En teoría protección de los bienes culturales es efectiva en razón de la normativa internacional respectiva y el cumplimiento que de ella deben dar de buena fe todos los Estados Partes; sin embargo, no es esto lo que ocurre en la práctica como pudo comprobarse en la no tan lejana Guerra de la Ex Yugoslavia y la Guerra Civil en el Líbano, ambas con una gran pérdida de bienes culturales; motivo por el cual es que deben mejorarse los mecanismos de aplicación de la Convención e incentivar tanto su difusión y adhesión pues hasta el momento son solo 88 los estados que a ella pertenecen.



Símbolo de la Convención de la Haya para la protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado.

Tratados relacionados.

Es importante mencionar importantes tratados internacionales que tienen influencia y, juegan en gran papel en el desarrollo del presente texto, pues sus normativas han sido aplicadas directamente a la Jurisprudencia que se tratará en el Capítulo V , estos textos son: (5)

1-Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Este tratado reconoce este tipo de derechos, tales como la libre determinación

(5).- Participación de los Estados Americanos en los Tratados de Relevancia para el Derecho Internacional Humanitario y su Aplicación Nacional (Informe 2007) ; Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario (dhi) del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para información de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

de los pueblos, al justo procedimiento judicial, prohibición de la esclavitud, la libertad y seguridad personal, etc, y, establece además mecanismos para su protección garantía. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 2200A de 16 de Diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de Marzo de 1976.

Se suma a este pacto sus respectivos Primer Protocolo Facultativo relacionado con las denuncias que pueden hacer los Estados Partes ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y, el Segundo Protocolo Facultativo respecto a la abolición de la Pena de Muerte.

Chile adhirió al tratado el 16 de Septiembre de 1969 y, entró en vigor el 10 de Febrero de 1972; en la actualidad el Pacto cuenta con 167 Estados Partes.

2-Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Esta convención considera que los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad forman parte de los delitos más grave en contra del Derecho Internacional, por lo que su represión es un elemento efectivo para prevenir dichos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas; por lo que considera que las normas internas de los Estados que consideran a la prescripción de estos ilícitos van en contra de una regla de Ius Cogens se sancionarlo sin importar la fecha en que se hayan cometido.

Esta convención no ha sido ratificada por Chile; en la actualidad cuenta solo con 51 Estados Partes (9 a Nivel Americano Argentina, Bolivia, Cuba, México, Nicaragua, Panamá, Perú, S Vicente y las Granadinas y Uruguay).

3-Convención Americana sobre Derechos Humanos “ Pacto San José de Costa Rica”

Pacto en el que los Estado Americanos se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en é y a garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, etc.

Protege derechos como la Vida, a la Integridad Personal, Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre, Libertad Personal, Garantías Judiciales, Libertad de Conciencia y de Religión, etc.

Chile es parte de este ratifico a este tratado el 21 de Agosto de 1990 y además re reconoce competencia a la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de casos relativos a este materia ocurridos desde el 11 de Marzo de 1990.

Actualmente el tratado tiene 24 Estados Partes (Trinidad y Tobago denunció el tratado el 16 de Mayo de 1998).

CAPÍTULO II

Consideraciones relevantes: “ Análisis específico de las situaciones a las que se aplica el Derecho Internacional Humanitario.”

- a) Protección especial del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.
- b) Conflictos Armados Internacionales.
- c) Conflictos Armados sin carácter de Internacionales.

a) Protección especial del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra:

Artículo 3 - Conflictos no internacionales:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1-Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
- b) la toma de rehenes;*
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

2- Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

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

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

Se dice que por sí solo este artículo constituye en sí un “miniconvenio” dentro de los Convenios de Ginebra aplicable a todos los casos de conflictos que no sean Internacionales y que ocurran dentro del territorio de alguno de los Estados Partes.

El objetivo de sus estipulaciones es integrar al derecho internacional convencional la mayor protección que se le pueda dar a las víctimas de conflictos armados, es decir, que se le dé un cierto trato mínimo de dignidad, en el sentido de que todo ser humano merece un mínimo de protección sin importar el tiempo, lugar y circunstancias.

Este mínimo de protección se aprecia en la prohibición de:

- a) “los atentados contra la dignidad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios;
- b) La toma de rehenes;
- c) Los atentados contra la dignidad persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

- d) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio, no emitidas por un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

La creación de este artículo no fue fácil ni rápida pues el fruto de arduos debates llevados a cabo en distintas Conferencias Internacionales tales como la XVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja de 1938, la Conferencia Preliminar de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja de 1946, a Conferencia de Expertos Gubernamentales, convocada por el Comité Internacional de la Cruz Roja en 1947 y la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja de Estocolmo ,la Conferencia Diplomática de 1949; en las que se discutía en la creación una norma que protegiese a las víctimas del conflicto sin importar su nacionalidad o bando, idea que encontraba gran cantidad de obstáculos ya que era normal que la política interna de un Estado asolado por un conflicto armado sus adversarios fuesen vistos como vulgares criminales y que la idea de una ayuda humanitaria para ellos era una tentativa de inamistosas intromisiones en sus asuntos internos. Al mismo tiempo se buscaba regular de algún modo los conflictos sin carácter de internacionales como las guerra civiles, pues es en ellos se sobrepasan enormemente los horrores observables en conflictos internacionales ya que estos enfrentamientos internos tienen como base enormes odios y deseos de venganza.

Finalmente en la celebración de los Convenios de Ginebra se concluyo que este artículo 3 es solo aplicable a conflictos sin carácter de internacional,

siempre que no haya un acuerdo especial entre las partes para aplicar otras normas al respecto; si bien el artículo es muy diferente a lo que la Cruz Roja esperaba lograr pues este ente pretendía la creación de todo un texto normativo que regularice esta situación, idea que tuvo que dejar de lado ya que era indudable que los Gobiernos no lo aceptarían, razón por la que se debió ir por una solución intermedia entre todos los proyectos que hasta esa fecha se habían elaborado.

Si bien no se logró toda una convención al respecto el artículo goza de una gran claridad y permite la aplicación de normas humanitarias reconocidas como esenciales por los pueblos civilizados, esta aplicación es automática al conflicto sin tener que estar subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse, todos estos puntos de gran relevancia pues permiten la protección inmediata de las víctimas. (6)

Análisis del Artículo

Ámbito de aplicación del Artículo; en CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Si bien no existe una definición exacta de lo que es un conflicto armado no internacional si existen una serie de criterios a seguir para determinar la presencia de uno, estos son:

(6).- Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional
<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMMU> (03 Junio 2011)

- 1- Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el Convenio.
- 2- Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional.
- 3- Que el gobierno legal:
 - a) Haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes
 - b) que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante;
 - c) que haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio;
 - d) que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión.
- 4- Las circunstancias de que:
 - a) Los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado.
 - b) Las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional.
 - c) Las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra.

d) Las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Estos criterios son útiles en cuanto permiten distinguir un verdadero conflicto armado de un simple acto de bandidaje, o de una insurrección desorganizada y de corta duración.

Se ha discutido si es aplicable el artículo 3 a situaciones que no cumplan con todos estos requisitos; la tendencia al respecto es que artículo debe tener un ámbito de aplicación tan vasto como sea posible, pues de ello no puede surgir inconveniente alguno, pues, al fin y al cabo, es muy reducido y, contrariamente a lo que se ha podido pensar, no limita en nada el derecho de represión del Estado, ni proporciona ningún aumento de poder al partido rebelde. Por lo que si bien los requisitos antes mencionados son muy, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes.

A pesar de esto se debe considerar que los conflictos a los que se refiere el artículo 3 son conflictos armados caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan fuerzas armadas. En suma, nos encontramos ante un conflicto que presenta muchos de los aspectos de una guerra internacional, pero que se libra en el interior de un mismo Estado. En muchos casos, cada una de las dos partes está en posesión de una parte del territorio nacional y, a menudo, existe alguna forma de frente.

I. Obligaciones de las Partes

La obligación de la parte en conflicto que representa la autoridad establecida no plantea problemas. La mera legalidad del Gobierno implicado en un conflicto interno obliga a este Gobierno, en cuanto Parte contratante en el Convenio, el problema se presenta respecto del bando considerado como “los Insurrectos” pues ¿cómo se les puede compeler al cumplimiento de un tratado ratificado por su gobierno si ellos no lo reconocen como tal o se rebelan ante él? Antes se consideraba que el Gobierno respectivo tan solo debía denunciar tal circunstancia para cumplir con su obligación internacional, pero esto presentaba 2 problemas principales ya que la autoridad solo podía realizar esta denuncia si se le reconocía como Gobierno competente y, la no efectividad inmediata de la denuncia lo que significaba una desprotección prolongada de las víctimas del conflicto.

Por lo que ahora si un bando insurrecto no reconoce la aplicación de esta norma humanitaria dará la razón a quienes consideran su acción como un simple acto de anarquía o bandidaje. Respecto del gobierno legal no existe razón fundamentada para que este no aplicase el artículo 3, pues no es pensable que este exija como derecho propio, la aplicación del homicidio o la tortura como armas lícitas contra sus enemigos.

Por otro lado no debe perderse de vista que el artículo establece sus disposiciones como mínimos, por lo que se espera que siempre se logre un respeto mayor a la norma.

II. Contenido de las obligaciones

1- *Trato Humano*

No es fácil lograr una definición precisa de lo que es un trato humano por lo que es más útil determinar lo que es incompatible con el concepto donde se encuentran las 4 prohibiciones que contempla el artículo ya señaladas anteriormente de las que no hay escapatoria, ni excusa, ni circunstancia atenuante posibles.

Se considera de forma especial que dicho trato no puede ser diferenciado, es por esto que en la disposición se enumeran, a fin de eliminarlos, los criterios que podrían emplearse para tratar de manera desfavorable a una u otra categoría de personas. Fue el recuerdo de las atrocidades perpetradas durante el último conflicto mundial lo que incitó a los autores de los Convenios de 1949 a emplear esta fórmula, que reaparece en otras varias disposiciones del Convenio, particularmente en el artículo 13 y en el artículo 27. Se observará que la noción de la nacionalidad no está incluida entre los criterios eliminados. Lo mismo ocurre, por lo demás, en el artículo 27. Esto no significa en modo alguno que las personas de una nacionalidad determinada puedan ser tratadas arbitrariamente; toda persona, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a un trato humano. Es posible, en cambio, que se tomen medidas particulares de seguridad con personas civiles de determinada nacionalidad; también es posible que ciertas infracciones sean consideradas como más o menos graves según las hayan cometido ciudadanos del país o extranjeros. Se trata en ese caso de medidas administrativas o judiciales que pueden tener

como criterio la nacionalidad, pero que no tienen ningún efecto sobre el trato que reciben los individuos, que debe ser humano para todos.

2- Asistencia a los enfermos

Es una idea muy clara y simple solo nos basta agregar que es un imperativo categórico que no admite restricciones ni siquiera interpretaciones, idea, donde lo fundamental es que los heridos y enfermos deben ser respetados y protegidos.

3- Derecho a la asistencia Humanitaria

Derecho establecido en el N°2 del Artículo, que se estableció en razón de que muchas veces la ayuda brindada por la Cruz Roja en específico, fue vista como una indeseable intromisión en los asuntos internos de un Estado en el mejor de los casos y en otros simplemente se le impidió el ingreso; situación que cambia por completo con la redacción de esta norma ya que ahora el ofrecimiento de servicios de una institución humanitaria imparcial está completamente legitimado; por lo que las partes en conflicto pueden, sin duda, declinar tal ofrecimiento si no necesitan esos servicios, con lo que ya no podrán ver en él un acto inamistoso, ni reprochar al autor del ofrecimiento que intente socorrer a las víctimas del conflicto.

Para que los ofrecimientos de servicio sean legítimos, y puedan ser aceptados, deben emanar de un organismo humanitario e imparcial. Y es necesario que los servicios ofrecidos y prestados tengan este mismo carácter de humanidad e imparcialidad. El Comité Internacional de la Cruz Roja se menciona aquí tanto por sí mismo, en cuanto institución estatutaria y tradicionalmente llamada a

intervenir en caso de conflicto, como por ser un ejemplo de lo que se entiende por organismo humanitario e imparcial.

Acuerdos especiales

Antiguamente se entendía que si se pretendía tener el Artículo 3 como norma aplicable a los conflictos no internacionales, se debía renunciar a la utilización del resto de las disposiciones de los convenios. Sin embargo si las confrontaciones se intensificarán de tal manera que se convirtiese en una guerra, las estipulaciones del artículo 3 común no serían suficientes, ante esto se haría necesario regular el trato que se debe a las víctimas. Un tipo de negociación al respecto entre las partes tomaría demasiado tiempo y terribles consecuencias, por lo que se hace mucho más rápido y oportuno la aplicación de los Convenios o al menos parte de sus normas.

Es por esto que se bien las partes en este tipo de conflictos, se ven obligadas únicamente a observar el artículo 3, pueden pactar la aplicación de una normativa más amplia por medio de un acuerdo bilateral, ya que el artículo 3 determina un mínimo respecto del trato que se debe a las víctimas, por lo que incentiva a la inclusión de un mayor número de medidas y regulaciones.

Frente a esta posibilidad a los Estados partes les preocupaba que el celebrar un acuerdo bilateral con grupos rebeldes , dicho acto significase un reconocimiento implícito de su existencia legal o de su estatuto de beligerante; por lo que se contempla la posibilidad de que al celebrar este tipo de pactos se estipule explícitamente que su adhesión no implica ningún reconocimiento de la legalidad de su adversario.

Las disposiciones susceptibles de ser parte de un convenio especial son:

- a) Principalmente los artículos 27 a 34 comunes a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados.
- b) Pueden aplicarse también los artículos 79 a 135 relativos al territorio ocupado, lo mismo que las que se refieren al régimen de los internados.

Por otra parte sería de difícil aplicación la normativa que conciernen a los extranjeros en el territorio de una parte en conflicto serían más difíciles de aplicar en caso de guerra civil, pues todos quienes participen en ella tendrán la misma nacionalidad. Este punto fue resuelto por el Comité Internacional de la Cruz Roja en la Conferencia Diplomática al dar una definición de las personas protegidas en caso de guerra civil y del régimen que debía aplicárseles, esta estipulación señala: “Además, en caso de conflicto que no presente un carácter internacional, los ciudadanos del país en que tiene lugar el conflicto que no pertenezcan a las fuerzas armadas están igualmente protegidos por el presente Convenio, de conformidad con las disposiciones relativas a los territorios ocupados”

Ausencia de efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes en Conflicto.

Esta disposición es de vital importancia, pues sin ella nunca se hubiese aprobado el artículo 3 común, pues sin esta específica estipulación se crea la temida posibilidad de que en caso de Guerra Civil, la aplicación del Convenio por muy restringida que fuese ,significaría un entorpecimiento al Gobierno legítimo para llevar a cabo la represión de la rebelión o que este confiriese al

bando adverso el estatuto de beligerante, lo que aumentaría su poder, autoridad e influencia.

Este precepto refuerza la idea de que lo que el Convenio persigue es un fin humanitario, donde se garantice un respeto mínimo de las normas humanitarias que todos los pueblos civilizados consideren como válidos en todas partes y en todas las circunstancias; con lo que no se pretende en momento alguno afectar los asuntos internos de cada Estado, por lo que no hay impedimento para que el Gobierno legal reprima a los grupos rebeldes y persiga judicialmente, juzgue y condene a sus adversarios por sus crímenes en conformidad con su propias leyes.

De la misma manera, si el bando adverso decide aplicar el artículo 3 común no adquiere ningún tipo de protección especial ni inmunidad.

Este artículo es de tan amplia aplicación que en palabras de Jean Pictet “ningún gobierno puede sentirse molesto por tener que respetar, por lo que atañe a sus adversarios internos, sea cual fuere la denominación del conflicto que a ellos se les opone, este mínimo de reglas que, de hecho respeta cotidianamente en virtud de sus leyes...”

b) Conflictos Armados Internacionales:

Para entrar en este tema, en primer lugar debemos atender a la definición de artículo 2 común de los Convenios de Ginebra, el que señala (7):

(7).- ¿Cuál es la definición de Conflicto armado según Derecho Internacional Humanitario?; Comité Internacional de la Cruz Roja; documento de opinión, Marzo de 2008.
<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308?opendoc> (03 de Junio 2011)

“ Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar".

Existen diversas fuentes en relación al concepto de este tipo de conflictos, las circunstancias que los caracteriza y su alcance, a saber:

1- Tratados de Derecho Internacional Humanitario: (8)

Obviamente en este punto se debe acudir a la definición señalada pues es la que determinan los Convenios de Ginebra; por lo que este tipo de conflicto es aquel en que se enfrentan “ Altas Partes Contratantes” entendiéndose por ellas a los Estados, por lo que este se dará cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento.

De forma general se entiende que el concepto de Guerra equivale al Conflicto Armado Internacional.

Las normas de Derecho Internacional Humanitario pueden ser utilizadas aún cuando no se presenten hostilidades abiertas, a la vez no hace falta que se haga oficialmente una declaración de guerra o un reconocimiento de la situación. La existencia de un conflicto internacional y por consiguiente la aplicación del Derecho Internacional Humanitario depende de lo que

(8).- Reseña histórica del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y del Derecho Internacional Humanitario; Reseña Histórica del Movimiento y del Derecho Internacional Humanitario; 01 de Enero de 1998; Comité Internacional de la Cruz Roja (17 de Abril de 2011).

efectivamente ocurre sobre el terreno, es decir, se basa en las condiciones de hecho; esto se deriva que la su existencia o reconocimiento no deriva de la calificación jurídica que las partes le atribuyan, pues muy a menudo estas por razones políticas no lo califican como tal de modo de evitar las consecuencias que ello podría conllevar, sobretodo respecto de las relaciones de alianzas y de pactos militares que los une con otros Estados, lo que implicaría que entrasen al conflicto terceros Estados, agravándolo.

En razón de esto, según informaciones del SIPRI ,luego de la Segunda Guerra Mundial se han producido 189 conflictos de los que solo 19 han sido calificados como “Guerra” o conflicto internacional; es por esto que la calificación jurídica que le den la Partes significaría no hacer aplicable el derecho humanitario en los casos que si debiese ser aplicado.

Por todo lo anterior es que ya no se utiliza la palabra guerra como sinónimo de estos conflictos, pues este último se aplica a una gama mucho mayor de situaciones.

Aún cuando un Estado pretenda, cuando comete actos de hostilidad armada contra otro Estado, que no esta haciendo una guerra, sino que lleva a cabo una simple operación policial o un acto legítimo de defensa, no podría pretender que no se encuentra en una situación de conflicto armado de “Facto” y, por lo tanto, debe asumir las obligaciones que le incumben de conformidad a los Convenios de Ginebra.

Según Pictet se trataría de Todo litigio que surge entre dos Estados provocando la intervención de los miembros de las fuerzas armadas es un conflicto armado, aún cuando las Partes impugne el estado de beligerancia. La duración del conflicto y el hecho de tener o de no tener efectos destructores no

tiene, de por sí importancia. El respeto debido al ser humano no se mide por el número de víctimas.

Destacar los elementos de hecho de la situación en la cual el derecho humanitario es aplicable tiene como finalidad evitar que las consideraciones políticas pongan en peligro el sistema de protección de las víctimas del conflicto armado, lo que la preocupación principal del Derecho Internacional Humanitario.

La Calificación del Conflicto Armado:

Se reconocen 3 modos de calificación de estos conflictos a nivel internacional (9):

- 1- Es lógico que en un inicio se acuda a la calificación que le den la Partes contendientes, a pesar de la ineficacia que de ella de forma general de deriva,
- 2- Calificación a cargo de órganos de la comunidad internacional, como Naciones Unidas, Órganos políticos regionales como la OEA, pero de igual modo de puede caer en la misma problemática del nº1, pues estas organizaciones están integradas por estados que pueden hacer valer sus propios intereses pero ahora bajo el cristal de una institución internacional,
- 3- Calificación dada por el Comité Internacional de la Cruz Roja en su calidad de cuerpo protector del Derecho Internacional Humanitario.

(9)- ¿Cuál es la definición de Conflicto armado según Derecho Internacional Humanitario?; Comité Internacional de la Cruz Roja; documento de opinión, Marzo de 2008. <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308?opendoc> (03 de Junio 2011)

Sin embargo, frente a esta posibilidad se olvida que la competencia de la Cruz Roja en un conflicto armado se fundamenta en su calidad de intermediario neutral; esta característica es la que permite que los Estados permitan su accionar humanitario, por lo que si llegase a tomar parte en esta calificación se corre al gran riesgo de que las víctimas del conflicto queden desprotegidas.

Como se observa, cada una de las posibilidades implica cierta problemática, es por esto que en la actualidad se ha determinado que la calificación queda determinada principal y básicamente por la situación de facto en sí.

De forma independiente a los conflictos armados internacionales entre Estados, el Protocolo adicional I amplía la definición de estos enfrentamientos de modo de incluir a los conflictos donde los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y, contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre autodeterminación.

2- Jurisprudencia:

El Tribunal Penal de la Ex Yugoslavia propuso como definición de Conflicto armado internacional en el caso Tadic, lo siguiente: “ existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados”. Esta definición ha sido utilizada por otros organismos internacionales desde entonces.

3- Doctrina:

Algunos comentarios

- H.P. Gasser “ *todo uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra el territorio de otro, da lugar a la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra entre los dos Estados [...] Tampoco tiene importancia si la parte atacada opone resistencia o no [...] En cuanto las fuerzas armadas de un Estado tienen en su poder a heridos o a miembros de las fuerzas armadas que se han rendido o a personas civiles de otro Estado, en cuanto detienen a prisioneros o controlan de hecho una parte del territorio de un Estado adversario, deben respetar el convenio pertinente.*” (10)
- E. David. “ *todo enfrentamiento armado entre fuerzas de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra de 1949 (y eventualmente en el Protocolo I de 1977) incumbe a estos instrumentos cualquiera que sea la amplitud del enfrentamiento: una escaramuza o un incidente de frontera entre las fuerzas armadas de las Partes es suficiente para que se apliquen los Convenios (y Protocolo I, si los Estados están obligados por él) a esta situación*” (11)
- D. Schindler, “ es posible dar por sentado que hay un conflicto armado en el sentido del artículo 2 común a los Convenios de Ginebra cuando partes de las fuerzas armadas de dos Estados se enfrentan entre ellas.

(10).-H.P Gasser, *International Humanitarian Law: an introduction in Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. Huag (ed). Paul Haupt Publishers, Berna, 1993, p.p 510-511.

(11).- E. David, *Principes de Droit des conflicts armés*, ULB, Bruselas, 2002, p. 109.

[...] Cualquier tipo de utilización de las armas entre dos Estados hace que los Convenios surtan efecto.”⁽¹²⁾

- Según el German Joint Services Regulations, “ existe un conflicto armado internacional si una parte utiliza la fuerza de las armas contra otra parte.[...] No es suficiente el uso de la fuerza militar por parte de personas o grupos de personas.” ⁽¹³⁾

Finalmente daremos la definición del Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados ⁽¹⁴⁾ de Pietro Verri, dada a este tipo de conflictos:

“ Cuando de trate de una confrontación armada entre entidades estatales, el conflicto armados internacional se identifica con la **guerra**. También se consideran conflictos internacionales las guerra de liberación nacional en las que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera (haya o no resistencia activa) o contra un régimen racista, y en general, las guerras que puedan surgir cuando los pueblos quieren ejercer su derecho a la libre determinación. En resumen, los conflictos armados internacionales pueden ser interestatales (y pueden, entonces, denominarse “**guerras**” en el sentido clásico del término) o no interestatales, en ciertas circunstancias determinadas”

(12).- D. Schindler, *The different Types or Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, RCADI, Vol. 163, 1979-II , p. 131.

(13).- D. Fleck, *The Handbook og Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 40.

(14).- Pietro Verri, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados “ Dizionario de Diritto Internazionale dei conflitti armati”* ; ISSN 958-601-770-2, Comité Internacional de la Cruz Roja, reimpresión en español: Centro de Apoyo Comunicacional para América y el Caribe, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 25.

Conflictos Armados no Internacionales

Desde la aprobación de los cuatro Convenios de Ginebra, sus autores ya tenían presente la importancia de los conflictos no internacionales, esta preocupación derivó en la estipulación del artículo 3 común a los convenios, en el que se prevé específicamente la aplicación del Derecho Internacional Humanitario cuando estos no alcancen el umbral internacional y se desarrollen en el territorio de una de las Altas partes contratantes.

Definición del artículo 3 común:

“ En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1- Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2- Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

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

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto."

Ideas principales:

Se trata de un conflicto armado no internacional lo. Puede ser un conflicto armado en el que participen uno o más grupos armados no gubernamentales, por lo que se puede dar enfrentamientos entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales o, enfrentamientos únicamente entre estos grupos.

Para diferenciar el conflicto descrito en el artículo 3 común y formas menos graves de violencia, como las tensiones y los disturbios internos , los motines o los actos de bandidaje, la situación debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento, por lo que de forma general se acepta el umbral determinado por el artículo 1.2 del Protocolo adicional II, que excluye los disturbios y tensiones internos en la definición de este tipo de conflicto; al respecto de la estipulación del artículo 3 común se siguen 2 criterios:

- 1) Las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad, como puede ser que las hostilidades son de índole colectiva o cuando el Gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en

lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía.

- 2) Que los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados “ partes en el conflicto”, en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas; esto quiere se ejemplifica que estos deben estar sometidos a una cierta estructura de mando y tener capacidad de mantener operaciones militares.

Por otro lado esta la definición de conflicto armado no internacional más reciente, dada por el artículo 1 del Protocolo adicional II:

Es un conflicto que tiene lugar “... en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas a aplicar el presente Protocolo”

Esta es una definición es de aplicación más restringida que la contemplada en el artículo 3 común, principalmente en 2 puntos:

- Introduce la exigencia de control territorial, disponiendo que las partes no gubernamentales deben ejercer un control territorial “ que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, además de aplicar el resto del convenio.
- Este protocolo II se aplica solo a los conflictos armados entre fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados, a diferencia del artículo 3 , pues esta convención no se aplicará a los conflictos armados que ocurren solo entre grupos armados no estatales.

Se debe hacer mención a que el Protocolo adicional II desarrolla y completa el

artículo 3 común “ sin modificar sus actuales condiciones de aplicación (15), lo que quiere decir que esta nueva definición ha de aplicarse solo en relación al Protocolo II, y no con el resto de los conflictos armados no internacionales.(16)

2- Jurisprudencia

Esta fuente ha aportado importantes elementos para desarrollar la definición de un conflicto armado no internacional en el sentido del artículo 3 común.

Los fallos y decisiones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso “ La Fiscalía con Dusko Tadic” señaló que existe un conflicto armado no internacional en los siguientes términos “ cuando quiera que haya [...] una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos en el territorio de un Estado” ; con lo que el TPIY confirmó que la definición de estos conflictos en base al artículo 3 común comprende situaciones en las que se enfrentan varias facciones sin intervención de las fuerzas armadas gubernamentales; desde la definición dada en este caso las sentencias del TPIY se han basado en ella.

3-Doctrina

Diversos autores se han referido a lo que debe comprenderse como un conflicto armado no internacional; muchos de ellos han hecho especial referencia a establecer ciertos elementos que permiten que se apliquen las

(15).- Protocolo Adicional II, Art 1.1

(16).- Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 8.2 f

garantías del artículo 3 común a los conflictos que no cumplen con los requisitos exigidos en el Protocolo adicional II; algunos de ellos son:

- D. Schindler, propone la siguiente definición; “ *Deben conducirse las hostilidades por la fuerza de las armas y presentar una intensidad tal que, por lo genera el Gobierno tenga que emplear a las fuerzas armadas contra los insurrectos en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía. Por otra parte, por lo que respecta a los insurrectos, las hostilidades han de tener un carácter colectivo, no tienen que ser realizadas por grupos individuales. Además, los insurrectos deben tener un mínimo de organización. Sus fuerzas armadas deben estar bajo el mando responsable y poder llenar ciertos requisitos mínimos desde el punto de vista humanitario*”.(17)
- H.P Gasser, señala que esta generalmente aceptado que “ *los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos que tienen lugar en el territorio de un Estado entre el Gobierno , por una parte, y grupos armados insurrectos, por otra [...] Otro caso es el derrumbe de toda autoridad gubernamental en un país, que tenga como consecuencia el hecho de que varios grupos se enfrentan entre ellos por el poder*”.(18)
- M. Sassoli : “ *el artículo 3 común se refiere a los conflictos que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes; mientras que el artículo 1 del Protocolo II se refiere a los que “ tienen lugar en el*

(17)-H.P Gasser, *International Humanitarian Law: an introduction in Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. Huag (ed). Paul Haupt Publishers, Berna, 1993, p.p 510-511.

(18)-¹⁹- Sassali M. “ *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*”, Program on Humanitarian Policy and Conflicts Research, Harvard University, Occasional Paper Series, Winter 2006, Number 6, p.p 8-9.

territorio de una Alta Parte Contratante”. Según la finalidad y objeto del Derecho Internacional Humanitario, esto debe entenderse como una simple reiteración de que los tratados se aplican solo a los Estados Partes en ellos. Si ese texto significara que los conflictos en que se oponen Estados y grupos armados organizados y se extienden en el territorio de varios Estados no son “ conflictos armados no internacionales”, habría un vacío en la protección, lo que no podría explicarse por la preocupación de los Estados por su soberanía. Una consecuencia de esta preocupación es que el derecho relativo a los conflictos armados no internacionales es más rudimentario. Sin embargo, la preocupación por la soberanía estatal no puede ser suficiente para explicar por qué las víctimas de conflictos que se extienden en el territorio de varios Estados deben beneficiarse de una menor protección que las personas afectadas por conflictos armados que se limitan al territorio único de un Estado.

Además, los artículos 1 y 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda amplían además la jurisdicción de este tribunal que ha de aplicar, entre otros, el derecho de los conflictos armados no internacionales, a los países vecinos. Esto confirma que incluso un conflicto que sale de las fronteras sigue siendo un conflicto armado no internacional. En conclusión, “ los conflictos internos se diferencian de los conflictos armados internacionales por las partes que participan en ellos y no por el ámbito territorial del conflicto”.⁽¹⁹⁾

(19).- Sassali M. “ Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, Program on Humanitarian Policy and Conflicts Research, Harvard University, Occasional Paper Series, Winter 2006, Number 6, p.p 8-9.

Al mismo tiempo Christopher Swinarski en su libro *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, establece los elementos constitutivos de un conflicto internacional en base al Protocolo adicional II, estos son (20):

- 1- El conflicto tiene lugar en el territorio de un Estado;
- 2- Se oponen las fuerzas armadas de este Estado a fuerzas armadas o a grupos armados que no reconocen su autoridad;
- 3- Estas fuerzas u estos grupos deben estar bajo el mando de una autoridad responsable;
- 4- Deben ejercer un dominio sobre una parte del territorio de dicho Estado que les permitan realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar las disposiciones de derecho humanitario del Protocolo II.

El primer elemento, en este caso se refiere a que el conflicto armado se lleve a cabo dentro del territorio de un Estado parte – desconociendo la postura de M. Sassoli, para quien lo determinante en estos conflictos internos no pasa por el territorio ,sino por las partes que participan en él- por lo que si un conflicto rebasa las fronteras del Estado respectivo, se concierte en un conflicto internacional.

El segundo requisito, se refiere a que deben haber 2 partes claramente identificadas y que están enfrentadas; por lo que en una situación en que una

(20).- *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*; Christopher Swinarski; Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericana de Derechos Humanos; San José, Costa Rica-Ginebra, 1984.

parte de la población del Estado ya no quiere someterse a la autoridad de su gobierno, pero que todavía no se ha constituido como fuerza organizada de oposición, falta este elemento constitutivo, por lo que no se puede decir que existe conflicto armado no internacional. Si los desacuerdos entre la población y las autoridades se manifiesta de manera no organizada, no se puede llegar a la conclusión de que hay una parte identificable en el conflicto y, por consiguiente, no se puede comprobar la existencia de la situación de conflicto armado no internacional.

Si se hace la distinción entre fuerzas armadas disidentes y grupos armados, es para referirse a situaciones que son diferentes; pues en un caso puede darse que se enfrenten una parte de las fuerzas armadas del país que ya no obedece al gobierno con el resto del ejército que permanece leal; o se pueden oponer las fuerzas armadas del país a grupos armados que se han formado espontáneamente. Por lo que en las situaciones en las que no es posible diferencias a las partes en conflicto, pero en la que hay enfrentamientos entre las autoridades y parte de la población se habla de **disturbios internos**.

El requisito de que exista un mando responsable, no hace sino dar mayor importancia a la necesidad de identificar a las partes. El solo hecho de estar organizadas como fuerzas armadas no basta para afirmar que estas tienen un nivel de organización y coherencia suficientes para poder constituir una parte en el conflicto.

Y se exige además que estas fuerzas han de tener una dirección militar o política que asuma la responsabilidad de las mismas.

Estos últimos elementos consolidan la naturaleza objetiva, de facto, de la existencia de una situación que puede ser calificada, es decir, la sola presencia de estos elementos demuestran que existen otra parte realmente conformada.

El control sobre una parte del territorio del Estado que permita realizar operaciones militares continuadas y hacer aplicar , de manera responsable y eficaz las normas de derecho humanitario, confirma de que se trata de un conflicto y o solo de un simple enfrentamiento pasajero o esporádico, entre el Estado y quienes se lo combaten.

Mencionaremos además la definición dada en el Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados de Pietro Verri (21), que señala:

“ Conflicto armado no Internacional: Sinónimo de “ Guerra Civil”, el conflicto armado no internacional se caracteriza por el enfrentamiento entre las fuerzas armadas de un Estado y fuerzas armadas disidentes o rebeldes. El derecho aplicable durante tales conflictos ha sido considerado durante mucho tiempo como una cuestión de los Estados puramente interna. En el art.3 común a los cuatro Convenios de Ginebra se sientan, por primera vez , ciertos principios fundamentales que deben respetarse durante tales conflictos. Sin embargo, en este artículo no se define la noción misma de conflicto armado no internacional. En el art. 1 del Protocolo Adicional II de 1977 se subsana parcialmente este vacío. En los términos de dicho artículo , se considera conflicto armado no internacional todo conflicto que se desarrolle en el territorio de un Estado, entre

(21).- Pietro Verri, Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados, “ Dizionario di Diritti Internazionale dei conflitti armati” ; ISSN 958-601-770-2, Comité Internacional de la Cruz Roja, reimpresión en español: Centro de Apoyo Comunicacional para América y el Caribe, Buenos Aires, Argentina, noviembre 2008, p. 26.

sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el derecho internacional³⁵ establecido para este tipo de conflictos. Las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores , tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos no son considerados como conflictos armados. No obstante, un conflicto entre dos etnias distintas, que estallen en el territorio de un Estado – siempre que reúna las características necesarias de intensidad, duración y participación- puede calificarse de conflicto armado no internacional.

Para hacer más preciso el concepto y características de un conflicto armado, debemos referirnos a las situaciones que no son consideradas como tal, ya sean disturbios o tensiones internos y otras situaciones de violencia.

Situaciones que no son Conflictos Armados

En primer término se debe tener siempre en consideración que en la mayor parte de los países, las operaciones de mantención del orden y paz que no constituyen conflictos armados, son llevadas a cabo por las fuerzas policiales o de seguridad. En estas circunstancias se recurre a las fuerzas armadas, la que de forma general cumplen tareas de refuerzo, manteniendo siempre una

subordinación a las autoridades civiles; sea quien sea quien deba hacer cumplir la ley – funcionarios u organizaciones- estos tiene como funciones principales:

- mantener el orden y la seguridad públicas
- prevenir e investigar delitos
- prestar asistencia en todo tipo de emergencias

éste tipo de perturbaciones no se regulan en forma alguna por el Derecho Internacional humanitario, sino que deben ser reguladas por las normas de Derechos humanos a las que el respectivo estado haya adherido.

Las situaciones de tensión interna, se constituyen de forma general por (22):

- 1- Reuniones y Manifestaciones
- 2- Disturbios internos y otras situaciones de violencia Interna
- 3- Estados de excepción
- 4- Insurgencia y subversión

1- Reuniones y Manifestaciones (concentraciones):

Situaciones que se caracterizan por el hecho de que grupos de personas salen a la calles para expresar públicamente sus opiniones, esto como una demostración de las libertades personas y colectivas imperantes en las sociedades democráticas. Aunque estos actos no son siempre violentos, lamentablemente, las ocasiones que llaman la atención tanto de la población como de los medios, son las caracterizadas por enfrentamientos físicos, ya

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

sean entre los propios manifestantes o entre ellos y los encargados de mantener el orden.

En estos casos el derecho aplicable, versa sobre los derechos y libertades incluidas en instrumentos de derecho internacional de los Derechos Humanos como lo sería el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; este tipo de manifestaciones, concentraciones o reuniones se basan en la aplicación de las siguientes garantías:

- Derecho a no ser molestado a causa de sus opiniones (PIDCP, art. 19.1)
- Derecho a la libertad de expresión (PIDCP, art. 19.2)
- Derecho a la reunión pacífica (PIDCP, art. 21)
- Derecho a asociarse libremente (PIDCP, art 22.1)

El ejercicio de estos derechos no es ilimitado, pues estos pueden estar restringidos de forma lícita siempre que esta limitación este contemplada en la ley, sea necesaria para asegurar el respeto y protección del resto de los derechos, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública; y sean proporcionales.

Los procedimientos operativos realizados para reestablecer el orden y la paz, deben ser compatibles con las normas internacionales relativas al empleo de la fuerza; deben estar incorporados en manuales redactados en forma sencilla, fáciles de comprender y deben transformarse en reglas de enfrentamiento; donde el entrenamiento del personal deben incluir ejercicios prácticos lo más realistas posibles. Se debe a la vez contar con una sólida cadena de mando, disciplina, sistema de sanciones, etc.

Las manifestaciones y reuniones tiene un cierto grado de previsibilidad pues para ser llevadas a cabo requieren de preparación, etapa en la que las fuerzas encargadas del orden deben participar de forma activa de modo de estar coordinados con quienes lideran la manifestación.

Ya en la concentración, estas fuerzas deben asegurarse que sus acciones de represión se dirijan solo en contra de los individuos que infrinjan la ley y no afecten a los participantes inocentes, a quienes se les debe permitir seguir manifestándose, sin ningún tipo de obstáculo.

2- Disturbios Internos y otras situaciones de violencia interna.

En el derecho internacional no existe una definición precisa y estándar de estas situaciones; en el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra se mencionan “ situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados; a parte de esto no se hace ninguna otro tipo de referencia a ellos.

De forma general los disturbios son actos de perturbación del orden público acompañados de actos de violencia; las tensiones internas por su parte, puede que no incluyan violencia, pero el Estado puede recurrir a detenciones en masa de sus opositores y la suspensión de ciertos derechos humanos, a menudo con la intención de impedir que la situación degenere hasta convertirse en un disturbio.

Respecto a estos tipos de violencia Swinarski considera que estas son dos situaciones que difieren entre si más en el sentido cuantitativo que por su naturaleza, sin embargo, ambas se caracterizan por originar un gran número

de víctimas. (23)

Existen disturbios internos cuando:

“ Sin que haya conflicto armado no internacional propiamente dicho, hay, dentro de un Estado, un enfrentamiento que presenta cierta gravedad o duración e implique actos de violencia. Estos actos pueden ser de formas variables, desde actos espontáneos de rebelión hasta la lucha entre sí de grupos más o menos organizados, o contra las autoridades que están en el poder.

En tales situaciones, que no necesariamente degeneran en una lucha abierta en la que se enfrentan dos partes bien identificadas (conflicto armado no internacional), las autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales incluso a las fuerzas armadas para restablecer el orden, ocasionando con ello muchas víctimas y haciendo necesario la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias”.

Las tensiones internas están a un nivel inferior con respecto a lo que son los disturbios interiores, pues no implican enfrentamientos violentos, dentro de estas se incluyen:

- toda situación de grave tensión en un Estado, de origen político, religioso, racial, social económico, etc.;
- las secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores que afectan al territorio de un Estado.

Estas tensiones se caracterizan por:

(23) .- Christopher Swinarski; *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*; Comité Internacional de la Cruz Roja; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José, Costa Rica-Ginebra, 1984, p.p 58- 59.

- Arrestos en masa
- Elevado número de detenidos políticos
- Probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención
- Suspensión de las garantías judiciales fundamentales, sea por razón de la promulgación del estado de excepción, sea por una situación de facto
- Alegaciones de desapariciones

Estas características pueden presentarse al mismo tiempo, pero basta con que se presente una de ellas para que el contexto se pueda calificar como tensión interna.

En estas situaciones se aplican los principios del Derecho de los derechos humanos, tales como:

- El derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal
- La prohibición de la tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- La prohibición de los arrestos y detenciones arbitrarios
- El derecho a un juicio imparcial
- El derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente
- La prohibición de la injerencia ilegal o arbitrario en la intimidad, la familia, el domicilio y la correspondencia de las personas
- La libertad de opinión, expresión, reunión pacífica y asociación

Tanto los disturbios como las tensiones internas plantean graves problemas a

las autoridades en cuanto al mantenimiento de la seguridad pública, de la ley y el orden público, los que en situaciones extremas pueden dar lugar a situaciones que representan una seria amenaza a la vida de la nación e incitan al gobierno a proclamar el estado de excepción.

Los problemas específicos que puedan acarrear estas escenarios de violencia dependerán de la calidad de los cuerpos responsables de hacer cumplir la ley, ya sea respecto de su organización, equipamiento, preparación del personal, etc, donde las medidas a adoptadas para reestablecer el control , dirigidas contra los iniciadores, deben estar siempre dentro de un marco de la licitud, la no arbitrariedad y la objetividad; ya que si estas adolecen de lo contrario se puede conseguir el efecto contrario, es decir, el agravamiento de la situación.

3- Estados de Excepción

Los disturbios internos y otras situaciones de violencia interna pueden conducir a una situación que un gobierno, recurriendo a las medidas de que normalmente disponer, no se considere capaz de controlar, es por esto que el artículo 4 del PIDCP establece que los Estados podrán adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, pero solo en situaciones excepcionales de que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada diferencialmente.

En este tipo de circunstancias se aplica la legislación nacional que incorpore el derecho de los Derechos humanos, los que pueden estar suspendidos en alguna medida; a la vez si se declara o se mantiene el estado de excepción durante un conflicto armados se aplicará también el derecho de los conflictos

armados.

La mayoría de las Constituciones contemplan cláusulas de excepción que autorizan al jefe de Gobierno o de Estado para tomar medidas extraordinarias, las que pueden incluir suspensiones o restricciones de derechos básicos, en tiempos de guerra u otras circunstancias excepcionales; lamentablemente estas medidas pueden dar lugar a abusos, por lo que es tarea del derecho internacional encontrar un equilibrio entre el reconocimiento del derecho legítimo de los Estados soberanos a defender el orden constitucional y democrático, y el respeto de los derechos humanos.

En este mismo sentido diversas convenciones internacionales reconocen y regulan estos estados de excepción, lo hacen la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 27, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos en su artículo 15, etc.

Para que un Estado de excepción se enmarque dentro de la legalidad, este debe cumplir con ciertos requisitos:

- Debe ser declarado oficialmente por el organismo nacional competente.
- Los Estados pueden disposiciones de suspensión de derechos, solo en la medida de lo que la respectiva situación estrictamente amerite.
- Las respectivas disposiciones no deben ser incompatibles con el resto de las obligaciones internacionales.
- Se debe informar de inmediato al resto de los Estados Partes de estas limitaciones de derechos.
- Se debe respetar el principio de que ciertos derechos como la vida y la

integridad física y psíquica de la persona, la prohibición de la tortura, etc, no son susceptibles de limitación alguna, ya que estos derechos existen para todas las personas en todas las circunstancias.

4.- Insurgencia y Subversión (24):

La insurgencia incluye la subversión pero es diferente de ella. Por subversión entendemos el conjunto de acciones dirigidas a menar la estabilidad de un régimen en términos políticos, económicos y militares.

La subversión se caracteriza además por hacer un empleo muy reducido de la violencia (por ejemplo disturbios callejeros) o por no emplearla en absoluto. En cierto modo, la insurgencia tiene dos caras: una es la subversión y otra es el conflicto armado. Por lo tanto, no toda subversión se realiza en un contexto de insurgencia, pero toda insurgencia conlleva subversión. Como es lógico , la subversión se puede ejercer contra regímenes dictatoriales o democráticos. En éste último caso, se entiende que un movimiento es subversivo cuando promueve una agitación política que no acepta al estado de derecho ni el sistema democrático.(25)

Las actividades subversivas preceden la formación de la insurgencia y se prolongan una vez que ésta se consolida. Conforme los actores proto-insurgentes van fortaleciendo y ampliando su base social, las actividades subversivas se van haciendo también más públicas a través de manifestaciones, demostraciones de fuerza y disturbios. Para que sean

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

(25).- Kilcullen, David J., “ Subversion and Countersubversion in the Campaign against Terrorism in Europe” , Studies in Conflict and Terrorism, vol. 30, pp, 647-666

eficaces las campañas subversivas requieren de un número elevado de partidarios. Esto explica, en parte, que las organizaciones terroristas pequeñas no recurran a ellas.

Los grupos subversivos pueden utilizar tres caminos para alcanzar sus objetivos: creación de frentes políticos o plataformas sociales, infiltración de las instituciones estatales y deterioro del orden social mediante manifestaciones, huelgas y boicots. (26)

La creación de frentes políticos y sociales tiene como fin, ganar en credibilidad social, aumentar el número de partidarios y obtener recursos económicos y materiales. Para ellos los actores subversivos pueden tratar de infiltrar u obtener el apoyo de pequeños partidarios políticos, sindicatos, asociaciones y movimientos sociales. También pueden crear organizaciones controladas por ellos mismos. Como veremos en un apartado posterior, esta es una práctica común en muchas insurgencias.

La infiltración de las instituciones del estado, como, por ejemplo, la policía, las fuerzas armadas o el poder judicial, es otra estrategia utilizada por los actores subversivos e insurgentes que ofrece grandes ventajas. En primer lugar, información sobre las intenciones del gobierno, sobre sus capacidades y sobre sus puntos débiles; además de permitir la difusión de información falsa que contamine la toma de decisiones y proteja a los insurgentes. Si la infiltración es profunda y efectiva puede facilitar que los insurgentes obtengan armas, equipos y otros recursos. La presencia de elementos subversivos dentro de la administración también permite la captación de nuevos miembros dentro de la

(26).- Rosenau, *subversion and Insurgency*, RAND Occasional Paper, 2007, pp, 6-8.

misma, o recurrir al soborno y a la intimidación de los funcionarios o políticos que trabajan en ella. Por último, la infiltración contribuye a la deslegitimación del poder establecido, sembrando desconfianza sobre la fiabilidad, eficacia e independencia de las instituciones del estado.

Una tercera estrategia consiste en provocar disturbios, organizar huelgas y perturbar en general el orden social. Este tipo de actividades pueden tener efectos corrosivos sobre la economía del país y la legitimidad del régimen. Si el Estado no es capaz de responder eficazmente a ellas puede quedar en evidencia por no cumplir una de sus responsabilidades básicas: mantener el orden público. Al mismo tiempo, si el estado reacciona con excesiva dureza, puede perder apoyo de la ciudadanía y dar la impresión de que él es el auténtico enemigo de la sociedad.

CAPITULO III

“Principios y normas de interpretación de los Tratados”

En este capítulo se tocarán los puntos más relevantes en relación a la forma en que el Derecho Internacional Público interpreta y analiza los tratados internacionales; consideraciones de gran importancia que ayudaran y guiarán el fondo del presente trabajo.

Se destacan:

- Tipos y métodos de Interpretación
- Principios Generales, Reglas Generales, Medios Complementarios de Interpretación y otras reglas interpretativas como la Presunción “ In dubio mitius”, la regla del efecto útil y la regla contra preferentes, etc.
- Incorporación del Derecho Internacional al Derecho Interno.

Interpretación de los Tratados

La interpretación de un tratado tiene por objeto determinar el sentido y alcance de sus términos y cláusulas. Dicha interpretación puede darse tanto en el ámbito interno como en el internacional.

La interpretación interna es siempre una interpretación unilateral, que será el resultado de la soberanía o independencia de cada Estado; por lo que no es extraño que en su interpretación y aplicación surjan serias discrepancias con la propia legislación interna, situación que debe ser resuelta ya sea por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores) el Legislativo (por medio de leyes que precisen el alcance del tratado) o Judicial (interpretación precisa que permita que los tratados se integren armoniosamente con todo el orden

jurídico interno).

La interpretación Internacional puede ser llevada a cabo por diferentes instituciones, pero respetando el siguiente orden de prelación (27):

- a) Por las partes contratantes: a la que se le denomina Interpretación auténtica, que esta reservada a los Estados suscribientes, es decir, aquellos que fueron los autores del tratado internacional; cuando estos logran ponerse de acuerdo sobre el sentido de determinadas cláusulas del tratado se da una interpretación que prevalece sobre cualquier otra. Esta interpretación sigue el principio de Derecho Internacional de que siempre corresponde interpretar a aquel que estableció la norma, y será él quien tendrá además la facultad de suprimirla o modificarla. Sin perjuicio de que los mismos Estados confieran a un determinado organismo la facultad de establecer normas y agotar con ello su competencia.

- b) Por un tribunal Internacional o por arbitraje internacional: cuyas decisiones producirá efectos entre los litigantes y para el caso sometido a la decisión judicial o arbitral, que debe fallar en derecho. Sin embargo, se observa que la Justicia Internacional tiene características muy diferentes a las de la Justicia Interna; esto debido, entre otras cosas, a lo ocasional de los procedimientos, la inexistencia de un principio de jurisdicción internacional obligatoria, la falta de una estructura orgánica de éstos tribunales, con circunstancias que impiden

(27).- Los Tratados Internacionales, Miguel Reyes Sanchez, p.p. 37-44.

que la jurisprudencia internacional presente el nivel de coherencia y uniformidad que poseen o debieran poseer los tribunales internos.

Todo esto se debe a que no existe en la sociedad internacional una estructura judicial organizada con un sistema jerarquizado, con un Tribunal Supremo que diera unidad a las decisiones internacionales.

c) Por Organizaciones Internacionales: caso en el que se distinguen a su vez dos situaciones:

i) Existencia de un tribunal propio de la Organización; como es el caso de la ONU, que tiene como órgano principal a la Corte Internacional de Justicia que además de competencia en materias contenciosas, tiene competencia consultiva lo que permite a la Asamblea General o al Consejo de Seguridad solicitar opiniones consultivas sobre cualquier materia jurídica.

En el caso de las Comunidades Europeas se presenta la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, la que tiene amplias facultades de interpretación de los Tratados Comunitarios.

ii) Interpretación de tratados por los órganos de la Organización Internacional: En este caso se trata de interpretaciones que se realizan con motivo de la aplicación de su carta constitutiva; interpretación que tiene un carácter político. Tenemos el ejemplo del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional que da facultades interpretativas al Directorio Ejecutivo y a la Junta de Gobernadores.

Solo a modo de referencia nombraremos los principales métodos de interpretación, donde tenemos (28) :

- a) Método Objetivo; que se basa en el texto y términos del tratado
- b) Método Subjetivo; que procura ante todo consagrar la voluntad o intención de las partes, donde alcanzan gran significado los trabajos preparatorios del tratado.
- c) Método Teleológico; donde la interpretación se realiza en función del objeto y fin buscando por el tratado.

La Convención de Viena se inclinó inequívocamente por el método objetivo, pero no deja de desconocer la importancia de considerar el objeto y fin del tratado, con lo que abre la posibilidad de utilizar de forma complementaria el método subjetivo o el teleológico, cuando el objetivo no éste no precisa el sentido y alcance. (Artículo 31, Sección Tercera, Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados)

Reglas de Interpretación

(Art 31 Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados)

Dentro de esta norma, se consagran diferentes principios y reglas que deben regir a la hora de interpretar los tratados internacionales:

Principios y Reglas generales:

1- Principio de la Buena Fe

La buena fe es una institución básica en todo el Derecho Internacional

(28).- Apuntes de clase Derecho de los Tratados, Segunda Parte, Profesor Alberto Ríoseco Vásquez, RIO 4022, C.2, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p.14-18.

Público, ligada a los conceptos de la fidelidad, la lealtad y la exclusión de toda conducta fraudulenta en la negociación de un tratado y de toda argucia destinada a frustrar el cumplimiento de lo pactado, por lo que los tratados han de ser interpretados y cumplidos de buena fe, puesto que por su propia naturaleza son transacciones de buena fe.

Este principio consagra la máxima de todo tratado, lo que implica que éstos deben ser leídos e interpretados de buena fe, lo que significa que solo de modo complementario es posible acudir a otros medios interpretativos.

Este principio se consagra no solo respecto de las reglas generales de interpretación dadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, sino a lo largo de ella; el artículo 18 obliga a no frustrar el objeto y fin del tratado antes de su entrada en rigor, el artículo 26 exige a las partes, que el cumplimiento del tratado sea de buena fe y el artículo 69 establece el principio respecto de los actos ejecutados y su efecto ante la nulidad, etc. (29)

2- Principio del Sentido Corriente

Esto quiere decir que el tratado debe leerse según el sentido normal, ordinario o natural de sus términos y teniendo siempre en cuenta su objeto y fin; todo esto siempre que las partes no hayan acordado darle un sentido especial o específico a alguno de ellos.

Se especifica este principio dado a que los tratados pueden contener

(29).- Principios y reglas generales; Separata de Derecho Internacional Público, Alberto Ríosco, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p.p 14-18.

palabras cuyo significado varíe según pasa el tiempo; a la vez puede que una palabra tenga un significado común y uno técnico, de modo que puede nacer la pregunta de si la partes tuvieron en cuenta el sentido popular o el técnico, por lo que una frase considerada de forma aislada puede tomar un significado completamente diferente que logre alterar el resto de la disposición o resulte en la oposición de dos cláusulas.

En conclusión, los tratados deben ser interpretados según el significado común de sus términos, leerse imparcialmente y en conjunto, y sus cláusulas deben analizarse en todo su contexto y a la luz de sus objetos y propósitos.

3- Regla de la utilización del Contexto

El principio significa que a la hora de interpretar un tratado se debe considerar todo su contexto, el que en primer lugar incluye el texto mismo del tratado, su preámbulo y anexos, en este todo, un mismo término puede tomar diferentes acepciones, por lo que no se puede fijar de modo abstracto y general dicho término y aplicarlo mecánicamente todas las veces que aparezca, pues en ciertas partes el contexto exigirá la ampliación del significado y en otras exigirá restringirlo.

Por otra parte, se considera también como contexto:

- * Los acuerdos que se refieran al tratado y hayan sido ratificados por todas las partes

- * Los instrumentos configurados por una o más partes con motivo de la celebración de ese tratado y aceptados por los demás.

El contexto de un tratado, a la luz del cual sus cláusulas particulares

debe ser leídas, incluye no solo el preámbulo y los anexos – en caso de haberlos- en los que puede aparecer la manifestación de sus objetos y propósitos, sino también cualquier instrumentos redactado al mismo tiempo que se relacione con él; pues no es extraño que las partes hagan declaraciones de esta clase con el propósito específico de esclarecer el texto que han convenido.

La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que *“ las disposiciones que se hagan a modo de cláusula de interpretación...deben considerarse como parte integrante del tratado”*.

4- Regla de la conducta ulterior de las partes

El comportamiento ulterior de las partes es un elemento valioso en la determinación del contenido de sus derechos y obligaciones.

A diferencia de los que acontece con el acuerdo expreso, este recurso no permite determinar fácilmente si esa posterior conducta es una interpretación y aclaración del sentido original de lo acordado, muy por el contrario, puede que los actos posteriores sean modificaciones de los derechos y deberes originarios.

5- Regla de la aplicación de las normas pertinentes de Derecho Internacional. (Derecho Intertemporal)

Todo tratado debe leerse e interpretarse en virtud del concepto jurídico de las partes, teniendo en cuenta el derecho vigente al redactarse el tratado, para poder arribar a una correcta interpretación. Sin embargo, las disposiciones que constituyen un tratado internacional pueden

evolucionar y adaptarse a una nueva realidad, en este sentido las partes de dicho tratado juegan un papel principal, pues son éstas quienes están calificadas para realizar los cambios y modificaciones necesarias que permitan su aplicación en el presente.⁽³⁰⁾

Medios o Reglas complementarias de Interpretación

(Art 32, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)

Solo se puede recurrir a estos instrumentos cuando el estudio del contexto del tratado deja de revelar un significado claro o produce un resultado absurdo o irrazonable.

El carácter complementario de esos medios lleva consigo una consecuencia especialmente importante: aunque debe acogerse la interpretación que mejor concilie el resultado de la aplicación de la regla general y la utilización de los medios complementarios, en caso de llegar a resultados contradictorios según apliquemos la regla general o nos fijemos en los trabajos preparatorios, debe primar la interpretación obtenida por la aplicación de la regla general si esta es precisa y clara y su resultado es razonable.

a) Los Trabajos Preparatorios: que permiten en una gran cantidad de casos, precisar la voluntad de las partes del Tratado; por ejemplo , tenemos los tratados multilaterales, que son redactados en Conferencias Internacionales cuyas actas reflejan las propuestas de los Estados, las intervenciones de sus representantes y sus observaciones o, en los tratados bilaterales podemos

(30).- Instituciones de Derecho Internacional Público, Manuel Díez de Velasco Vallejos, Tomo I, sexta edición , segunda impresión, Editorial Tecnos S.A, Madrid 1983.

obtener como trabajos preparatorios las Notas Diplomáticas que intercambian los Estados intervinientes en orden a alcanzar un acuerdo.

Por lo tanto, los trabajos preparatorios pueden considerarse como las circunstancias de la conclusión de un tratado, de las que se puede vislumbrar el formar parte del contexto o del fondo general del tratado, a la luz del cual el texto deberá ser leído; todos estos elementos en su conjunto son indicios de la intención de las partes.

Los dos Tribunales de la Haya por medio de su jurisprudencia han aceptado el recurso de los trabajos preparatorios, pero solo cuando el texto no sea claro en su redacción; mientras que la Convención de Viena sitúa a los trabajos preparatorios como un medio complementario de interpretación.

b) Circunstancias en la celebración del Tratado: Este es un recurso especial amparado en el principio de derecho común que consagra que los efectos y alcance de un determinado acto jurídico se pueden determinar según el momento en que éste tuvo lugar, a no ser que se haya producido un cambio tan sustancial que aquellos actos conexos que permitirían interpretar la situación o norma no fueran utilizables.

El Tribunal Internacional de Justicia ha utilizado este recurso en repetidas ocasiones deduciendo el valor de una noción jurídica en el momento de la sentencia del contexto histórico en el que aquella fue realizada.

Otras reglas interpretativas

Desarrolladas tanto por la Jurisprudencia y la Doctrina:

- 1- Presunción “**in dubio mitius**”; es decir, aplicar el sentido menos

oneroso, esto en cuanto a que existe una presunción a favor de la soberanía o independencia de los Estados.

Esta presunción ha sido ampliamente utilizada por el Tribunal Internacional de Justicia cuando ha determinado en sus sentencias que **“ las limitaciones a la soberanía de los Estados no se presumen,** por lo que no basta con que el texto sea dudoso, pero si después del recurso a otros medios de interpretación, la duda persiste, será pertinente pronunciarse a favor de la libertad de los Estados”.

 (31)

Con esto se quiere decir de forma general que **las disposiciones que limitan la soberanía de un Estado deben entenderse en sentido restrictivo.**

De esta regla tenemos el ejemplo citado por Manuel Díaz de Velasco Vallejos en su libro Instituciones de Derecho Internacional Público en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ: Recueil 1950, p 229) respecto del caso de las Zonas Francas en donde se señala:

“ en caso de duda, una limitación de soberanía debe ser interpretada restrictivamente” (32)

Para C. Rousseau esta interpretación restrictiva se debe aplicar a todas las cláusulas que atribuyen competencia arbitral o jurisdiccional, las que derogan un principio general y – reforzando lo inicialmente señalado- aquellas cláusulas que limitan la soberanía del Estado.

2- Regla del efecto útil: esto significa preferir la interpretación que produzca

⁽³¹⁾.- Los Tratados Internacionales, Miguel Reyes Sánchez, p. 44.

(32).- Instituciones de Derecho Internacional Público, Manuel Diez de Velasco Vallejos; tomo I, sexta edición, segunda impresión, Editorial Tecnos, S.A; Madrid 1983, p. 136.

un efecto útil (la Comisión de Derecho Internacional la considera incluida en el principio de Buena Fe). Dicho de otra forma esta regla establece que sería contrario a las reglas de interpretación considerar que una disposición inserta en un compromiso sea una disposición sin alcance y sin efecto.

En palabras de Diez de Velasco Vallejos esta regla implica que al interpretar una cláusula de un Tratado debe hacerse de forma que permita a la misma “desplegar sus efectos prácticos y útiles” o de otra forma “realizar su objeto y su fin” y, que para aplicar esta regla se debe tener en cuenta la letra y el espíritu de la cláusula interpretada; el autor señala un dictamen de la T.I.J sobre la interpretación de los Tratados de Paz de 18 de Julio de 1950 la que señala:

*“ El tribunal está llamado a interpretar los Tratados , no a revisarlos. El principio de interpretación expresado en la máxima **ut res magis valeat quam pereat**, principio designado frecuentemente bajo el nombre de principio de efecto útil, no puede autorizar al Tribunal a extender la cláusula de arreglo de diferencias inserta en los Tratados de Paz en un sentido que sería contrario a su letra y a su espíritu ” .(33)*

- 3- Regla contra preferentes: Esta regla dispone que quien es responsable de una ambigüedad o falta de claridad en sus manifestaciones debe soportar las consecuencias que de ella se derivan.

(33).- Instituciones de Derecho Internacional Público, Manuel Diez de Velasco Vallejos, tomo I, sexta edición, segunda impresión, Editorial Tecnos, S.A, Madrid 1983, p.p 135-136.

Interpretación de Tratados autenticados en dos o más idiomas (**Artículo 33 Convención de Viena sobre Derecho de los tratados**)

Debido a que la comunidad internacional no contempla una lengua oficial para la redacción de sus instrumentos, se hace necesaria la utilización de diferentes idiomas, circunstancia de solución pero que trae consigo el riesgo de exista discrepancia en los respectivos textos. Frente a esta problemática, se debe buscar siempre la coherencia, armonía y coherencia que señalan los ya citados artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, es decir, tomando como punto principal el objeto y fin del tratado y escogiendo la versión que mejor concilie los sentidos discrepantes.

Pues es sabido que cada lengua tiene su fisonomía y que el contenido ideológico de los vocablos varía con frecuencia de unos idiomas a otros, donde no es extraño que en lenguas derivadas del mismo tronco, idénticas palabras o muy parecidas tengan un diverso significado o sean discordantes ya que las lenguas vivas están en continua evolución.

Muchos problemas de interpretación que se plantean son precisamente por el significado exacto de las palabras y por traducciones no muy correctas, debido a la rapidez o la falta de cuidado en las mismas.

A modo de solucionar toda esta problemática, la Convención de Viena da reglas simples a seguir, que pueden englobarse en 3 principales:

- 1) La presunción de que las palabras tienen igual sentido en todos los textos que hacen fe;

- 2) Si existen diferencias, habrá que recurrir en primer término a las normas generales o complementarias de interpretación;
- 3) en caso de que las normas anteriores no condujeran a un resultado satisfactorio, se adoptará el sentido que mejor concilie los textos, habida cuenta del objeto y fin del Tratado (Art 33 n°4).

Esta posición de la Convención, consagra la igualdad formal de las distintas lenguas oficiales como un reconocimiento de la igualdad soberana de las naciones.

Incorporación del Derecho Internacional al Derecho Interno

La mayor parte de las legislaciones nacionales así como el Derecho Internacional reconocen la doctrina dualista respecto de la existencia simultánea de dos sistemas jurídicos; esto son

- a) El derecho Interno
- b) El derecho Internacional

Estas ramas diferentes entre sí, se relacionan íntimamente pues los Estados en su relaciones globales deben introducir a sus propios ordenamientos jurídicos este Derecho Internacional; esta introducción no tiene un procedimiento general o estándar, pues la decisión del como hacerlo, queda entregada a cada Estado, al igual que el alcance jurídico que implique dicha incorporación.

Es por esto que existen diferentes formas de integración del Derecho Internacional al Derecho Internos, tales como: (34)

- 1- Sistema de Transformación: Caso en el que el Estado aprueba una ley

(34).- Revista de Derecho; Doctrina Constitucional; “ Naturaleza Jurídica de los Tratados y su relación con la ley”; Crisólogo Bustos Valderrama; Revista de Derecho, N°7 (Agosto 2002).

interna con el mismo contenido que el tratado internacional, por lo que en el respectivo Estado rige su propia ley y no el tratado.

- 2- Sistema de Incorporación: El derecho interno del Estado establece un procedimiento específico con el que se pone en vigencia el tratado como parte integrante de él.
- 3- Sistema de Reenvío: Casos de excepción en donde es el propio derecho interno el que se remite a normas de Derecho Internacional.
- 4- Sistema de Recepción Global: Caso en que la Constitución del Estado declara que el Derecho Internacional forma parte de su Derecho Interno.

Como es evidente, nuestro país a escogido el sistema de Incorporación; pues los tratados se integran y entran en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico por medio de un procedimiento especial establecido en la Constitución Política; este procedimiento contempla:

- 1- En razón del nº 17 del artículo 32, el Presidente de la República tiene la atribución exclusiva de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, por lo que en concreto el Presidente negocia los términos del tratado, firma su texto final y , luego previo a la ratificación lo somete a la aprobación del Congreso
-
- 2- El Congreso realiza un acto interno, que no puede realizar cambio alguno en el texto, que solo significa su aprobación o rechazo siguiendo los trámites de una ley, según lo determina el artículo 54 de la

Constitución; lo que forma parte de una más de las solemnidades esenciales para la validez del tratado, el acto concluye con el envío del acuerdo al Presidente de la República;

- 3- el Presidente de la República determina, ratifica y lo promulga por medio de un decreto del el Ministerio de Relaciones Exteriores que;
- 4- es publicado en el Diario Oficial en conjunto con el texto del tratado.

En este último punto cabe mencionar que el tratado se entiende incorporado a la legislación interna una vez que el Presidente lo ha promulgado y publicado, sin embargo; nuestro mandatario no se encuentra obligado a ratificar ni a publicar un tratado dentro de un plazo fijo aún cuando éste haya sido aprobado por el Congreso. Esta libertad de ratificar y publicar el tratado cuando lo estime apropiado, es consecuencia de su facultad exclusiva de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y de celebrar los tratados internacionales que estime convenientes para el país. Las circunstancias internacionales son cambiantes e inestables por lo que el Presidente puede decidir que un tratado, a pesar de estar aprobado, no es conveniente para los intereses del país en un momento dado, y por lo tanto retrasar su incorporación al derecho interno.

Todo lo anterior, sin desconocer que en el plano internacional la entrada en vigencia de un tratado es desde la fecha que en él se designe o, en el momento de canje o depósito de los instrumentos de ratificación, momento en el que nace para las partes contratantes derechos convencionales. (35)

(35).- *Revista de Derecho, Naturaleza Jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la Ley*, Crisólogo Bustos Valderrama, N°7, Agosto 2002.

a) **Supremacía Constitucional**

Es claro que este procedimiento descrito anteriormente, no presenta mayores discrepancias; pero si la hay respecto de la jerarquía de los Tratados Internacionales dentro del ordenamiento interno, pues no hay una norma constitucional que la determine, por lo que ha sido la jurisprudencia quien a establecido su valor, inclinándose por darle al tratado un lugar por sobre la ley interna, sea esta posterior o anterior, es decir, se reconoce la supralegalidad de estas convenciones y, su subordinación a la Constitución.

Tanto en la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional de nuestro país han seguido esta tendencia , este último en su calidad de intérprete final de la Constitución ha reconocido que predomina, en el orden interno, los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado. De esta forma se es consecuente con el sistema jurídico, pues una interpretación contraria significaría aceptar que una reforma de la Carta fundamental se impusiese por un medio distinto al que en ella se contiene; sin perjuicio de los casos excepcionalísimos en que la misma preceptiva constitucional señale lo contrario.

Esto se refleja claramente en el pronunciamiento respecto de una de las norma del Convenio 169, que señala que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, es incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de los conflictos penales y no puede tener aplicación.⁽³⁶⁾

⁽³⁶⁾- Revista *Ius et Praxis*, I Artículos de Doctrina los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno; Emilio Pfeffer Urquiaga, Año 9, N°1, p. 5.

Por su parte la Corte Suprema ha seguido esta visión al rechazar en 1997, un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto de la Convención de la Haya sobre secuestro de niños, pues determinó que no se vulnera la Constitución ya que el procedimiento de urgencia previsto en su artículo 11 se adecua a la garantía del debido proceso que contempla el N°3 del artículo 19 de la Carta fundamental. Lo que implícitamente significa un correcto control de constitucionalidad de dicho tratado y su subordinación a nuestra Constitución.

Se reafirma esta posición en el hecho de que el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la gravedad que entrañaría para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado por un órgano jurisdiccional interno, y ha señalado que precisamente por esa razón se obliga al intérprete a hacer todos los esfuerzos posibles, dentro de lo permitido por la Carta fundamental de cada Estado, y encontrar una interpretación conciliatoria entre el Tratado y la normativa constitucional, con lo que vuelve a reafirmar la primacía del orden jurídico interno por sobre el internacional.

Sin embargo, esta postura se ha visto cuestionada respecto de los tratados internacionales relativos a Derechos Humanos como consecuencia de la reforma de 1989, introducida en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, norma que señala:

“ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los

órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

Pero no puede dejar de mencionarse que, ya que es evidente, que si las normas de un tratado vigente resultan en su aplicación, violatorias de alguna garantía constitucional de una persona, de debe acudir al Tribunal Constitucional, organismo que tiene la facultad de declarar la inaplicabilidad de dicha norma.

De lo que se ha seguido principalmente dos caminos de interpretación:

- 1) Tesis que da valor infraconstitucional de los tratados relativos a Derechos humanos:

Este es la postura que ha seguido el Tribunal Constitucional, al analizar la constitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional; de lo que ha señalado: “ *Que el sentido que debe darse a la frase agregada al artículo 5º de la Constitución, es que el Constituyente quiere dar énfasis a los derechos fundamentales, señalando que es deber para los órganos del Estado, respetarlos y promoverlos, no sólo los derechos asegurados en la Constitución, sino también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; que si aplicamos el criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5º, inciso segundo, de la Ley Fundamental, no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes disposiciones constitucionales, lo que nos lleva a*

hacer primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile”

2) Tesis que da valor constitucional a los tratados relativos a Derechos humanos:

Esta corriente sostiene que la reforma tuvo como objeto principal, dar certeza jurídica, reconociendo constitucionalmente ciertos catálogos en los cuales los derechos esenciales de la persona humana están consagrados: el de la propia constitución y el de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Se sostiene que la enmienda al inciso 2º del artículo 5º reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó algunos elementos para hacer más factible el pleno goce y ejercicio de los derechos. Donde se ha distinguido entre el tratado como un todo y los derechos y libertades en ellos contenidos, otorgando rango constitucional, a lo menos, a dichos derechos y libertades.⁽³⁷⁾

De esta última tesis Humberto Nogueira señala que se siguen 2 efectos ⁽³⁸⁾:

- a) “ los derechos naturales asegurados en el tratado se incorpora al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencias jurídicas, no pudiendo ningún órgano del estado desconocerlos y debiendo, todos ellos, respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del

⁽³⁷⁾.-Red Informática Jurídica, “ Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Interno, El caso chileno, Claudio E. Nash, p. 3.
⁽³⁸⁾.- Humberto Nogueira. Op.Cit. (1993) , p.58.

conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”. (39)

- b) “ El tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecidas por el propio constituyente, al realizar la reforma constitucional de 1989, distinto del procedimiento del constituyente derivado del capítulo XIV de la Constitución” (40)

Como se observa es una cuestión polémica; sin desconocer que la postura actual de nuestros tribunales superiores de justicia es la de evitar aplicar de forma directa las normas contenidas en los tratados de derechos humanos para resolver los casos que les son sometidos a su conocimiento; pues cuando estos tribunales se han referido a normas internacionales de derechos humanos siempre lo han hecho considerándolas como un refuerzo para sus argumentos o como un complemento de las normas de derecho interno. (41)

Sin embargo, en cuanto a este tema resulta útil revisar el caso destacado por Profesor Claudio Nash , respecto de la solicitud de sobreseimiento temporal o suspensión de la tramitación del caso General Pinochet, en razón de su precario estado de salud.

Al momento de analizar el caso, la Corte de Apelaciones de Santiago, además de analizar si concurría la causal invocada (Art 409 n°3 del C de P.P. “ demencia o locura) se introdujo en el estudio del debido proceso y si las

(39).- Humberto Nogueira. Op.Cit. (1993), p.59

(40).- Iusciclopedia “ Ley Penal , Fuentes (Principio de legalidad, leyes penales en blanco, interpretación y efectos, Andrea Zamorano, 08 de Diciembre de 2007.

(41).- Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2008, núm 10-r2, p. , r2:1-r2:71- ISSN 1695-0194

exigencias de este principio se cumplían respecto del procesado. (42)

Para determinar el fallo se procedió a revisar la legislación aplicable: invocando el C. de P.P., nuevo C de P.P., el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; la Convención Americana de Derechos Humanos (Considerando 12); concluyendo “ Que a la luz de los derechos que al inculpado reconoce y otorga el ordenamiento nacional e internacional recordado en el considerando 12º (...) esta Corte llega también a la conclusión que el señor Augusto Pinochet no se encuentra en un estado de capacidad mental que le permita ejercer con eficacia los derechos que le otorgan las garantías judiciales de las que debe gozar en todas las etapas del procedimiento en relación al debido proceso...” (considerando 14).

Posteriormente la Corte toca otro tema: “ las disposiciones Constitucionales, legales y de imperio internacional aplicables al caso, y tales disposiciones se encuentran vigentes” ; parte por analizar el principio de la “ supremacía constitucional” y al efecto hace referencia al art. 6 inc 1 de la Constitución (deber de los órganos a del Estado a adecuar su conducta a la Constitución) y luego afirma “ El principio lleva consigo la necesidad de la aplicación inmediata y directa de la Constitución a una situación de hecho o fenómeno jurídico o derecho determinado”; para más adelantes añadir: “ ante varias interpretaciones posibles de la ley, deba considerarse y aplicarse aquella de las interpretaciones que más se ajuste a la Constitución, lo que obliga a los jueces a interpretar sus contenidos de un modo sistemático tal que el resultado de dicha interpretación conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguarda de los

(42).- Red de Información Jurídica, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Interno, El caso chileno, Claudio E. Nash.
<http://190.41.250.173/quia/nash.htm> (02 agosto 2011)

derechos humanos fundamentales, fuente primaria en que se asienta el orden jurídico. Pilar del principio, en canto a la superior salvaguarda de los derechos humanos, se contiene en efecto en el artículo 5º inciso 2º de la Ley fundamental al señalar...” (considerando 16). De esta forma, el valor constitucional de los derechos humanos es evidente para la Corte.

El profesor Nash señala al fundamentar la aplicación del nuevo C de P.P. al procesado, que por ser más beneficioso, se señala: “ *lo que implica una clara, explícita y categórica voluntad del legislador, en cumplimiento del mandato superior del artículo 5º inciso 2º de la Carta Fundamental, en orden a cautelar de modo efectivo las disposiciones que a favor de los procesados establece el instituto jurídico procesal del debido proceso*” (considerando 19)

La Corte concluye su razonamiento de la siguiente forma: “ estima esta Corte (que al resolver como lo hace) se habrá ceñido estrictamente en ello a la naturaleza de los hechos investigados en esta causa, a la luz de las nuevas orientaciones del derecho Constitucional y Procesal modernos, recogidas precisamente en el nuevo Código Procesal Penal, caracterizadas tanto en lo simplemente doctrinario cuanto diversos otros actos legislativos concretos encaminados a la protección de los derechos humanos como bienes superiores del hombre o inherentes a la dignidad de las personas cual es por excelencia el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica” (considerando 23).

De este fallo se destaca el uso de los instrumentos internacionales de

protección de los derechos humanos para ampliar las garantías del procesado; la aplicación de las normas constitucionales; el rango constitucional que se asigna a las normas sobre derechos humanos y, a la visión y uso de la interpretación teleológica de la normativa vigente.

Pero como se señaló anteriormente, esta es una excepción dentro del actuar de la Corte Suprema, pues esta de forma general ha sido reticente a aplicar directamente las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos.

b) Principios que inspiran el Sistema Jurídico Chileno (43):

- Legalidad
- Tipicidad
- No retroactividad

El Principio de Legalidad:

Principio de legalidad en la Constitución Política de la República de Chile

En Chile, tal como en buena parte de los ordenamientos jurídicos, el principio de legalidad se ha consagrado, otorgándole carácter constitucional.

Antiguamente se encontraba consagrado de manera parcial en el artículo 11 de la Constitución de 1925, donde se señalaba: " nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio".

(43).- Los tratados internacionales; Miguel Reyes Sanchez; Capítulo 7 " Interpretación de los Tratados Internacionales; Editora Cumbre, 2002, pp. 37-44

El texto constitucional actual, artículo 19 N° 3 inciso 7 y 8 señalan lo siguiente:

Inciso 7: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

Inciso 8: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

La nueva constitución de 1980, viene a separar el principio de “nullum crimen sine lege” y “nullum poena sine lege del nulla poena sine iudicio”. Junto con perfeccionar algunos alcances de dicho principio, consagra la retroactividad de la nueva ley más favorable. Su texto no incluye en la reserva las medidas de seguridad y corrección, lo que a juicio de algunos autores nacionales es poco deseable, a diferencia de otras legislaciones como la española.

Respecto de los complementos de irretroactividad, origen legal y certidumbre, se encuentran con mayor o menor protección constitucional, dependiendo de la interpretación que se adopte de las disposiciones citadas.

.

El Principio de Legalidad en el Código Penal Chileno

Debemos en primer lugar mencionar las fuentes de la ley penal y, por estas se entiende la forma o medios mediante los cuales se expresan o se establecen las normas jurídico-penales. Como forma de concreción de la norma jurídica, no hay más fuente de derecho penal que la ley. Las demás formas de concreción o fuentes de la ley, que tienen validez para otras ramas del ordenamiento jurídico, no son aplicables en el derecho penal, tales como la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, etc.

El Derecho Penal tiene un carácter estrictamente legalista, su única fuente es la ley. No existe delito o pena, si no está previsto con antelación por ella. Este principio fue formulado por el penalista alemán Anselmo Feuerbach en el conocido aforismo “ **nullum crimen nulla poena sine lege**” (no hay delito sin ley; no hay pena sin ley). De acuerdo a este principio, la ley es fuente exclusiva para establecer los delitos y las penas de tal manera que todo aquello que no está descrito en la ley como delito no puede ser castigado. La exclusividad de la ley como fuente de delitos y penas esta incorporado en la totalidad de las Constituciones y Códigos Penales. En Chile, por expresa disposición constitucional, la única fuente del Derecho Penal Chileno es la ley.

El principio de legalidad aparece expresamente reconocido al menos en dos preceptos, los artículos 1 y 18 del Código Penal, en el segundo se presenta con algún grado de desarrollo la aplicación de la irretroactividad de la ley.

Las normas del Código Penal Chileno aludidas señalan:

Artículo 1: " *Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*".

Artículo 18: "*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.*

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia,

en primera o única instancia, deberá modificarla, de oficio o a petición de parte. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.”

Efectos de la consagración de este principio:

El principio de legalidad es reconocido tanto por nuestra constitución y como por nuestras leyes. Por otro lado, la doctrina nacional lo ha definido como aquel por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido.

De este concepto se desprenden dos ideas:

- No hay delito sin ley
- No hay pena sin ley

Por su lado la doctrina ha establecido que no hay delito ni pena sin ley previa, escrita y estricta, lo que tiene 3 implicancias:

1- Que sea una ley previa, implica una prohibición de retroactividad, que limita las facultades del legislador.

2.- Que sea una ley escrita, conlleva que sólo puede ser fuente legal la ley propiamente tal, con lo que se debe dejar de lado a los reglamentos, decretos con fuerza de ley, decretos leyes u otros que no tienen el carácter de ley, o sea aquellas fuentes que no tienen forma de ley de conformidad a la constitución.

Este principio, significa una limitación al juez, ya que no podría buscar más allá

de lo permitido por la ley para sancionar una conducta, también lo es para el poder ejecutivo, pues éste no puede crear delitos mediante reglamentos o decretos con fuerza de ley.

3.- Que la ley sea estricta, implica la prohibición expresa de analogía. No se le permite al juez recurrir a ninguna clase de normas que no esté contenida en la ley. No puede a través de un razonamiento analógico crear un tipo para una conducta atípica a partir de otra típica que se le parece. También se suele exigir redacción precisa, buena parte de la doctrina nacional considera esta exigencia implícita en “estricta”.

Esta última exigencia se denomina mandato de determinación o taxatividad, y se vincula con el tipo penal, ya que al legislador le corresponde tipificar el delito, por lo que debe describir los elementos subjetivos, objetivos o normativos que conforman la conducta conminada con la sanción penal.

En resumen, este principio se traduce en que el juez no puede sancionar delitos que no estén establecidos como tales en la ley, con anterioridad a la realización de los hechos que configuran ese delito, ni puede aplicarles penas que no estén del mismo modo determinadas con anterioridad en la ley, tanto en cuanto a su naturaleza como a su duración.

El Principio de Tipicidad

Este principio viene a ser la manifestación o más bien, la concreción del Principio de Legalidad, lo que en si significa que a ley penal al describir conductas y asignarles una pena debe referirse a hechos concretos y penas determinadas.

Tal como lo expresa el artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Constitución “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”; cuando señala que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella. De manera que el juicio penal no podrá referirse al estado o condición de una persona, sino a hechos específicos. Y estos hechos deben ser juzgados en virtud de una ley, que debe referirse, a su vez, también a hechos concretos y determinados.

Lo señalado anteriormente tiene como consecuencia que, a diferencia de otras ramas del derecho, este principio no puede verse desmedrado ni aún mediante la imposición de una ley que disponga retroactividad, por cuanto esta última adolecería de inconstitucionalidad.

Sin embargo, el mismo artículo consagra una excepción a esta prohibición de retroactividad “*...a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”, esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, esta disposición regula los casos y como ha de aplicarse la excepción de retroactividad de la ley más favorable, fijando además las contraexcepciones a esta regla; norma que recoge el principio pro-reo.

De modo que para que se de esta excepción se deben presentar los siguientes elementos: (determinados por el artículo 18 del Código Penal)

- a) Que se trate de una ley mas favorable; y por esta será aquella que:
 - Exima al hecho de toda pena
 - Aplique una pena menos rigurosa

- b) Que la respectiva ley este promulgada; por lo que es posible que entre

en vigencia en otro momento

- c) Obligatoriedad de la norma que dispone la aplicación retroactiva de la ley más favorable.
- d) Extensión temporal de la norma que dispone la aplicación retroactiva de la ley más favorable.
- e) Limitación a los efectos de la norma que dispone la aplicación retroactiva de la ley más favorable.

Todo lo anterior viene a significar que ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta que se sanciona este expresamente descrita en ella, en el sentido de que el respectivo juicio penal no podrá hacer referencia al estado o condición de la persona sino únicamente a hechos específicos, los que a su vez deben ser concretos y determinados.

El Principio de la Irretroactividad de la Ley Penal

De modo general toda ley entra en vigencia desde el momento de su publicación, salvo que existe alguna disposición en contrario al respecto, y deja de existir al momento de su derogación expresa o tácita.

En lo penal, al igual de lo que ocurre en otras áreas del Derecho, rige este principio en conformidad a lo establecido en el inciso 7 n°3 del artículo 19 de Constitución Política chilena, que señala:

“ Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”

Lo que significa que este principio no puede ser limitado ni aún mediante la

implementación de un ley que disponga de irretroactividad, pues dicha medida adolecería de inconstitucionalidad, ya que la seguridad jurídica y los derechos de las personas se destruirían si el legislador pudiese hoy transformar en ilícito lo que ayer era lícito, con lo que se cerraría la posibilidad que tiene todo individuo de elegir obedecer o desobedecer las normas.⁽⁴⁴⁾

Sin embargo, este poderoso principio presenta las 2 siguientes excepciones:

a) Si después de cometido un delito se promulga otra ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa; esto bajo el fundamento de la consideración de que el legislador dispone implícitamente que el tratamiento legal anterior era inadecuadamente riguroso o excesivo a las necesidades sociales, por lo que la respectiva pena anterior es declarada como inútil o descontextualizada.

De modo tal que la nueva ley – como ya se señaló en el punto relativo al principio de tipicidad- debe ser más favorable, es decir, por un lado puede eximir al hecho de toda pena o, puede aplicar un castigo menos riguroso.

c) La ultractividad de la ley penal, situación que se da cuando durante el proceso se dicta una ley que deroga a otra anterior que era más benigna para el procesado; lo esperable es que en este caso se aplique la nueva ley por el principio general de que las leyes rigen desde su promulgación pero, no es lo que ocurre pues la ley derogada, bajo cuyo mandato se cometió el hecho, mantiene su vigencia para el caso concreto, por ser más benigna.

(44).- Iusciclopedia, "Ley Penal. Fuentes (principio de legalidad, leyes penales en blanco). Interpretación. Efectos.", Andrea Zamorano, 08 de Diciembre 2007., <http://www.iusciclopedia.com/2007/12/08/ley-penal-fuentes-principio-de-legalidad-leyes> (21 Agosto 2011)

CAPITULO IV

“ Análisis de las circunstancias que derivaron en los hechos de violencia ocurridos entre 1973 y 1989”

Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación “ El informe Rettig”

Respecto de este texto nos enfocaremos y citaremos primeramente el análisis hecho por Don Gonzalo Vial respecto de la situación política, social y económica que se vivía en Chile antes de producirse el Pronunciamiento Militar del 11 de Septiembre de 1973, como una forma de comprender acabadamente la real situación que ocurría en nuestro país.

Gonzalo Vial señala: “ *La Crisis de 1973, en general, puede ser descrita como una aguda polarización a dos bandos – gubernativo y opositores- en las posturas políticas del mundo civil. Ninguno de estos dos bandos logró (ni probablemente quiso) transigir con el otro, y en cada uno de ellos hubo incluso sectores que estimaban preferible, a cualquier transacción, el enfrentamiento armado.*”⁽⁴⁵⁾

Esta polarización tendría 3 orígenes:

- 1) La Guerra Fría y su influencia global, que en si mismo implicaba una polarización al respecto se señala: “ *Ella afectó a Chile, al comienzo quizás en escasa medida, pero muy fuertemente a partir de los años 1960, con la revolución Cubana*” (...) “ *dicho acontecimiento rebasó las fronteras del país en el cual se daba, y vino a ser un episodio de*

⁽³⁵⁾- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Gonzalo Vial, tomo I, reedición Diciembre de 1996, p.p 28-32.

la “guerra fría” y a oponer a toda Latinoamérica la “insurgencia cubano-soviética versus la “contrainsurgencia” norteamericana, con sus respectivos aliados locales, situación que llegó a constituir una forma extrema de polarización.”

- 2) Al mismo tiempo se produjo una polarización al ideologizarse los partidos y los movimientos en un proceso vinculado a fenómenos del intelecto que pretendían instaurar nuevos modelos sociales, los que no podían realmente ser implementados pues estos partidos carecían de la fuerza política para imponer sus modelos, situación que tenía como resultado práctico una ideologización aún mayor que agudizaba la situación.
- 3) Si bien hasta la época de los años 60 había un relativo acatamiento a las reglas del sistema democrático, este se fue debilitando visiblemente con el transcurso de los años.

Se sumó a todo esto el hecho de que en ciertos sectores políticos se proponía la idea de que la fuerza era el único medio para lograr un cambio profundo en el modelo social seguido hasta el momento; al mismo tiempo los procedimientos de la democracia y sus instituciones – como el Parlamento – eran objeto de duras críticas y desprestigio por parte de estos mismos grupos. Estas tendencias se daban tanto en lo que suele llamarse “la izquierda” y “la derecha”. Algunos sectores de esta izquierda planteaban que la postura a seguir era la de la Revolución Cubana, la que proponía en primer lugar “la vía armada” como forma de llegar al poder ; incluso uno de sus hombres más importantes y de mayor influencia en América Latina , Ernesto Che Guevara;

quien fundamentó que, ese camino, el del enfrentamiento era el único real y, que las vías democráticas o electorales, la propaganda política y doctrinaria, las reivindicaciones y luchas sociales, eran solo complemento de éste.

En Chile, estas ideas fueron seguidas por el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) fundado en 1965 y que en 1968 pasó a la clandestinidad lugar desde donde ejecutó acciones armadas y preparó la conquista insurreccional del poder. No adhirió a la Unidad Popular y minusvaloró la campaña electoral de 1970.

En la Unidad Popular también existieron sectores considerables que abrazaron esta doctrina – similar a la del MIR-. El Partido Socialista que adoptó oficialmente la idea de la lucha armada. Como consta en el acta del Congreso de Chillán en 1967 y que se reafirmó en la Serena en 1971) creía firmemente en la inevitabilidad del enfrentamiento armado. Posturas similares fueron adoptando el Movimiento de Acción Popular Unitaria (MAPU) y la Izquierda Cristiana.

No puede dejar de mencionarse por motivos de equidad el hecho de que en la Izquierda y específicamente en la Unidad Popular, ciertos sectores rechazaban la vía armada. Tal era el caso del Partido Comunista; el del MAPU obrero y Campesino, de la mayoría del Partido Radical y del mismo Presidente Allende, cuya “vía pacífica” o “chilena” ,una nueva forma bajo su concepto del marxismo-leninismo, la que descartaba de un modo taxativo el empleo de la violencia. Sin embargo, al llegar el período de crisis entre los años 1970 y 1973, estos sectores se vieron desplazados y, en ocasiones seducidos o arrastrados por los que postulaban la fatalidad del enfrentamiento.

En la derecha por su parte existieron ciertos sectores que oficialmente o en la práctica propiciaron una salida armada a la crisis, entre ellos esta el grupo "Tacna" que postulo abiertamente el Golpe Militar, lo mismo que el Movimiento Nacionalista Patria y Libertad que intervino en el frustrado conato de sublevación militar conocido como "el tanquetazo". El resto de esta tendencia política no participó de ninguna acción similar.

Vial además explica como se dio el fin de esta polarización y de la crisis, donde se señala que como era lógico quienes postulaban el enfrentamiento tendieran a provocarlo o, por lo menos a no rehuirlo. Se tiene como factores principales:

- 1) Nuevamente la Revolución Cubana y la Guerra Fría. El triunfo de la Unidad Popular fue visto como un triunfo de una de las superpotencias en pugna, la U.R.S.S y como una derrota para E.E.U.U; esto explicaría el hecho de que el gobierno norteamericano planificara y ejecutase de inmediato una política de intervención en los asuntos internos de Chile, cuyos objetivos eran impedir el ascenso de Allende (objetivo conocido como track one) y una vez fracasado éste , la desestabilización económica del nuevo gobierno (track two).
- 2) La terrible crisis económica que se dio en Chile a partir de 1972 que fue unos de los factores determinantes para lo acaecido en Septiembre de 1973; esta crisis se caracterizo por una inflación nunca antes conocida, el quiebre productivo y el agudísimo desabastecimiento de artículos esenciales, el descalabro del comercio exterior y una progresiva paralización de toda la

economía.

- 3) La presión ejercida sobre el Gobierno por los Partidos políticos, el Congreso, gremios productivos y profesionales para que transigiera o abandonara su modelo de sociedad, colocándolo en la disyuntiva de hacerlo o enfrentar a un país ingobernable. Por lo que “vía armada” e “ingobernabilidad” pasaron a ser conceptos excluyentes de sociedad, los que no podían ser impuestos democráticamente ni permitían transigir con el otro permitiendo así una salida pacífica.
- 4) La circunstancia de que tanto los sectores gremiales y profesionales en conjunto con los partidos opositores se sintieran desamparados por los mecanismos estatales llamados a proteger sus derechos; sintieron que éstos - Congreso Nacional, Contraloría, Tribunales de justicia, etc- eran impotentes para detener la violación de ellos.

Estas violaciones consistían entre otras;

- a) Repetidos atropellos al derecho de propiedad en forma de “tomas” tanto de inmuebles agrícolas, urbanos y de empresas; donde la mayoría de los dueños de los bienes fueron desamparados en la restitución de su dominio, ni los hechos sancionados; pues era frecuente que las órdenes judiciales de restitución no fueran cumplidas por parte de las autoridades administrativas.
- b) En “tomas” y en las “retomas” correlativas – reocupaciones violentas que hacían los propietarios de los bienes usurpados-, la

fuerza armada de los particulares pasó a sustituir de forma usual a la fuerza pública de orden, la que a su vez se vio impedida de actuar en las “tomas” y solió ser deliberadamente pasiva en las “retomas”.

c) Estas tomas y retomas ilegales tuvieron como consecuencia actos de sangre: muertes homicidas, lesiones graves, suicidios, secuestros y vejaciones; incluso en un caso se dio el asesinato de un estudiante mirista por otro comunista en el recinto de la Universidad de Concepción, el que se declaró públicamente ser un problema político y no penal, por lo que no se aplicó sanción alguna.

d) El proceso estatizador o de formación social del “área social” de la economía, carecía de la legislación necesaria para ese efecto, y de la fuerza parlamentaria que le permitiese dictarla, por lo que utilizó al máximo las leyes existentes, forzando su sentido hasta el extremo, y aún sobrepasándolo. Los afectados interpretaron esto como un abuso, y como una forma de soslayar la voluntad de las mayorías electorales y del Congreso.

En informe señala a la vez que la violencia no era exclusividad de ningún bando y que esta era avivada porque cada cual se veía así mismo rebasando la legalidad solo por lo que el otro había hecho antes y, para defenderse. Estas circunstancias recibieron como explicación común y uniforme por parte de los sectores perjudicados, el desorden e ilegalidad reinantes: que la administración no protegía sus derechos, ni que éstos, una vez

violados no hallaban amparo eficaz en la policía, la justicia, la Contraloría, etc. Por lo que la única defensa era la propia, difundándose la idea de presión regular sobre el gobierno mediante paros y grupos armados que protegiesen el dominio de los inmuebles y empresa, junto con la integridad de las personas.

e) El papel de los medios de comunicación; si bien no fue en todos ellos, pero si en algunos, en especial los escritos, apelaban a la destrucción de la persona moral de los adversarios, la figura del enemigo era presentada como despreciable y donde su aniquilamiento físico parecía justiciero, si no necesario, incluso se llamo abiertamente a ello.

Todas estas circunstancias fueron preparando el camino para el 11 de Septiembre de 1973; cada atentado, asesinato político o enfrentamiento con muertos o heridos, surtía un doble efecto: exacerbar todavía más el clima de guerra civil, y banalizar la violencia y muerte. Hechos que llevaron al colapso de los cimientos morales de la sociedad y pavimentaron el camino a nuevos y mayores excesos.

Carta de Eduardo Frei a Mariano Rumor, Presidente de la Unión Mundial de la Democracia Cristiana.

De 08 de Noviembre de 1973, me remitiré únicamente a los pasajes en los que el Ex presidente Frei, describe la situación de Chile en el período de crisis estudiado. Frei explica los hechos ocurridos en nuestro país dando respuesta a preguntas que el mismo plantea, tales como:

¿Qué ocurrió en Chile? (46)

Este país ha vivido más de 160 años de democracia prácticamente ininterrumpida. Es de preguntarse entonces, cuál es la causa y quienes son los responsables de su quiebre. Nuestro juicio la **responsabilidad íntegra** de esta situación – y lo decimos sin eufemismo alguno- corresponden al régimen de la Unidad Popular instaurado en el país.

¿En que basamos esta afirmación?

a) Este régimen fue siempre minoría y nunca quiso reconocerlo. Obtuvo en la elección presidencial el 36 por ciento de los votos. Subió al cincuenta por ciento a los cuatro meses de elegido, en las elecciones municipales, siguiendo una vieja tradición chilena en que el pueblo da su apoyo al gobierno recién elegido. En los comicios del 73 bajó al 43 por ciento, a pesar de haber ejercido una intervención no conocida en la historia de Chile y haber utilizado toda la maquinaria del Estado, enormes recursos financieros y presión sobre las personas y las organizaciones, que llegó hasta una violencia desatada que causó varios muertos y numerosos heridos a bala. Por último, quedó comprobado con posteridad un fraude de por lo menos 40 5 por ciento de los votos, pues los servicios públicos, entre otras cosas, falsificaron miles de carnés de identidad.

b) No solo fueron minoría en el Parlamento, sino en los Municipios, en las organizaciones vecinales, profesionales, campesinas y progresivamente llegaron a ser minoría en los principales sindicatos industriales y mineros.

(46).- Carta de Eduardo Frei Montalva a Mariano Rumor (08 de Noviembre de 1973), Página web “CENTRO DE ESTUDIOS BICENTENARIOS”; Documentos históricos.
http://www.bicentenariochile.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=18:carta-de-eduardo-frei-montalva-a-mariano-rumor&catid=9:documentos-historicos&Itemid=9 (14 de Mayo de 2013)

Igualmente, salvo un solo caso, fueron derrotados en todas las organizaciones universitarias en que votaban los académicos y los estudiantes y, para que decir las organizaciones específicamente estudiantiles.

En vez de reconocer este hecho y buscar el consenso, trataron de manera implacable de imponer un modelo de sociedad inspirado claramente en el marxismo-leninismo. Para lograrlo aplicaron torcidamente las leyes o las atropellaron abiertamente, desconociendo a los Tribunales de Justicia. Cada vez que perdían una elección en las organizaciones sindicales y campesinas o estudiantiles desconocían el hecho y creaban una organización paralela afecta al gobierno, la cual recibía protección oficial mientras eran perseguidos los organismos que respondían a una elección legítima. Así se trato a los estudiantes, a la clase obrera y a los campesinos. (...) Fueron estas las razones por las que la Corte Suprema de Justicia, por la unanimidad de sus miembros, denunció ante el país el hecho de que por primera vez en la historia de Chile los Tribunales no eran respetados, se atropellaban las leyes y sus sentencias no se cumplían. La contraloría General de la República, órgano que en Chile adquiere un verdadero carácter constitucional y que no solo tiene funciones contables, sino que califica la legalidad de los decretos del Ejecutivo, rechazó innumerables resoluciones del gobierno por estimarlas ilegales.

El Parlamento continuamente reclamó durante tres años la violación de las leyes y el atropello al Derecho, sin ser oído. Esto culminó cuando, aprobadas dos reformas constitucionales, el Presidente de la república se negó a promulgarlas. Buscando un pretexto para no hacerlo, recurrió primero al Tribunal Constitucional, el cual dio la razón al Congreso. Sin embargo, eso fue

inútil. Pretendió después promulgar estas reformas de manera trunca, o sea parte del texto, lo que rechazó la Contraloría General de la República. Esto llevó a la Cámara de Diputados a aprobar un acuerdo destinado a señalar al país que se estaban atropellando abiertamente la Constitución y las leyes y mostrar una lista abrumadora de casos concretos de cómo así ocurría....

¿Cuál era el problema?

El fondo del problema es que este gobierno minoritario, presentándose como una vía legal y pacífica hacia el socialismo –que fue el slogan de su propaganda nacional y mundial- estaba absolutamente decidido a instaurar en el país una dictadura totalitaria y se estaban dando los pasos progresivos para llegar a esa situación, de tal manera que ya en 1973 no cabía duda de que estábamos viviendo un régimen absolutamente anormal y que eran pocos los pasos que quedaban por dar para instaurar en plenitud en Chile una dictadura totalitaria.

Así lo señalaron no solo la Corte Suprema, la Contraloría y el Parlamento. Se agregó la declaración del Colegio de Abogados, que en extenso documento indicó al país que el sistema legal había sido reiterada y manifiestamente atropellado. Por otro lado, el Partido Radical de Izquierda, que apoyó al señor Allende en la elección y que formó parte de su gobierno. Se retiró de él denunciando que había llegado a la certeza de que se iba al quiebre de la democracia por la acción del gobierno que integraban. Hombres que habían militado siempre en la izquierda chilena, que dirigían ese partido, señalaron con extrema dureza que el país estaba al borde del caos y que la voluntad del ejecutivo era instaurar la dictadura totalitaria. (...)

Los partidos del gobierno ya no ocultaban sus intenciones. El Secretario

General del Partido Socialista llamaba abiertamente a los soldados y marineros a desobedecer a sus oficiales y los incitaba a la rebelión. En iguales términos se expresaban otros partidos de gobierno en forma de tal manera insensata que hasta el propio Partido Comunista manifestó su desacuerdo con ellos y en especial con el Partido Socialista, “ que rechazaba todo acuerdo con la Democracia Cristiana y se unía cada vez más al Movimiento de Izquierda Revolucionaria en su tesis de la revolución violenta e inmediata”. Así lo han declarado numerosos dirigentes comunistas.

O sea, vuelve siempre lo mismo: Ganar tiempo para obtener el poder total. El Presidente de la República declaraba respetar la ley, la Constitución y la democracia, pero todas sus declaraciones era de inmediato contradichas por los hechos, ya que todos los compromisos fueron violados y todas las afirmaciones desmentidas posteriormente con sus actos.

Innumerables documentos de sus asesores y de los dirigentes de los Partidos Políticos que conformaban la Unidad Popular han demostrado que todo su objetivo era ganar tiempo para consolidarse en el poder y para afianzar su posición totalitaria, documentos que culminaron con la carta publicada por el señor Fidel Castro, en la cual le recomendaba al señor Allende tratar con la Democracia Cristiana con el solo objetivo de ganar tiempo (...) a este cuadro político se agregan dos hechos que han sido determinantes en el proceso chileno.

El primero, instaurado el gobierno, convergieron hacia Chile varios miles de representantes de la extrema izquierda revolucionaria de América. Llegaron elementos tupamarus del Uruguay, miembros de guerrillas o movimientos extremos del Brasil, de Bolivia, de Venezuela y de todos los países, como hay

numeroso casos, por delitos graves inexcusables. La embajada de Cuba se transformó en un verdadero ministerio, con un personal tan numeroso que era superior, la sola Embajada de Cuba en Chile, a todo el personal que tenía nuestro país en el Ministerio de Relaciones Exteriores el año 1970. Esto da la medida. Además de ellos, nos vimos invadidos por norcoreanos y otros representantes del mundo socialista.

Hombres conocidos en el continente por sus actividades guerrilleras eran de inmediato ocupados en Chile con cargos de la Administración, pero dedicaban su tiempo muchos de ellos al adiestramiento paramilitar e instalaban escuelas de guerrillas que incluso ocupaban parte del territorio nacional en que no podían penetrar ni siquiera representantes del Cuerpo de Carabineros o de las Fuerzas Armadas.

El segundo, fue la acelerada importación de armas. El partido Demócrata Cristiano denunció continuamente este hecho. Hay más de cincuenta documentos publicados por el Partido y dados a conocer en el Parlamento respecto a la aseveración. Llevado de su preocupación el PDC presentó un proyecto de ley que fue aprobado y que sirvió de base para iniciar acciones que revelaron la existencia de fuertes contingentes de armas importadas.

Después del pronunciamiento del 11 de Septiembre estas denuncias de la Democracia Cristiana han quedado completamente confirmadas. Las armas hasta ahora recogidas (y se estima que no son aún el 40 por ciento) permitirían dotar a más de 15 regimientos y eso que una abrumadora proporción aún no ha sido descubierta. Estas armas son todas de procedencia checa o rusa, armas que jamás ha tenido el Ejército chileno. Por lo demás nadie ignora o descarta en Chile la existencia de estas armas.

Se trata de armas de todo tipo, no sólo automáticas, sino que pesadas, ametralladoras, bombas de alto poder explosivo, morteros, cañones antitanques de avanzados modelos y todo un aparato logístico de comunicaciones, de telefonía, clínicas médicas, etc., para poder concretar esta acción. Se había establecido así un verdadero ejército paralelo. Nos preguntamos una vez más, y preguntamos a los dirigentes de la Unión Mundial de la Democracia Cristiana: ¿qué democracia puede resistir esta situación? ¿Acaso la Democracia Cristiana, sin armas, y en consecuencia inerme frente a esta embestida, debía quedar silenciosa? ¿Merece el calificativo de fascista o golpista por el hecho de haber denunciado esta realidad? ¿Pretenden acaso que lo democrático era permanecer mudos, amparando la preparación desembozada de una dictadura impuesta por la fuerza de las armas? (...)

Un último aspecto que creemos necesario destacar, ya que no podemos referirnos a todo, lo constituye el clima de odio y violencia que reinaba en el país. Toda crítica, toda observación, era contestada con las injurias más violentas para quienes tenían la audacia de señalar los errores. El partido Socialista y el Partido Comunista crearon organizaciones armadas. Los socialistas la llamaron "Elmo Catalán" y los comunistas constituyeron la tristemente célebre brigada "Ramona Parra". Se constituyeron, asimismo, los llamados "cordones industriales", que rodeaban las ciudades en forma estratégica; y como consecuencia de la escasez, se organizó el racionamiento sobre la base de organismos políticos que empadronaron a los habitantes para ejercer el control sobre la vida de la población.

Como consecuencia de todo esto murieron cerca de cien personas y hubo innumerables heridos. Así como murió el ex Vicepresidente de la República y

uno de los fundadores del PDC, don Edmundo Pérez Zujovic, vilmente asesinado al salir de su casa por los miembros de una organización extremista. Los tres asesinos habían sido detenidos al final del gobierno de la Democracia Cristiana por haber perpetrado asaltos a mano armada y condenados por los Tribunales de Justicia a varios años de prisión. El primer acto del gobierno de la Unidad Popular fue dejar en libertad a estos detenidos por actos ilegales y entre ellos que causaron la muerte de ese dirigente democratacristiano. Al indultarlos, el Presidente Allende justificó su acto llamándoles “jóvenes idealistas”.(...)

En un texto más adelante se cita una declaración del Presidente Allende, tres días antes del 11 de Septiembre:“ nos queda harina para tres días”. Se acababa el pan. No había sucedido jamás. Eso es lo que no se quiere analizar. Mejor dicho, se quiere ocultar. Los socialistas europeos, democráticos y pluralistas, se sienten obligados a respaldar un partido que proclamaba su desprecio a la legalidad y como objetivo la revolución armada y violenta. Si no se quieren ver los hechos ni los documentos, al menos podrían leer con atención las críticas que formulara a este partido por su extremismo el propio Partido Comunista, que varias veces lo llamó a la cordura. El otro hecho que la Democracia Cristiana debe analizar es el problema de las comunicaciones. No hay ninguna duda de que el caso chileno es un buen ejemplo de cómo un intenso aparataje de propaganda es capaz de presentar las mayores falsedades y convertirlas en realidad .Y eso venía ocurriendo desde el comienzo del régimen, que como otros similares, no se limitaba en cuanto a gastos de propaganda.

Pero lo ocurrido después del 11 de Septiembre es algo inverosímil para los

chilenos. Fueron miles los que escucharon decir a la Radio de Moscú que habían muerto 700 mil personas, en dos días. Otros hablaban de 30.000 y que corrían ríos de sangre en Santiago. Para nosotros una sola vida humana no tiene precio. NO decimos esto para disminuir la tragedia a que el país fue llevado, pero según nuestras informaciones, los muertos no llegarían a dos mil, lo que es bien diferente a tan burdas mentiras.

Entre las miles de falsedades que se propalaron: Murieron 35 parlamentarios. Falso. Ninguno. Fue asesinado Neruda. Falso y ridículo. Todos los órganos de publicidad le rindieron homenaje como a nadie en muchos años y en el edificio del Congreso Nacional la bandera se izó a media hasta en señal de duelo.

Se destruyó el Hospital Barros Luco, el mayor de Chile. No hay un solo hospital destruido ni dañado en la más mínima parte. En el Hospital Barros Luco no hay ni un vidrio quebrado. A qué seguir. Son cientos de ejemplos.

No ha faltado un programa de televisión en Europa que presentó como señales de bombardeo vistas del anterior terremoto.

Pedimos una sola cosa: vengan a ver lo que decimos. Tenemos derecho a pedirlo a nuestros amigos. Así lo hizo el señor Bruno Heck, dirigente de la DCU, quien pudo comprobar la verdad.

Que vengan a ver si hay alguna casa bombardeada en alguna población. En todo Chile solo dos, por desgracia, La Moneda y la casa residencial de los Presidentes, adquirida en el gobierno de la Unidad Popular.

Que vengan a ver si hay una industria o centro minero donde haya caído una sola bomba. Nosotros no somos parte del actual gobierno. No defenderemos los errores que se cometa, inevitables algunos, en una situación tan terriblemente difícil.

Pero tampoco podemos aceptar que la mentira se transforme en un sistema, mientras se ocultan las causas de una situación para encubrir la responsabilidad de quienes arruinaron y destruyeron la democracia chilena.

“ PINOCHET Y ALLENDE vistos por un inglés” de Robin Harris

Escritor y periodista británico, ha trabajado para el periódico “The Telegraph” y “Perspective”. Doctor en Historia moderna de la Universidad de Oxford. Director del Departamento Británico Conservador de Investigación desde 1985 a 1988 y miembro del grupo de unidad política del Primer Ministro desde 1989 a 1990.

Texto que en palabras del autor tiene como objetivo principal es “intentar explicar la verdad sobre Pinochet analizando en detalle una pregunta específica: por qué las fuerzas armadas actuaron para derrocar al Presidente Salvador Allende. La importancia de esto dentro del más amplio “caso Pinochet” debería resultar obvio de inmediato. Más de la mitad de las muertes violentas en Chile entre 1973 y 1990 (1261 de 2279 cifras que incluyen miembros de las fuerzas armadas) ocurrieron muy pronto tras el golpe militar del 11 de septiembre de 1973. Si podemos explicar por qué ocurrió lo que ocurrió, podremos ganara una perspectiva fundamental sobre la mayoría de los “crímenes” con que se acusa a Pinochet.

De este texto nos centraremos en el capítulo sexto llamado (47) “La batalla por Chile” pues éste se enfoca en lo acaecido en los meses previos al golpe militar y los posteriores a él.

(47).- Pinochet y Allende vistos por un Inglés, Robin Harris, Publicado por Chilean Supporters Abroad, ISBN: 0 9535179 0 X, Traducción; Consuelo Edwards, Santiago de Chile. Capítulo VI .

“...A contar de fines de junio los partidarios de la UP llamaban insistentemente y abiertamente a los “trabajadores” a armarse. Miguel Enríquez , líder del MIR proclamó: “La clase trabajadora es por hoy el ejército debidamente constituido, resuelto a luchar por sus intereses y resistir al ataque reaccionario”. A Estas alturas aparecieron por todo Santiago carteles llamando a los soldados a desobedecer a sus superiores en caso de acción militar. En julio, la (segunda) huelga nacional de camioneros encontró considerable violencia de parte de la UP. En agosto, los democratacristianos hicieron intentos por disuadir a Allende de sus planes que resultaron totalmente infructuosos. A comienzos de septiembre, tanto Allende como el líder socialista Carlos Altamirano, pronunciaron duros discursos amenazando al “estado burgués” con las represalias del pueblo.

...Las fuerzas armadas chilenas por fin habían comenzado a dejar atrás su tradicional desprecio por la vida política. Fue el propio Allende, de hecho. Quien invitó a sus líderes al Gobierno para obtener a cambio su apoyo y algo de legitimidad. Frente a la (primera) huelga de camioneros en octubre de 1972 y a la masiva resistencia popular al Gobierno que la acompañó. Allende retrocedió y al mes siguiente llamó al jefe de los generales, General Carlos Prats, y otros generales del Gobierno. La estratagema dio resultado desde el punto de vista de Allende: la oposición se tranquilizó por la presencia de soldados en el Gabinete codo a codo con los ideólogos de izquierda. También tuvo, como consecuencia incidental, la aprobación de la Ley de Control de Armas la cual, aunque burlada con frecuencia, dió a las fuerzas armadas la facultad legal de registrar escondites sospechosos de arsenales y, así, les permitió reunir una gran cantidad de inteligencia útil antes del 11 de septiembre

respecto de la escala y dirección de la amenaza armada. Pero también hubo una importante desventaja. La participación de sus líderes en el Gobierno dejaba a las instituciones armadas en la odiosa posición de teñirse con políticas que no podían realmente moderar. (...)

...Para entonces había ruido de sables en el ejército. El 29 de junio un levantamiento bastante aficionado, organizado por un coronel al mando de un regimiento de tanques, fue fácilmente sofocado por el Ejército. Prats y otras figuras militares se reintegraban brevemente al Gobierno en agosto, pero renunciaron a los pocos días cuando la Cámara de Diputados votó su ácida amonestación al Gobierno por su conducta ilegal e inconstitucional.

Con toda probabilidad, el evento crucial que hizo a las figuras claves de las fuerzas armadas decidir que el mando de Allende debía ser terminado por la fuerza fue el descubrimiento, a comienzos de agosto, de un complot ideado en las más altas esferas de la UP para incitar un motín en la Armada. Los líderes del MIR, del Partido Socialista y de una de las facciones del MAPU estaban profundamente involucrados, como demostraron posteriores audiencias de cortes marciales, que continuaban al momento del golpe militar del 11 de Septiembre. Deberían apoderarse de dos barcos de guerra chilenos que entrarían al puerto de Valparaíso y liquidar a sus oficiales: se intentaría usar las armas de los barcos para obligar a la ciudad a someterse. Otro levantamiento conectado con el anterior se fraguaba para el puerto de Talcahuano, sede de los astilleros navales de Chile.

...Las fuerzas armadas, con su nuevo liderazgo, finalmente dejaron sus vacilaciones y atacaron en la madrugada del martes 11 de septiembre. Las instituciones militares estaban completamente unidas; el ejército bajo el mando

del General Pinochet, la armada con el Almirante Merino, la fuerza aérea con el General Leigh, y los Carabineros con el General César Mendoza. También fueron notablemente eficaces, pasando por centros de resistencia y tomando el control inmediato de la radio y la televisión y los principales edificios de gobierno. A las once de la mañana los uniformados habían asumido el control y Allende, sus hijas y colaboradores cercanos estaban aislados y rodeados por las tropas en el Palacio de la Moneda.

El éxito inicial del Golpe Militar fue total, solo enturbiado seriamente por la tragedia de la muerte de Allende. El pronunciamiento de la Junta Militar fue recibido con entusiastas muestras de alivio. No hubo levantamiento de los trabajadores residentes de los cordones industriales, adonde Allende había amenazado histriónicamente retirarse en un momento de su conflicto con sus opositores. Las Fuerzas armadas también fueron capaces de liberar cantidades previamente identificadas de alimentos que ayudaron a quitar la amenaza de hambruna y el clima de pánico que había causado.

Pero los paramilitares y extremistas de izquierda chilenos y extranjeros de la línea dura y fuertemente armados permanecieron, e hicieron su propia revuelta contra el nuevo gobierno militar. La pelea fue amarga, brutal y sangrienta, y duró varios meses, gran parte en la propia ciudad de Santiago. En el curso de la lucha 1.261 personas perdieron la vida, 82 de las cuales miembros de las fuerzas armadas. La disparidad entre ambos bandos no sorprende: la Izquierda contaba con poco apoyo popular y estaba desmantelada, las fuerzas armadas eran percibidas como defensoras del orden y de la constitución y estaban unidas. A pesar del apoyo de Cuba, curiosamente confirmado varios años más tarde en uno de los juicios teatrales de Castro, la Izquierda fue derrotada por

completo.

Conviene aquí hacer varias observaciones para poner los hechos en su contexto histórico. En primer lugar, como se calcula que murieron 2.279 personas (incluyendo 254 víctimas del terrorismo de izquierda) a lo largo de todo el período de diecisiete años de dominio militar, las cifras prueban que más de la mitad murió en el fragor de lo que fue en efecto una corta pero sangrienta guerra civil, no en la represión posterior.

Segundo, aunque se puede cuestionar el número de muertos, - después de todo, por una parte quienes cometieron homicidios tenían razones para encubrirlos, y por otra algún “desaparecido” puede haber cambiado de identidad por lo que había hecho o intentado hacer- estas cifras de la Comisión de Verdad y Reconciliación traen a la luz las exageraciones de la época y posteriores. La cifra de la radio Moscú para el número de muertos directamente de los conflictos que siguieron al Golpe es de 700.000 (no está claro en cuanto calculaban en Moscú la población chilena). El senador Edgard Kennedy habló con gran emoción y total ignorancia sobre el (bastante modesto) Río Mapocho que atraviesa Santiago, que corría rojo con la sangre de las víctimas. La verdad sea dicha, la guerra civil chilena cobró muchísimas menos vidas que las de México o Nicaragua, y ni mencionar Cuba. Y palidece hasta la insignificancia al lado del derramamiento de sangre de la guerra civil española que cobró alrededor de un millón de vidas, un hecho que no parecen haber registrado el Juez Garzón y demás enemigos españoles del general Pinochet.

En tercer lugar, sin embargo, está claro que durante el primer período se liquidaron antiguas disputas, como sucede en las guerras civiles, y sin duda se cometieron muchas atrocidades. Soldados, carabineros, campesinos

usurpados en las tomas, intimidados por el MIR y demás, todos tenían fuertes motivos para aprovechar las circunstancias y cobrar venganza. No hay evidencia de que haya habido una política deliberada de exterminio de parte de la junta de Gobierno en esta o cualquier etapa.(...) Al volver al orden, un número de los que probablemente habían cometido tales brutalidades fueron castigados, aunque claramente otros no. Sin excusar lo que ocurrió, estas reflexiones ayudan a explicarlo – al igual que el hecho de que muchas de las víctimas estaban abiertamente involucradas en el levantamiento armado de la Izquierda contra el gobierno militar. Obviamente, no es menos cierto que, como prueban las estadísticas de afiliación política conocida de las víctimas, contenidas en el informe de la Comisión Verdad y Reconciliación, algunas de ellas no participaban. También es comprensible que sus amigos y familiares hayan sido golpeados por el dolor.

*Respuesta del EJERCITO, ARMADA, FUERZA AÉREA,
CARABINEROS Y CONSEJO DE GENERALES EN RETIRO
(Informe Comisión Rettig)*

Ejército: Citaremos algunos de los puntos que esta institución toca, como respuesta a lo señalado por el Informe Rettig:

I. Contenido del Informe; Expresiones preliminares del Ejército; Declaración del 13 de Junio de 1990 (p.p 6 y 7). (48)

“ Los hombres de armas –hombres de honor, formados con sanos principios morales y entregados por entero a los intereses superiores de la Patria- nos dolemos como todos los chilenos con las lágrimas de estos años. Tenemos

(48).- Respuesta del Ejército al Informe Rettig; Ejército de Chile; Santiago, Marzo de 1991; p.p 6-12)(Centro de Estudios Miguel Enríquez)

también nuestros propios mártires, nuestras viudas, nuestros huérfanos y nuestros mutilados”.

“ La paz -obtenida por la contribución de todos los que lucharon por la libertad de nuestra patria- suelen olvidar las trágicas dimensiones de la guerra”.

“ Cuando va alejándose en el tiempo, la guerra se divisa como un mero arrebatado cruel y pasional”.

“ La forma concreta como se vivió la guerra y sobre todo las causas que la motivaron empiezan a desaparecer”.

“ La guerra no es nunca incruenta y siempre depara dolores, odiosidades, injusticias e inhumanidades. Su paso deja en primer plano, y quizás como exclusiva, esta imagen cruel”.

“ Los que provocaron la guerra y los que arrastran a los pueblos al empleo de las armas no son los soldados. Estos hacen la guerra y cuando vuelven victoriosos, afrontan el olvido, cuando no la incompreensión y la censura”.

“ quienes instrumentalizan episodios dolorosos, están profundizando las heridas de los que han sufrido, intentan dividir a los chilenos y obstaculizan la reconciliación a la que el Ejército de Chile quiere sumarse lealmente”. (...)

II. El Ejército frente a los criterios empleados (p.p 7,8 y 9 ;nos referiremos de forma específica a aquellos puntos que hagan referencia a los acontecimientos objeto del presente trabajo) “ Los caminos seguidos por la Comisión para alcanzar los objetivos que se le encomendaron y el informe evacuado por ella como culminación de su trabajo, merecen al Ejército las siguientes consideraciones:

d) *Contradicción global*: El propio informe reconoce el breve tiempo de que disponía la Comisión, el extenso período motivo de análisis y las circunstancias

en que los hechos se habrían dado, constituyeron dificultades insuperables para llegar a conclusiones en conciencia respecto de determinadas denuncias. Sin embargo, resulta sorprendente que tales obstáculos no hayan existido para arribar a las demás conclusiones que se consignan en el informe, la contradicción es evidente.

a) *Uso legítimo de la fuerza.*

“El informe reconoce el uso legítimo de la fuerza.

El pronunciamiento militar significó el ejercicio de la instancia suprema de solución cuando la vía política consensual estuvo agotada. Por su naturaleza, el uso de la fuerza legítima puede afectar la vida de las personas o su integridad física.”

g) *Estado de Guerra*

La Unidad Popular, en su proyecto ideológico, concibió la transformación de la sociedad chilena en una sociedad comunista. La experiencia histórica enseña que ella solo puede alcanzarse bajo un régimen totalitario.

Consientes de que su aplicación no sería tolerada por la gran mayoría de los chilenos ni por sus Fuerzas Armadas, la Unidad Popular consideró a la guerra civil como el recurso para alcanzar el poder total, una vez agotados los mecanismos electorales, como lo prueban sus iniciativas desmentidas de montar un Ejército paralelo y clandestino, con colaboración cubana.

Consecuentemente con lo anterior, a partir del momento en que accedió al Poder, la Unidad Popular impulsó decididamente la creación de grupos armados formados por millares de extremistas, a quienes se proporciono instrucción guerrillera y se dotó de armamento pesado, internado clandestinamente al territorio nacional.

Se amenazaba diariamente, de hecho y de palabra a una civilidad casi inerme y cada vez más angustiada por este cuadro de guerra civil, hecho particularmente denunciado en forma mayoritaria por las mujeres de nuestra Patria.

El informe elude toda referencia a la “vía armada” como método de acción política, a través del inadmisibles expediente de igualar lo que el ex Presidente de la República, don Eduardo Frei Montalva, calificó acertadamente como “un verdadero Ejército paralelo” impulsado por la Unidad Popular, con grupos de civiles de signo opuesto que procuraron organizarse para enfrentarlo.

La Comisión tampoco alude a la importante circunstancia de que la Unidad Popular fomentó sistemáticamente el odio entre compatriotas. Su propósito revolucionario requería que los diferentes sectores de chilenos se consideraran entre sí como enemigos irreconciliables, aunque fuesen vecinos de residencia, aunque labores en la misma empresa o faena e, incluso aunque fuesen jóvenes que estudiaban en el mismo liceo, colegio o universidad.

Como último paso para consumir un golpe totalitario en condiciones de posible éxito, la Unidad Popular intentó infiltrar y dividir a las Fuerzas Armadas y Carabineros, generando al interior de ellas una tensión extrema para sus mandos e integrantes.

Es decir, la Unidad Popular había creado la fuerza y desarrollado el escenario para llevar a la fase de ejecución los planes que le permitirían materializar la guerra civil, la que, dadas las características, no sería jamás declarada oficialmente ni cuya existencia se reconocería explícitamente.

La acción de las Fuerzas Armadas hizo fracasar este intento.

Solo por eso, la guerra civil revolucionaria pudo conjugarse con su fase

larvada, sin que ella estallara en todas sus dimensiones. Pero persistió la guerra subversiva. Hoy, para algunos observadores ligeros y desinformados de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan casi indefenso.(...)

Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras esos grupos no fueran militarmente anulados.

Pero el informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los Derechos Humanos.

Desde el punto de vista de cualquier institución armada sería, cuando se enfrenta una situación de guerra, sólo cabe como propósito la victoria total.

h) Criterio selectivo de la Verdad

(...) Se afirmó que solo hubo violaciones a los Derechos Humanos en el período comprendido entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 11 de Marzo de 1990, lapso que precisamente coincide con la gestión del Gobierno Militar.(...)

El Ejército no acepta la tesis anterior, ni menos que se haya excluido como objetos de la investigación las múltiples y flagrantes violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante los años precedentes al 11 de Septiembre de 1973, sin que hubiera existido una amenaza subversiva de la magnitud a la que enfrentó el Gobierno Militar.

Cabe recordar, por ejemplo, y sin perjuicio de otras situaciones, el trascendental acuerdo de la Cámara de Diputados, de 22 de agosto de 1973, que señaló expresamente los Derechos Humanos que el régimen Marxista violó en forma masiva y sistemática.

III. El Ejército frente a aspectos específicos (p.p 11 y 12)

e) Legalidad del Estado de Guerra:

La institución estima imprescindible que se tenga en cuenta la vigencia del Estado de Guerra, declarado según el Decreto de Ley N°5, no solo por haber definido profesional y competentemente su presencia a partir del 11 de Septiembre de 1973, tal como se señaló con anterioridad, sino que amparado en que los Tribunales ordinarios no cuestionaron la constitucionalidad del mencionado instrumento legal, según lo señala el propio informe.

r) En cuanto a la reflexión final de la Comisión.

En esta última parte del Informe se pretende unir sus contenidos con los antecedentes señalados en el exordio, dando los mismos argumentos en él expresados un tono de dramatismo y emocionalidad.

Esos argumentos dan por establecida una verdad definitiva respecto a supuestas violaciones a los derechos humanos en el período 11 de septiembre de 1973- 11 de marzo de 1990, la que serviría de base para que quienes se sientan afectados por ellas puedan fundamentar sus demandas de justicia y reparación, como también establece que las posibles justificaciones no pueden emplear como argumentos los hechos ocurridos en anterioridad el inicio del período motivo de investigación.

El Ejército rechaza categóricamente esta pretensión, que desliga la interpretación de los hechos investigados de la realidad histórica que les dio

origen.

IV. Declaración final

4) De una manera muy especial, el Ejército rechaza la conclusión de la referida Comisión en el sentido de que no hubo en el país un estado de guerra. Esa afirmación constituye una ofensa para los caídos de sus filas en esas guerras.

Con todo, ella sirve al mismo tiempo para testimoniar como el intento de la citada Comisión de exponer al Ejército a una especie de proceso público contradice las evidencias históricas acerca del contexto en que le correspondió actuar.

Al efecto, es del caso citar el testimonio del actual Presidente de la República, Excelentísimo Señor Patricio Aylwin Azócar quien, el 19 de octubre de 1973, declaró textualmente, en el Diario “La Prensa” de esa fecha:

“ La verdad es que sin la acción de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Carabineros no vino a ser sino una medida preventiva que se anticipó a un autogolpe de Estado que, con la ayuda de las milicias armadas con enorme poder militar de que disponía el Gobierno y con la colaboración de no menos de 10.000 extranjeros que había en este país, pretendían o habrían consumado una dictadura comunista”.

La Armada: Del mismo modo que en el caso del Ejército, me referiré a los puntos relacionados directamente con esta memoria.

I. Marco Histórico considerado en el Informe (p.p 19, 20 y 21) (49)

(...) La excepcionalidad de los graves acontecimientos que se sucedieron en el período 1970-1973 sólo puede ser comprendida a través del examen de los hechos más relevantes entonces ocurridos. Este análisis es forzoso para

(49).- Respuesta de La Armada al Informe Rettig; Almirante Jorge Martínez Busch; Santiago, 27 de Marzo de 1991, p.p 19-21; (Centro de Estudios “ Miguel Enríquez).

cualquier estudio objetivo que desee efectuarse al respecto de los sucedido en los años posteriores a esa época. Tal constatación resulta más que justificada aún si se tiene presente que el tiempo transcurrido desde 1970 hasta que se produjo el pronunciamiento militar se encuentra cubierto de múltiples testimonios oficiales – y hoy indubitados- provenientes de las mismas autoridades que se vieron sobrepasadas y afectadas en su actuar.

Entre tales testimonios cabe señalar, y sólo por la vía del ejemplo:

a) El acuerdo de la Corte Suprema enviado al Presidente de la república el 13 de Julio de 1972, protestando por la realización de una reunión pública con el amparo de la autoridad del gobierno y que estuvo destinada a denostar e insultar al Poder Judicial.

b) Declaración oficial del Contralor General de la República de abril de 1973, ante campaña realizada en su contra por la prensa de tendencia gobernista.

c) El oficio del Presidente de la Corte Suprema al Presidente de la República de 25 de Junio de 1973, reiterándole una situación que se venía produciendo desde largo tiempo, relativa al incumplimiento de las resoluciones judiciales, en el cual se expresa en síntesis el impedimento que ha tenido el Poder Judicial para hacer cumplir sus resoluciones, debido a la actuación irregular de la autoridad administrativa y del gobierno.

d) La Declaración del Comité permanente del Episcopado de Chile de 16 de julio de 1973, bajo el epígrafe de “ La paz de Chile tiene un precio”, en cuyos párrafos 1 y 2, y en lo pertinente, expresa: “1. (...) hablamos en nuestra condición de obispos de la Iglesia Católica, porque creemos tener una obligación especial de hacer un llamado extremo para evitar una lucha armada entre chilenos (...) y tratar de impedir que se pisotee la sangre de Cristo en una

guerra fratricida”. 2. Todos los chilenos estamos preocupados por las insistentes noticias de que se están armando las poblaciones civiles y que existe peligro de una guerra civil (...).”

e) La declaración pública del Colegio de abogados del 8 de agosto de 1973, en la que, por unanimidad de sus integrantes, se llama a la opinión pública y a sus miembros a cumplir con el deber de conciencia “ de movilizarse a los más amplios sectores ciudadanos frente al quebrantamiento del Estado de Derecho y del ordenamiento institucional”.

f) El acuerdo de la Cámara de Diputados del 23 de agosto de 1973, en el que se denuncia, en su considerando sexto, la permanente y sistemática violación de la Constitución y la ley y “la creación de poderes paralelos ilegítimos, que constituyen gravísimo peligro para la nación”. En su considerando duodécimo, establece que en esta quiebra el Estado de Derecho “ tiene especial gravedad la formación y desarrollo, bajo el amparo del gobierno, de sus grupos armados, que, además de atentar contra la seguridad de las personas y sus derechos y contra la paz interna de la nación, están destinados a enfrentarse contra las Fuerzas Armadas”.

(...) Así acontece respecto del acuerdo de la Cámara de Diputados ya citado, en el que esa rama del Congreso representa el grave quebrantamiento del orden constitucional y legal del país al Presidente de la República y las demás autoridades que allí señalan, con el fin de encauzar la acción gubernativa por las vías de derecho y asegurar el orden institucional de la patria.

(...)(considerando duodécimo) “ Que en la quiebra del Estado de Derecho tiene especial gravedad la formación y desarrollo, bajo el amparo del gobierno, de grupos armados que, además de atentar contra la seguridad de las personas y

sus derechos y contra la paz interna de la nación, están destinados a enfrentarse contra las Fuerzas Armadas; como también tiene especial gravedad el que se impida al Cuerpo de Carabineros ejercer sus importantísimas funciones frente a las asonadas delictuosas perpetradas por grupos violentistas afectos al gobierno. No pueden silenciarse, por su alta gravedad, los públicos y notorios intentos de utilizar a las Fuerzas Armadas y al Cuerpo de Carabineros con fines partidistas, quebrantar su jerarquía institucional e infiltrar políticamente sus cuadros”.

Fuerza Aérea: (p.p 25 párrafo 4) (50)

2. El informe de la comisión no puede ser analizado y comprendido sin referirse a la grave crisis política, social y económica que sufría el país al 11 de septiembre de 1973, situación que está certeramente descrita en el capítulo I “Marco Político”, en especial cuando expresa: “ el globo de los factores que hemos descrito en anteriores y posteriores a 1970, condujo hacia 1973 a un clima objetivamente propicio a la guerra civil... “Ellos o nosotros”. “ Matar o morir”. Fueron entonces frases comunes, que denotaban sentimientos profundos que no podían servir a ninguna convivencia pacífica y, al revés, preparaban el terreno para el temor que engendraba el odio que conduce a la brutalidad y la muerte. Estos frutos ya se estaban recogiendo al acercarse el 11 de septiembre de 1973, y cada nuevo atentado con explosivos, asesinato político o enfrentamiento de igual carácter, o de índole social, resultante en muertos o heridos, surtía un doble efecto, exacerbar todavía más el clima de

(50).- Respuesta de la Fuerza Aérea al Informe Rettig; Comandante en Jefe de la FACH, Fernando Matthei; Santiago, 04 de Marzo de 1991, p.p 25. (Centro de Estudios Miguel Enríquez)

guerra civil y banalizar la violencia y la muerte. Ello rompía los diques morales de la sociedad y pavimentaba el camino a nuevos y mayores excesos”.

Carabineros: (p.p 27-30; párrafo 4) (51)

Dada la imposibilidad real de establecer una verdad absoluta en relación a las presuntas violaciones a los derechos humanos registradas en Chile en 1973 y 1990, debemos entender que el trabajo de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación estuvo orientado a proponer al país un proyecto de versión sobre tales sucesos y que, como carece de valor legal, de ningún modo obliga a su total y completa aceptación.

En momentos en que ni siquiera la ciencia esta en condiciones de proclamar objetividad en sus investigaciones, resulta utópico atribuir tales características al estudio de acontecimientos no solo contemporáneos, sino también de consecuencias actuales.

En ese orden de ideas, resulta poco objetivo, sesgado y difícil de aceptar que grupos violentistas y personas que cometieron reiteradas violaciones a los derechos fundamentales, que propiciaron en forma abierta la lucha armada en Chile, que alentaron la guerra de guerrillas, y que pretendieron introducir en nuestro país el mayor cargamento de armas que se tenga noticias en América Latina, aparezcan hoy como víctimas inocentes de una represión que es presentada como inmisericorde y brutal. Es igualmente injusto observar que a las Instituciones que, rompiendo todas sus tradiciones históricas debieron enfrentar aquel clima de violencia, el patriótico afán de evitar un mal mayor, se pretenda presentarlas, por determinados sectores, como únicos y principales responsables de lo ocurrido.

(51).- Respuesta de Carabineros al Informe Rettig; Carabineros de Chile; Santiago, Marzo de 1991; p.p 27-30. (Centro de Estudios Miguel Enríquez)

a)(pág 29, Inc 3) Los hechos anteriores al 11 de septiembre de 1973, como lo señala el propio informe, presentan las características de condición necesaria, de causa directa de los graves acontecimientos ocurridos a partir de 1970.

En ese clima, “ objetivamente propicio a la guerra civil” (página 47 del Informe), se insertan ,por ejemplo:

- Las violentas ocupaciones ilegales, de industrias, de predios urbanos y rurales.
- Los llamados cordones industriales y las hordas que asolaban y amedrentaban calles y caminos, armadas de linchacos, cadenas, bombas Molotov, provocando y atacando sistemáticamente a la fuerza pública.
- El asesinato de un carabinero mediante un disparo con arma de fuego efectuado desde una sede política.
- La Escuela Nacional Unificada (ENU)
- Las declaraciones de ilegitimidad del gobierno, emanadas desde el Senado, Cámara de Diputados , Contraloría General de la República.
- La presencia de más de 10 mil activistas, cubanos y otros extranjeros armados.
- Las agresiones reiteradas a la fuerza pública, que culmina con la fotografía de un carabinero que tratar de defenderse de ser golpeado por un extremista, transformándose esa imagen en un documento que graficaba el caos imperante.
- Las marchas y colas por falta de alimentos.
- Las declaraciones que “ la vía armada” era la única alternativa del poder.
- Lamentablemente, a toda esta primera parte del informe no se le ha

dado suficiente difusión, ni se ha apreciado en toda su magnitud su trascendencia histórica.

Es necesario destacar, de acuerdo a la información proporcionada, hubo una mayoría de muertos que eran militantes activos del Partido Comunista, Partido Socialista y Movimiento de Izquierda Revolucionaria, grupos que actuaron repetidamente en acciones violentistas.

Tampoco es adecuado omitir las violaciones a los derechos humanos ocurridas entre Marzo de 1990 e igual mes de 1991, período en que, indudablemente, la mayor cantidad de víctimas corresponde a personal de Carabineros de Chile, por grupos terroristas de izquierda perfectamente identificables, cuyo accionar se remonta a la década del '80.

Esas acciones de guerrilla desatadas en Chile por estos grupos de la izquierda marxista mantuvieron durante el gobierno militar y aún, actualmente, la proclaman y actúan en consecuencia. Jamás se ha escuchado que estos criminales pidan perdón cuando asesinan a un carabinero.

Carabineros de Chile rechaza tajantemente cualquier insinuación que, partiendo de un hecho aislado atribuido a uno de sus funcionarios, se pretenda involucrar a toda la Institución.

b) (pág 30; De las consecuencias del Informe, párrafos 1, 2 y 3)

Sin dejar de considerar los planteamientos formulados, es del caso precisar algunas consecuencias que se visualizan.

En una perspectiva general no se puede obviar el mencionar que el informe pretende establecer “ la verdad”, y bajo tal condición ha sido divulgado nacional e internacionalmente, provocando grave daño a las instituciones afectadas.

Es grave que medios de comunicación social, invocando como fuentes a la

propia Comisión nacional de Verdad y Reconciliación, estén publicitando nombres de personas vinculadas a organismos de seguridad, desconociendo toda la legalidad vigente, y sin juicio legal previo, se le presente como “asesinos” o responsables de violaciones a los derechos humanos.

CAPITULO V

Jurisprudencia de los Tribunales Chilenos

En este capítulo abordaremos las posiciones a favor y en contra respecto de la aplicación, principalmente, del Derecho Internacional Humanitario, es decir, de los Convenios de Ginebra, la Prescripción (prescripción gradual), la Amnistía (Decreto Ley 2.191 de 1978), la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, a los hechos de violencia ocurridos en Chile entre los años 1973 y 1989.

Es de gran complejidad tratar de forma aislada la aplicación de cada una de estas instituciones, pues se entremezclan y complementan en mucho de los fallos analizados, es por esto que intentaremos abordar cada uno de los temas de una forma global aceptando que una u otra postura se superpone o confunde con la otra en diversas situaciones. Se tomara la opinión de diferentes especialistas en el tema, tales como Karinna Fernández, Prietro Sferranza, María Inés Horwitz, etc. (52)

Aplicación o no aplicación del Derecho Internacional Humanitario o de los Convenios de Ginebra.

Nuestros Tribunales de Justicia en reiteradas oportunidades optaron por la no aplicación de los Convenios de Ginebra; *“ el pronunciamiento de fecha 24 de agosto de 1990, donde la Corte Suprema ,pronunciándose sobre un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en contra del Decreto Ley*

(52).- Anuario de Derechos Humanos, N°5, Julio de 2009, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. “ La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos”, Karinna Fernández Neira y Prietro Sferranza Taibi. / Anuario de Derechos Humanos N°2, Junio de 2006, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, “ Amnistía y Precipción en causas sobre violaciones de derechos humanos en Chile.”

2.191, negó toda posibilidad de dar aplicación a los convenios. En este caso en particular, el recurso buscaba dejar sin aplicación el artículo primero del decreto ley en razón de que éste vulneraría distintas disposiciones constitucionales (artículos 5, 19 N° 1, 2, 7, 23 y 24 de la Constitución). Se trataba de la detención y secuestro agravado de setenta personas, hechos ocurridos entre septiembre de 1973 y el año 1977. Este pronunciamiento tiene importancia por asentar una interpretación mantenida durante mucho tiempo por nuestros tribunales.

La Corte en definitiva rechazó el recurso de inaplicabilidad, a pesar de reconocer que los Convenios de Ginebra se encontraban comprendidos en el artículo 5 de la Carta Fundamental.

El considerando N° 26 de la sentencia expresa que “ de acuerdo con sus textos, tales Convenios de Ginebra se refieren a medidas de mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, sobre tratamiento de prisioneros de Guerra y Protección de los Civiles en tiempo de guerra. Ahora, de conformidad a los que disponen los artículos 2° y 3° que son comunes a los convenios promulgados, resulta de manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados que surjan dentro del territorio de alguna de las Altas Partes Contratantes y dejan en evidencia sus disposiciones en que esta última situación debe tratarse de un efectivo conflicto bélico o guerra interna, entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligarán sus disposiciones.

Lo recién expresado – dice la Corte- es suficiente para concluir que la normativa de esos Convenios, en cuanto obliga a las Partes Contratantes a

sancionar a los responsables de las graves infracciones que contemplan, no encuentran aplicación a los hechos delictuosos investigados en la causa que incide el recurso en estudio, por cuanto si bien están comprendidos dentro del período de la situación de Estado de Sitio que cubre la amnistía, no aparecer que sean la consecuencia o hayan resultado de un estado de conflicto armado interno, de las características reseñadas precedentemente, concluyendo que las disposiciones de los mencionados Convenios de Ginebra, no pueden resultar afectadas por el precepto legal que concedió la amnistía de 1978.

A raíz de este fallo la Corte Suprema, declaro constitucional el Decreto Ley de 1978 sobre Amnistía (...)

Otro caso es el de la sentencia de primera instancia , de la causa Rol N° 63.257 del Juzgado de letras de Angol, contra Joaquín Rivera González, por los secuestros calificados de Ricardo Rioseco Montoya (22 años) y Luis Cotal Álvarez (15 años), señala que las víctimas fueron detenidas ilegalmente durante la madrugada del 5 de Octubre de 1973, “ siendo imposible extender el período de tal anormal situación más allá del día siguiente, toda vez que esta probado en autos que fueron fusilados horas después de su ilegal detención” (considerando 6º). Seguidamente , el fallo hace mención a todos los antecedentes probatorios que acreditan la fecha de la muerte de ambas víctimas, para luego abocarse al tema de la aplicabilidad de la prescripción. La sentencia acoge la alegación de la prescripción de la acción penal invocada por la defensa. Afirma que el “daño grave a las personas” , a que alude el artículo 141 del Código Penal , ocurrió el día 6 de octubre de 1973, fecha desde la cual se inició el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal del delito de secuestro calificado, transcurriendo “con creces (el plazo), sin que

haya operado la interrupción o suspensión del mismo”.

Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de Temuco ratifica la participación del sentenciado de secuestro calificado a homicidio calificado (su participación “ se redujo al fusilamiento y la muerte de las víctimas...”). En síntesis, expresa que, “ de hecho y de derecho, el país estaba en estado de guerra en mérito de lo previsto en el Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, estado que se mantuvo hasta el 11 de marzo de 1974, constituyéndose tribunales en tiempos de guerra”. Añade que en dicho período regía la Constitución de 1925. El considerando 5º estima aplicables al caso de los Convenios de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario internacional, promulgados por Decreto N° 752, de 1951, y vigentes al tiempo de comisión de los delitos enjuiciados, por existir un estado de guerra interno, todo ello al tenor de los artículos 3, 146 y 147 de la Convención sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra. El fallo expresa que la vigencia de los Convenios de Ginebra impiden al Estado Parte que incurre en infracciones graves al Convenio autoexonerarse de responsabilidad, y ello alcanzaría a las causales de extinción de responsabilidad penal previstas en la ley interna, como la amnistía y la prescripción. Añade que las cláusulas de un tratado, debidamente incorporadas a la legislación interna, prevalecen como “ley especial” respecto de las leyes comunes internas. También alude a los artículos 5 N° 1 y 15 N°2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento que impondría la obligación a los Estados Parte, de juzgar y condenar a los responsables de actos u omisiones que, en el momento de cometerse, “ fueron delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” , y entre tales principios estaría el de sancionar los

crímenes de guerra y contra la humanidad, los que serían, además imprescriptibles. En el considerando 7º, la sentencia declara que, “ según la norma internacional ya citada, los delitos de homicidio son imprescriptibles e inamistiabiles, porque constituyen delitos que afectan los derechos humanos configurando delitos de lesa humanidad que no permiten ni son afectados por la prescripción ni la amnistía”. La sentencia condena a Joaquín Rivera González como autor de los delitos reiterados de homicidio calificado en contra de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Álvarez.

Con fecha de 4 de agosto de 2005, la Corte Suprema, pronunciándose en el recurso de casación en la forma y fondo interpuesto por el condenado, anula la sentencia definitiva de segunda instancia y dicta una de reemplazo. En síntesis, los argumentos del voto de mayoría se pronuncian sobre los siguientes temas:

- a) Inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949 al caso de autos, por no concurrir el presupuesto de su artículo 3º común, a saber, la existencia, a la época de los hechos, de un conflicto armado sin carácter internacional. Para ello recurre a la interpretación histórica y doctrinaria de dicho precepto, al II Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1948 y al Estatuto de Roma, que servirían – a su juicio- para ratificar la interpretación de que dicho artículo 3º común no es aplicable a la especie. (considerando 6º),*
- b) Improcedencia de interpretar que Chile se encontraba en estado de guerra interna a la época de comisión de los hechos en virtud de las disposiciones del D.L Nº5, de 1973, publicado*

en el Diario Oficial el 12 de septiembre de 1973, pues dicho cuerpo legal “ **se dicto (solo) para los efectos de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para los efectos de dicha legislación**”. Reitera que no se dieron los presupuestos fácticos que permiten sostener que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” (considerandos 7º y 8º).

- c) *Inexistencia de prohibición alguna, en los Convenios de Ginebra, de autoexoneración de responsabilidad penal a través de causales de extinción de responsabilidad penal, pues el art. 148 del Convenio IV de Ginebra ha sido interpretado – afirma la Corte- en el sentido que el Estado infractor siempre será responsable de compensar económicamente los daños producidos, aunque no se castigue efectivamente al responsable de la infracción (considerando 9º).*
- d) *Inaplicabilidad del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, porque a la fecha de comisión de los hechos investigados aquel no se encontraba aún vigente en Chile (considerando 10º).*
- e) *Ausencia de fundamentación de la alegación de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad efectuada por la sentencia, pues se omite señalar “donde y como constan los principios generales de*

derecho reconocidos por la comunidad internacional con anterioridad al 5 de octubre de 1973, que impiden aplicar las normas generales de prescripción de la acción penal a tales ilícitos (considerando 11º).

f) Inaplicabilidad de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y del Estatuto de Roma en la Corte Penal Internacional, pues ninguna de dichas convenciones se encuentran vigentes en Chile (considerando 12º).

Mencionando los votos de minoría, que estaban por rechazar el recurso de casación interpuesto por el condenado; votos de los Ministros Sres. Cury y Segura;

a) Aplicabilidad del artículo 3º común de los Convenios de Ginebra al hecho investigado, pues existía “jurídicamente” en Chile un estado de guerra interno con ocasión de encontrarse vigente el Decreto Ley N°5, de 12 de septiembre de 1973, el que declaró que el estado de sitio impuesto por conmoción interna, según el Decreto Ley N°2 del día anterior, debía entenderse como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

b) Improcedencia de la alegación de que no existía un genuino estado de guerra interna en el país a la época de ocurrencia de los hechos para hacer inaplicables los Convenios de Ginebra, pues se valieron de las ventajas que les concedía la referida declaración para facilitar la lucha

en contra de los que se oponían al gobierno de facto, “hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber quebrantado la normativa que regula los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso”.

- c) Existencia, en los Convenios de Ginebra, de una prohibición de autoexoneración por los crímenes de guerra cometidos, prohibición que no solo se refiere a las consecuencias civiles de la infracción sino también a las sanciones penales contempladas para ellas, las que resultan necesarias por razones preventivo generales.*
- d) La prohibición de autoexoneración no sólo abarca los supuestos más obvios de amnistía autoconcedidas, sino que implican también “ una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamadas a servir, pero no en situaciones de quebrantamiento de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron esa infracción.*

Al mismo tiempo se hará un análisis jurisprudencial por separado (25), de la Aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a la época de los hechos en cuanto a si en nuestro país existía o no un estado de guerra interna, de la procedencia de la Amnistía basada en el Decreto Ley N° 2.191 de 1978 y finalmente de la prescripción de la acción penal; en éste se señala:

a) Aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, lo que significa que en Chile existía un estado de guerra; “ *Nos parece que el voto de minoría del fallo del alto tribunal destaca el aspecto esencial de la cuestión relativa a la alegación de la existencia o no existencia de un estado de guerra interno en Chile. En efecto, si existió un cuerpo legal que declaró ficticiamente la existencia de un estado de guerra interno para los efectos de poder hacer funcionar los Consejo de Guerra, y aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para los imputados de graves delitos, así como las penas de tiempo de guerra contenidas en el Código de Justicia Militar y demás leyes penales, “ y para todos los efectos de dicha legislación”, parece inadmisibile la alegación de que no existió efectivamente dicha realidad para hacer aplicable la legislación protectora internacional prevista justamente para amparar a las potenciales víctimas de abusos y violaciones en sus derechos en tal supuesto, que fue justamente lo que ocurrió. Si dicha ficción jurídica fue utilizada para facilitar la represión de quienes fueron considerados enemigos del régimen militar, no cabe admitir hoy la alegación de los victimarios que obraron al amparo de dicha legislación que tal estado de cosas en realidad no existió. En este sentido , debe recordarse que, impetrada en diversas ocasiones, la actuación de la Corte Suprema a través de la interposición de recursos de queja en contra de los tribunales militares en tiempos de guerra, el máximo tribunal del país declaró repetidamente que carecía de poder jurisdiccional para revisar los fallos de los Consejo de Guerra argumentando que dichos tribunales estaban bajo la jurisdicción militar, “ cuyo ejercicio pleno corresponde al*

General en Jefe del Ejército o en quien éste delegue estas atribuciones, y en uso de ellas esta facultado privativamente para aprobar, revocar o modificar las sentencias de aquellos tribunales en el territorio declarado en estado de guerra (C.S.C, Rol Nº 7633-74, de 21 de agosto de 1974).

Por consiguiente, la declaración de que Chile se encontraba en estado de guerra hizo aplicable el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra de 12 de octubre de 1949, referido a los casos de conflictos armados sin carácter internacional que pudieren ocurrir en el territorio de un Estado Parte. (...) Una primera lectura del artículo 3º común de los cuatro Convenios de Ginebra, y especialmente del Protocolo II, adicional a dichos convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional pareciera concluir que en el nivel estatutario del derecho de Ginebra, las infracciones a dicho precepto convencional no serían “ infracciones graves” en el sentido específico de los cuatro convenios. Por consiguiente , no existiría a su respecto un mandato de punición para los Estados Partes ni tampoco la prohibición de exoneración de responsabilidad que sólo cabe respecto de las infracciones graves. No obstante la tendencia doctrinaria y jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos es a equiparar el tratamiento del conflicto interno al paradigma del conflicto bélico de carácter internacional, reconduciéndolo a un mismo esquema normativo de atribución de responsabilidades del Estado por la infracción de las normas que regulan los conflictos armados.

- b) Aplicación de la Amnistía: “ (...) no cabe duda que el DL Nº 2.191, de 1978, tiene el carácter de una (auto) amnistía, esto es, puede ser

claramente identificada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues ella se dictó con posterioridad a ellos, con el evidente propósito de procurar su impunidad.

Existe cierto consenso en la doctrina que ha abordado que el derecho internacional no establece una prohibición absoluta de las amnistías. Así, se distingue entre la “autoamnistía”, que son “expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos” y la amnistía (heterónoma) “que resulta de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados”. Pero aún en este caso, como la amnistía importa solo la extinción de la responsabilidad penal, no borra el delito ni la culpabilidad del sujeto, esto es, no implica la negación de responsabilidad. Es más, para que se produjeran los efectos pacificadores de la misma cabría exigir, en determinados casos, la atribución expresa de responsabilidad en el proceso penal.

Por consiguiente, la amnistía que resulta inadmisibles es la autoamnistía, esto es, la autoexoneración de quienes, detentando el poder durante y después de los hechos, garantizan de este modo su impunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 14 de marzo de 2001 recaída en el caso “Barrios Altos”, contra el Estado peruano, sostuvo que “las leyes de autoamnistía conducen a la

indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculizan la investigación y el acceso a la justicia e impiden a las víctimas y sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.

Luego de una larga tendencia de los Tribunales de Justicia chilenos en cuanto a la no aplicación de los Convenios de Ginebra, el 30 de septiembre de 1994 la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa sobre secuestros y tortura de Bárbara Uribe y Edwin Van Jurick ocurridos en Julio de 1974, da un completo giro a dicha tendencia:

“ En esta sentencia , la Corte da aplicación a los Convenios de Ginebra , señalando en su considerando quinto: c) Que, entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de septiembre de 1974 rigió el Estado de Sitio, ello significa que hubo conmoción interior provocadas por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas que operaban en forma abierta o clandestina y durante todo el período rigieron los tribunales, los procedimientos y las penalidades de tiempo de guerra, como asimismo, había una acción militar al mando de un jefe especialmente nombrado al efecto, con atribuciones para dictar bandos.

d) Que, la Corte Suprema de Justicia, en el caso Chanfreau, concluyó que durante 1974 en Chile hubo una situación de guerra.

e) Que en tal realidad, son plenamente aplicables los convenios de Ginebra de protección de los derechos humanos de las fuerzas enemigas organizadas y de la población civil afectada y se sancionen los crímenes de guerra, los cuales

constituyen una forma de abuso de la fuerza producida dentro de una situación material creada por un conflicto armado, pudiendo ser éste interno o internacional”.

Además de lo anterior, en este caso la Corte de Apelaciones de Santiago, reconoce la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la legislación interna diciendo: e) Que para la doctrina nacional los Tratados o Convenios Internacionales están ubicados necesariamente en una jerarquía superior a la ley, en la medida que el Estado al incorporar el tratado a su ordenamiento interno, de acuerdo, al procedimiento previsto por la Carta Fundamental, quiere que sus órganos cumplan los tratados mientras no exista voluntad de denunciarlos; que, en tal sentido, se expresaron en la Comisión de Estudios de la Constitución en su sesión el 20 de Junio de 1974, los comisionados Alejandro Silva Bascuñán y Jaime Guzmán Errázuriz, sin que la comisión llegara a establecer una norma expresa que determinara la jerarquía de los tratados en la Constitución” (considerando sexto, letra e)

No obstante todo lo anterior, este fallo fue revocado por la Corte Suprema en Agosto de 1998.

Otro caso que sigue esta tendencia, es el que se dio en la Segunda Sala de la Corte Suprema con fecha de 9 de septiembre de 1998 “ *pronunciándose sobre un recurso de casación en el fondo interpuesto en el marco del caso del detenido desaparecido Pedro Poblete Córdova, declaró la supremacía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por sobre la Ley interna.*

La Corte Suprema revirtió en su pronunciamiento las interpretaciones del tribunal de primera instancia y de la Corte Marcial. Ésta última abogó por la inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra, señalando que la magnitud del

conflicto vivido en Chile a la época en que se sucedieron los hechos investigados, no son de la dimensión requerida por los mencionados convenios. En lo tocante a este último punto la Corte Suprema indicó en sus considerandos noveno y décimo: 9º Que, el siguiente punto a considerar , ha de tenerse presente que luego del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas destituyeron al gobierno y asumieron el poder, el que expresaron comprendía el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo; se dictó así por la Junta de Gobierno, a la sazón el 12 de septiembre de 1973 el Decreto Ley Nº5 , en que su artículo 1º declaró interpretado el artículo 148 del Código de Justicia Militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmoción interna (situación que regía al 19 de julio de 1974), debía entenderse como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación. Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial de 17 al 20 de abril de 1951, que en su artículo 3º (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros:

- a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y*
- b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores*

para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obliga a los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimientos y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio adrede, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

10º Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido “ Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la

Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos.”

“ En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados; de lo que se colige que el Derecho Interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos.”

2) Aplicación de o NO aplicación la Prescripción (prescripción gradual) y la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa humanidad y Crímenes de Guerra ⁽⁵³⁾

Siguiendo con el análisis del caso mencionado en el tema anterior se señala que *“la institución aplicada por la Corte Suprema fue la prescripción de la acción penal, modo de extinguir la responsabilidad criminal contemplada en el N°6 del artículo 93 del Código Penal y existente en el ordenamiento jurídico chileno con mucha anterioridad a los hechos enjuiciados en este proceso. En tal sentido, existe una diferencia fundamental con la amnistía establecida por el*

(53).- Anuario de Derechos Humanos, N°5, Julio de 2009, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. “ La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos”, Karinna Fernández Neira y Prieto Sferranza Taibi. / Anuario de Derechos Humanos N°2, Junio de 2006, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, “ Amnistía y Precipción en causas sobre violaciones de derechos humanos en Chile.”

Decreto Ley 2.191, de 1978, pues se aplicó una circunstancia eximente de responsabilidad criminal que no fue afectada en su regulación, ni antes ni tras el 11 de septiembre de 1973, pues no se modificaron los plazos de prescripción y nuestra legislación no ha conocido, hasta la fecha, los delitos imprescriptibles. El fundamento común del instituto de la prescripción, ya se trate de la acción de la pena, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, tanto desde la perspectiva de la sociedad (prevención general) como del culpable (prevención general). En su base operan, pues, consideraciones de racionalidad conforme a fines, de decir, de falta de necesidad prospectiva de la pena.

La excepción a esta regla esta configurada por aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. Más aún, cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder (paradigmáticamente, la estructura estatal) , sus autores actúan contando con la impunidad de tales ilícitos, la que se expresa, en el caso de la prescripción, como omisión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron los delitos. Este es el fundamento de justicia política de las disposiciones convencionales en el ámbito internacional que establecen la imprescriptibilidad de ciertos crímenes gravísimos, normas que , sin embargo, no se encuentran vigentes en el ordenamiento chileno.

Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de tales delitos se asienta en una norma de ius cogens, que “ importa el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público de origen consuetudinario” y que “

de esta manera no se fuerza la prohibición de la irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, ya que tenía vigencia al tiempo de la comisión de los hechos”. Ello ocurriría cuando , no existiendo una norma de derecho positivo que consagre la imprescriptibilidad de los hechos que a su comisión, se dicte con posterioridad una regla interna que sí la establezca.

En este punto se hace importante mencionar el artículo del profesor Mario Arnello⁽⁵⁴⁾, en cuanto a la consideración de una norma considerada de *Ius Cogens*, al respecto señala: “ *El Ius Cogens en el Derecho Internacional es cuestión complicada , discutida y difícil de precisar fuera del ámbito de los tratados. La Convención de Viena (Art 53) fija que una norma imperativa de Derecho Internacional exige ser aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto, como una norma que no admite acuerdo en contrario; y su efecto preciso es la nulidad de todo tratado que este en oposición a ella. Y nada más existe sobre su efecto.*

La doctrina creacionista extiende esa categoría y su efecto, más allá de toda norma jurídica. Otra más prudente, reconoce solo los principios fundamentales que fija la Carta de las Naciones Unidas, cuyo Art 103 hace prevalecer las disposiciones de la Carta sobre las de otros tratado, en caso de conflicto entre ellas. Pero prevalece, no impone la nulidad. Una tercera enfatiza que la razón de ser del Ius Cogens , su fin y efecto, es la anulación de todo tratado, o acuerdo entre Estados que esté en oposición a una norma de este carácter excepcional.

(54).- Mitos, ideologías e inconsistencias jurídicas, Diario el Mercurio, Santiago, 20 de Agosto de 2012; Mario Arnello Romo.

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

En este contexto se plantea la regla de la imprescriptibilidad desde la perspectiva del principio de legalidad en materia penal.

Las objeciones que pudieran plantearse a esta solución interpretativa del problema desde la perspectiva del principio de legalidad pueden resolverse entendiendo que esta particularidad de los delitos de impunidad no fundamenta la punibilidad de estos hechos, sino solo la suspensión del cómputo de la prescripción. Por otro lado, no es pacífica en la doctrina la discusión acerca de si la prescripción se sujeta o no al conjunto de garantías del *nullum crimen nulla poena sine lege*.

En suma, estamos de acuerdo (autores del artículo (27)) con la conclusión del voto de minoría del fallo de la Corte Suprema que comentamos, cuando expresa que la prohibición de autoexoneración no sólo abarca los supuestos más obvios de amnistías autoconcedidas, sino que implica también “una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz

social al cual estaban llamadas a servir, pero no en situaciones de quebrantamiento de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se eregía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron esa infracción.

En efecto, la prescripción es una institución propia del Estado de derecho que implica la clausura de la contingencia de la persecución punitiva o de la ejecución de la pena una vez transcurrido un determinado lapso, el que dependerá normalmente de la gravedad del delito o de la pena.

Esto significa, respecto de la prescripción de la acción penal, que la persecución penal haya sido contingente, esto es, que la acción penal haya podido ser ejercida durante algún tiempo. No obstante, lo constitutivo de los delitos de impunidad es, precisamente la supresión institucional, esto es, desde el Estado, de la contingencia de la punición; en ellos, la prescripción no puede correr sino una vez que la persecución penal y la pena se vuelvan contingentes: entretanto, el plazo de prescripción debe considerarse suspendido.

Brevemente revisaremos la posible aplicación de la prescripción gradual de los delitos relativos a la violaciones de derechos humanos, citando nuevamente el artículo publicado por Karinna Fernández Neira y Prietro Sferrazza Taibi (55) en el Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile en el año 2009; el que se centra en el análisis de 2 sentencias dictadas por la Corte Suprema en el año 2008 recaídas en los procesos denominados “ Episodio Parral” y “ Episodio Liquiñe” relativos a secuestro calificado, sin embargo, nos referiremos únicamente al primero.

(55).- La aplicación de la Prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos; Karinna Fernández Neira y Prietro Sferrazza Taibi ; Anuario de Derechos Humanos, N° 5 ; Julio de 2009; .pp183-192.

Síntesis del caso:

1- Episodio Parral: (Resolución de 4 de Agosto de 2003, proceso Rol n° 2182-98) (...) *“- causa instruida por el ministro de fuero Alejandro Solís Muñoz-se condeno en primera instancia (56) a diecisiete años de presidio mayor en grado máximo a Hugo Cardemil Valenzuela; diez años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a Pablo Caulier Grant y siete años de presidio mayor en su grado mínimo a Luis Alberto Hidalgo, todas con penas accesorias y condena en costas. Estas penas se impusieron por estimarse acreditadas las responsabilidades de los condenados en los delitos de secuestros calificados cometidos en contra de veintiséis campesinos, un joven estudiante de medicina y en la sustracción de un menor de edad en la localidad de Parral. Se consideró que estos delitos eran de consumación permanente, declaro su imprescriptibilidad y la inaplicabilidad de la ley de amnistía.*

Conociendo de un recurso de apelación (Sentencia de 15 de junio de 2008, dictada en proceso Rol N° 3587-05, por los ministros Juan Manuel Muñoz Pardo, Alejandro Madrid Croharé y Humberto Provoste Bachman , este último en calidad de suplente), la Corte de Apelaciones de Santiago elevó la pena impuesta al sentenciado Luis Alberto Hidalgo a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, y redujo la pena aplicada al condenado Hugo Cardemil Valenzuela a quince años y un día de presidio mayor en su grado medio.

La Corte Suprema (en sentencia de 27 de diciembre 2007, recaída en el proceso Rol N° 3.585-05, pronunciado por la segunda sala, integrada por los

(56).- Resolución de 4 de Agosto de 2003, proceso rol N° 2182-98.

ministros Nivaldo Segura, Jaime Rodríguez, Rubén Ballesteros, Hugo Dolnestch y el abogado integrante Juan Carlos Cárcamo) *resolviendo un recurso de casación, invalidó de oficio la sentencia por considerar que adolecía de vicios formales, todas vez que se no se había referido a la prescripción gradual alegada por la defensa de los condenados. Posteriormente dictó una sentencia de reemplazo y declaró que los delitos, no obstante ser imprescriptibles, se encontraban gradualmente prescritos por aplicación del artículo 103 del Código Penal. Debido a ello Hugo Cardemil Valenzuela quedó condenado a cinco años de presidio menor en su grado máximo; Pablo Caulier Grant, a cuatro años de presidio menor en su grado máximo, y Luis Alberto Hidalgo fue sobreseído tras su fallecimiento. El fallo, adicionalmente, atendida la baja cuantía de las penas, concedió el beneficio de libertad vigilada a los condenados, sin que ninguno de ellos fuere privado de libertad.*

El artículo 103 del Código Penal chileno contempla:

Art. 103. Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo.

En síntesis la sentencia de reemplazo señala que:

(i) Se consideró que los delitos cometidos eran imprescriptibles, pues el

contexto social imperante en Chile a la fecha de la comisión de los ilícitos hacía aplicables las Convenciones de Ginebra, particularmente lo dispuesto en el artículo 3º común, relativo al “ conflicto armado sin carácter de internacional”. Para estos efectos, el tribunal invoca los Decretos Leyes números 3 y 5 de 1973, que se refieren a la existencia de un “ estado o tiempo de guerra” en el país, y los Decretos Leyes números 640 y 641 de 1974, que hablan de “ estado de sitio en grado de defensa interna” (considerandos 14º al 17º).

(ii) Sin perjuicio de lo anterior, la Corte no encuentra inconvenientes técnicos para hacer aplicable la prescripción gradual. En efecto, si bien esta última presenta características comunes con la prescripción, tales como el hecho de estar ubicadas sistemáticamente en el mismo título del Código y, la más importante, el hecho de tener su fundamento último en el transcurso del tiempo, se planteó que dichas instituciones se proyectan hacia objetivos disímiles: la prescripción extingue la responsabilidad penal, mientras que la prescripción gradual atenúa la pena. Por tanto, la Corte concluye que la prescripción gradual es una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal de aquellas que disminuyen o atenúan la pena, teniendo, por ende, una naturaleza jurídica diferente de la prescripción. Es por eso que la Corte entiende que la imprescriptibilidad dimanante del Derecho Internacional no configura una autolimitación estatal para la aplicación de la prescripción gradual (considerando 18º al 26º).

(iii) La Corte califica el secuestro como un delito de consumación permanente. Una de las implicancias técnicas de un delito con estas características se relaciona con el parámetro para computar el plazo de prescripción o prescripción gradual, ya que el inicio del mismo coincide con el cese de la

lesión del bien jurídico. Como se trata de secuestro calificado, el sentenciador entendió que el delito se ha consumado al prolongarse la privación de libertad por más de 90 días , contando el inicio del plazo a partir del día noventa y dos. (considerando 26º)

A continuación se hace un análisis crítico de los tres problemas que se presentan con la aplicación de la prescripción gradual en estas causas:

- 1- Determinación del fundamento que inspira esta institución.
- 2- Por ser el secuestro un delito permanente surgen ciertas dificultades para el cómputo del plazo de prescripción gradual.
- 3- Infracción de las obligaciones internacionales que Chile infringe al aplicar la prescripción gradual en este caso.

1) Fundamento de la prescripción gradual: (...) *Acotándonos a los límites de este trabajo, intentaremos esclarecer si la prescripción gradual posee los mismos fundamentos de la prescripción, para luego dilucidar las consecuencias jurídicas que se deriven de dicha respuesta.*

Compartimos (los autores) la tesis de que la “prescripción gradual de la acción penal y de la pena (...) hinca su fundamento en las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica (de la prescripción) y se hace cargo de que a la realización de esas aspiraciones no se llega con un golpe fulminante, sino al cabo de un proceso gradual”. Ambas instituciones comparten un punto de partida: el transcurso del tiempo, el cual justifica y motiva la estructuración dogmática de estos conceptos. Así las normas que contemplan la prescripción gradual no son sino un reflejo de las normas reguladoras de la prescripción: parten del mismo supuesto, comparten la

misma naturaleza, participan de los mismos fundamentos y ubicación sistemática en el Código Penal. Luego la prescripción gradual configura una regla de aplicación de la prescripción, al igual que las otras reglas que se encargan de normar el plexo de sus aspectos. Además un buen argumento para reforzar la similitud de la naturaleza de estas instituciones, es la existencia de normas que les son aplicables a ambas, como las que regulan las causales de interrupción y de suspensión. Atendido lo dicho, los considerandos de los fallos en análisis que desestiman la importancia de la sistematización de la institución en comento carecen de rigor argumentativo, ya que la regla es que lo normado en un espacio dentro de la geografía del Código comparta características comunes con el resto de las instituciones objeto de la regulación en ese mismo espacio.

La diferencia evidente entre estos conceptos estriba en el efecto jurídico que generan y no en sus fundamentos. Mientras la prescripción extingue la responsabilidad penal, la prescripción gradual confiere al juez un poder discrecional para atenuar la pena, atendida la remisión del artículo 103 a los artículos 65,66,67 y 68 del Código Penal.

La Corte Suprema en fallos anteriores ha afirmado que los delitos cometidos en casos de derechos humanos durante la dictadura son imprescriptibles. Para estos efectos ha aplicado los Convenios de Ginebra, considerando que la época de comisión de los delitos el Estado de Chile se encontraba de “estado o tiempo de guerra”. Igualmente ha indicado que estos Convenios, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, tienen aplicación preeminente, de modo que omitir su aplicación importa un error de Derecho, y que constituye un deber del Estado adecuar su normativa

interna al Derecho internacional que garantiza los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

La prohibición de formas de autoexoneración, tales como la amnistía y la prescripción, también ha sido fundamentada en reglas imperativas del Derecho internacional o ius cogens, es decir, normas superiores del Derecho internacional que no admiten derogación alguna, salvo por otras normas del mismo carácter y que el Estado chileno no puede desconocer bajo ninguna circunstancia.

Estimamos que el ámbito normativo de los efectos de la imprescriptibilidad cubre los fundamentos y reglas de ejecución de la prescripción, entre ellas, las que regulan la prescripción gradual. En efecto, si el carácter imprescriptible de los delitos de esta naturaleza habilita la persecución y penalización de los autores sin consideración de límites cronológicos, pierde sentido conceder los beneficios derivados de la prescripción gradual, toda vez que la esencia reside en estar sometida a límites de tiempo.

3- Cómputo de plazo de la prescripción gradual y el carácter de ejecución permanente del delito de secuestro: “ *La doctrina nacional califica, unánimemente (57), el delito de secuestro como un delito permanente, opinión aceptada por la jurisprudencia comentada. Esta categoría de ilícito penal se caracteriza por el mantenimiento del estado antijurídico o por la prolongación del período consumativo. Por tanto, solo puede configurarse respecto de bienes jurídicos que no sean susceptibles de ser destruidos o disminuidos, sino solo obstaculizados en su ejercicio o goce.*

(57).- Labatut Glens, G. Derecho Penal. 2 vols., 9ª edición (Actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas) ; Santiago, Editorial Jurídica de Chile, i.I,1995,p. 165; Etcheberry, A. Derecho Penal. 4 vols., 3ª edición. Revisada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998,p. 205.

La Corte, al aplicar la prescripción gradual, ha debido enfrentar el problema de determinar el parámetro para computar el plazo atendido el carácter peculiar del delito, una de cuyas consecuencias consiste, precisamente, que el inicio del cómputo del plazo de la prescripción coincide con la terminación del delito. La discusión se torna estéril si se parte de la premisa de la imprescriptibilidad o del hecho de que, tal como ha dado a entender la Corte Suprema en algunas sentencias, se han catalogado los secuestros cometidos en dictadura como desaparición forzada de personas. Por tanto, no es concebible que el plazo corra por favor de los imputados y, por ende, no corresponde determinar el inicio de un término inexistente.

(...) en el secuestro la lesión del bien jurídico consiste en la privación de la libertad de la víctima, por lo que el inicio del cómputo del plazo puede ser determinada en la medida en que se acredite la recuperación de la libertad o el fallecimiento de la víctima. Frente a la inexistencia de prueba de tales hechos – por tratarse de detenidos desaparecidos respecto de los cuales se perdió todo rastro y cuyos restos no han sido hallados-, el delito sigue siendo permanente volviéndose imposible determinar el inicio del cómputo.

Tal como se ha señalado en la sentencia sobre el “ Episodio Parral” , nuestro máximo tribunal estimó que siendo el secuestro calificado de un delito permanente, “ la consumación se ha producido al prolongarse el encierro por más de noventa días (contándose el plazo) a partir de esa fecha es decir, a contar del día noventa y dos. (...) La Corte, además, refuerza su argumento señalando que han transcurridos más de dieciocho años desde la reinstalación del estado de Derecho democrático en el país, tiempo más que suficiente para superar el margen establecido en el Código Penal para la configuración de la

prescripción gradual.

Los autores al respecto señalan: “ Creemos que los antecedentes que el sentenciador invoca en estas sentencias para identificar el inicio del cómputo del plazo de la media prescripción responden a consideraciones antojadizas que se utilizan para la construcción de presunciones fundadas en meras abstracciones, siendo por lo demás, ajenas a la prueba rendida. El problema es más bien procesal que penal, ya que demostrada la privación de libertad de la víctima, pero no su muerte o la recuperación de su libertad, se entiende que el término del período consumativo tampoco ha sido probado de manera objetiva, faltando un presupuesto legal para la procedencia de la prescripción gradual. Lo determinante es el mantenimiento del estado antijurídico (...).

3-Obligaciones Internacionales Incumplidas: “ La Corte Suprema, al relativizar el carácter imprescriptibles de los graves crímenes investigados y determinar forzosamente su consumación con el único objeto de aplicar la prescripción gradual, no sólo comete errores de argumentación en los que se desconoce elementos esenciales de las diversas instituciones del Derecho penal e internacional involucradas, sino que infringe diversas obligaciones internacionales, dejando expuesto al Estado de Chile a sanciones jurídicas en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

(...) La Corte Interamericana en la sentencia del caso Almonacid le indicó al Estado de Chile que no podrá argüir ninguna ley ni disposición de Derecho interno para eximirse de cumplir con lo dispuesto en el fallo: investigar y sancionar penalmente a los responsables de crímenes de lesa humanidad. La Corte Suprema hace caso omiso de la obligación del Estado de sancionar cuando aplica la prescripción gradual en beneficio de los responsables de los

delitos de lesa humanidad y los dejo en libertad.

El Derecho internacional nos da ciertas luces sobre los requisitos de las pena, los que a nuestro juicio no se satisface con la aplicación de la prescripción gradual. Estos son: (i) El fin de la pena en el sistema de protección de los derechos humanos, en el sentido de que “ es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales” (58); (ii) Proporcionalidad de la pena “ en cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos (59); (iii) Pertinencia de la pena “ que es el estándar exigido por el sistema de protección internacional de derechos fundamentales, según la envergadura del castigo debe servir para cumplir con los fines ya hemos especificados y con la proporcionalidad necesaria.”(...)(60)

Finalmente se concluye que “ la aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de los derechos humanos debe ser rechazada. En los casos referidos, la Corte Suprema no motiva correctamente sus sentencias, descuida aspectos dogmáticos y procesales, e incurre en incongruencias argumentativas

(58).- Méndez, J. E. Derecho a la verdad frente a las graves Violaciones a los Derechos Humanos. En: ABREGU, M y COURTIS, Ch (coomp). La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales; Buenos Aires, Centro de Estudios legales y sociales, Editores del puerto, 1997,p.525.

(59).- Corte IDH, caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia 31 de Enero de 2001. Serie C N°71, párr. 105, letra a)

(60).- Informe N° 23/01, del 05 de Marzo de 2002.

en el afán de aplicar una institución cuyo diseño histórico-legislativo fue pensado para otras realidades, y cuya aplicación en casos de derechos humanos resulta forzada. (...)

Al aplicar la prescripción gradual a delitos de lesa humanidad, la Corte Suprema, finalmente compromete la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, particularmente respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

Debe advertirse, que también las tesis planteadas pueden ser controvertidas, pero el hacerlo extendería esta memoria mucho más allá del tema que le es propio, solo se observara que su interpretación de las normas de Derecho Internacional es subjetiva y, no atiende al texto mismo de las convenciones que cita, ni tampoco a la fecha en que éstas pueden regir en Chile.

3) Aplicación o NO aplicación de la Amnistía ⁽⁵⁹⁾

Para tocar este punto, se hace necesario revisar lo que fue el Decreto Ley 2.191 de 1978 cuya finalidad expresa fue la de “ Alcanzar la unidad nacional”, éste señala:

Decreto Ley 2.191 de 1978

Vistos: lo dispuesto en los decretos leyes Nos 1 y 128 de 1973, y 527 de 1974,
y

Considerando:

1. La tranquilidad general , la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país , en términos tales, que la conmoción interna ha sido

(59).- Anuario de Derechos Humanos, N°5, Julio de 2009, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. “ La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos”, Karinna Fernández Neira y Prietro Sferranza Taibi. / Anuario de Derechos Humanos N°2, Junio de 2006, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, “ Amnistía y Precipción en causas sobre violaciones de derechos humanos en Chile.”

2. superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional;
3. El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos,
4. La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile.

La Junta de Gobierno ha acordado dictar el siguiente decreto ley:

Artículo 1: Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

Artículo 2 : Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares , con posterioridad al 11 de Septiembre de 1973.

Artículo 3 : No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencias o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de

ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones legales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario.

Artículo 4 : Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc.

Artículo 5 : Las personas favorecidas por el presente decreto ley que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3 del decreto ley N 81, de 1973, para reingresar al país.

Jurisprudencia ante este decreto:

En primer, lugar tocaremos lo que señalo Amnistía Internacional junto a la Comisión Internacional de Juristas en su Informe en Derecho Sobre la Incompatibilidad del Decreto Ley de Amnistía 2.191 con el Derecho Internacional : “ Aplicando la Ley de Amnistía de 1978, los tribunales chilenos – tanto civiles como militares- han archivado sistemáticamente actuaciones judiciales que se tramitaban en cientos de casos relacionados con violaciones de derechos humanos cometidas durante los primeros cinco años del gobierno del General Pinochet. No obstante, hay casos que continúan abiertos y los tribunales han pronunciado fallos contradictorios sobre la aplicabilidad de la Ley de Amnistía de 1978. Durante la década de 1970 se iniciaron centenares de investigaciones judiciales sobre denuncias presentadas por familiares de personas <<desaparecidas>>. La mayoría de los casos han estado estancados

durante años por la falta de pruebas, pero los familiares de los <<desaparecidos>> han continuado esperando que salieran a la luz nuevos datos que condujeran al esclarecimiento de la suerte corrida por sus seres queridos.”

Por otro lado, la Corte Suprema a partir del año 1985, comenzó a confirmar fallos de tribunales inferiores en los que éstos se pronunciaban a favor de la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978 – incluso en casos de <<desaparición>> - antes de la determinación completa de los hechos. Una de estas decisiones fue adoptada en octubre de 1986 tras una importante investigación llevada a cabo por el juez Carlos Cerda, de la Corte de Apelaciones de Santiago, sobre el caso de 10 opositores al gobierno que <<desaparecieron>> tras su detención en 1976. La investigación culminó en la formulación de cargos contra 38 miembros de las fuerzas armadas y dos colaboradores civiles. La Corte Suprema cerró la causa, y en 1986 y 1991 sancionó al juez Cerda con sendas medidas de dos meses de suspensión porque había impugnado el sobreseimiento de la causa y la aplicación de la ley de Amnistía de 1978 por un tribunal inferior.

En varias ocasiones, la Corte Suprema ha adjudicado casos a la competencia de los tribunales militares cuando éstos han solicitado la habilitación de la jurisdicción.

Los tribunales militares han archivado sistemáticamente esos casos mediante la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978. Por ejemplo, en 1989 se cerraron 100 casos de <<desaparición>> cuando un tribunal militar resolvió aplicar esta ley. Igualmente, en agosto de 1990, la Corte Suprema confirmó la decisión de los tribunales inferiores de cerrar un caso que había tenido su origen en la

presentación en 1978 de una querrela criminal en contra de altos cargos de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) en relación con su responsabilidad por la <<desaparición>> de 70 personas entre 1974 y 1976. En 1993, la Corte Marcial (tribunal militar de apelaciones) había ordenado que se volviera a abrir la investigación de 35 de estos casos, pero éstos se archivaron definitivamente durante el primer año de gobierno civil. También en 1990 los tribunales militares impugnaron con éxito la pretensión jurisdiccional de un tribunal civil para llevar a cabo investigaciones a raíz del descubrimiento de una fosa clandestina en Pisagua, en el Norte de Chile.

Final y acotadamente, revisaremos diversos fallos de la Justicia Chilena relativos a los hechos de violencia ocurridos en Chile entre 1973 y 1989, que muestran las diversas tendencias, posturas y argumentos que ha tenido nuestro máximo tribunal al resolver sobre causas de violaciones de derechos humanos; muchos de los casos que se mencionan en este resumen ya han sido tocados en los análisis de la aplicación de los Convenios de Ginebra, de la Prescripción, Amnistía y Imprescriptibilidad, sin embargo, consideramos prudente volver a mencionarlos de modo de seguir la secuencia cronológica del tipo de fallos que ha decretado nuestra Corte Suprema.

Dicha secuencia basa en el artículo de Karinna Fernández Neira (60) quien afirma, se dan períodos muy marcados en donde el máximo tribunal dictamina basándose en argumentos específicos, los que con los años cambian radicalmente de posición, para finalmente caer en cuestionables contradicciones; al respecto la autora señala; “ (...) *con independencia del período actual* , es necesario mencionar que la *Jurisprudencia de la Corte*

Suprema no se encuentra en una fase bien definida, pues no ha dejado de emitir , aunque de manera aislada, resoluciones que desmienten muchos de sus propios veredictos y razonamientos, existiendo, incluso en el último período, fallos que en vulneración a lo decretado internacionalmente por la Corte Interamericana de derechos humanos, declara aplicable la prescripción, o en los que en contradicción con el último período jurisprudencial y en conformidad a las obligaciones internacionales declara inaplicable la prescripción gradual en atención al carácter permanente del secuestro sancionando a los responsables a penas proporcionales y justas. (...) Estas excepciones jurisprudenciales, se deben a que nuestro sistema no le atribuye efecto vinculante a los fallos, y porque, la integración de la sala penal presenta frecuentes, breves y significativas variaciones.” (60)

Evolución cronológica:

1º Período “ Desde la dictadura Militar o Gobierno del Gral. Pinochet al año 1998”

Durante este período la Corte Suprema, al igual que la mayoría de los tribunales chilenos, tuvo una conducta proclive a la aplicación de la Amnistía del Decreto 2.191; período en que el máximo tribunal opta por la aplicación de las normas internas por sobre los preceptos consuetudinarios del derecho Internacional; se destacan los siguientes fallos:

(60).- Revista Estudios Constitucionales, Año 8, Nº1, 2010, p.p 467-488. ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca “ Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar” , Karinna Fernández Neira.

http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_17.pdf

(14 de Abril 2012)

- a) Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de Septiembre de 1994, Rol N° 38.638-94; al conocer de un recurso de apelación presentado por Osvaldo Romo mediante el que solicitaba se le sobreseyera definitiva y parcialmente por aplicación del decreto ley de amnistía, de la causa seguida por los secuestros de Bárbara Uribe y Edwin Van Jurick, declaró improcedente su aplicación por ser contrario a lo dispuesto en los Convenios de Ginebra, toda vez que el artículo 148 del Convenio IV dispone que a los Estados partes les queda prohibido exonerarse a sí mismo o exonerar a otras partes contratantes de las responsabilidades surgidas por infracción a lo dispuesto en los Convenios, de manera que los delitos que constituyen infracciones graves a la Convención son imprescriptibles y no sujetos a amnistía. Sin embargo, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja, revocó el fallo y finalmente la causa termina en la justicia militar donde es sobreseída total y definitivamente por aplicación del decreto ley de amnistía el año 1978, fallo que es confirmado por la Corte Suprema el 19 de agosto de 1998.
- b) Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 27 de octubre de 1995, como consecuencia de los homicidios de Manuel Guerrero Ceballos, Santiago Natalino Allende y José Manuel Parada Malvenda; los secuestros de cinco dirigentes de la Agrupación Gremial de Educadores de Chile (sobrevivientes) , el secuestro de Ramón Arriagada Escalante (sobreviviente) y las lesiones graves en la persona de Leopoldo Muñoz de la Parra, perpetrados en marzo de 1985. En este fallo la Corte Suprema condenó a un total de dieciséis agentes, cinco de los cuales fueron condenados a cadena perpetua. Sin embargo, dada la fecha de

comisión de los ilícitos, no se discutió la aplicación del decreto ley de amnistía ni de la amnistía, el fallo se concentró en las casaciones de las defensas en la solicitud de que el delito perpetrado fuera tipificado como detención ilegal.

- c) Sentencia Juez de Letras de Lautaro, Sr. Christian Alfaro Muirhead, causa Rol N° 37.860, considerando 4º; pronunciada el 20 de Septiembre de 1993, que constituye la primera condena en Chile en una causa por violaciones a los derechos humanos. Este fallo condenó a dos suboficiales de Carabineros y a un civil a cumplir en libertad vigilada, la pena de tres años y un día como autores del delito de sustracción del menor Juan Cheuquepan Levimilla y a la pena de quinientos cuarenta y un días por el secuestro de José Llaulén Antilao; sentencia que ,por lo tanto, desechó las excepciones de amnistía y prescripción en base a la naturaleza permanente de los tipos criminales, afirmando “ *no solo los efectos se mantienen con posterioridad a la consumación, sino que el delito como tal se mantiene en forma constante en estado de consumación*” no pudiendo computarse el plazo de la prescripción y “ *quedando fuera del plazo límite propuesto por la amnistía ya que su acción se prolongó técnicamente más allá del 10 de Marzo de 1978*”

La Corte de Apelaciones de Temuco confirmó el fallo de primera instancia y la Corte Suprema, a fines de 1995, rechazó los recursos de casación en el fondo interpuestos por las defensas de los condenados, ratificando de esta forma la sentencia de primera instancia.

2º Período “ Cese de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía”

En el año 1998, la Corte Suprema sobreesió definitivamente dieciocho causas por amnistía, dos por cosa juzgada y una por prescripción. Sorprende que en algunos casos se haya dejado sin efecto la amnistía y se haya dispuesto el sobreseimiento temporal o la reapertura del sumario en otros, lo que hizo posible la continuación de las investigaciones; estas circunstancias dieron un giro a la tendencia de nuestro máximo tribunal. Fallos:

- a) S.C.S 09 de septiembre de 1998, Rol N° 469-98, por la desaparición de Pedro Poblete Córdova, pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Suprema; el fallo ordenó reabrir el sumario que había sido cerrado por la justicia militar en aplicación del decreto ley de amnistía; la Corte dictaminó que para sobreseer definitivamente una causa en base a la amnistía debían encontrarse establecidas las circunstancias de la desaparición de la víctima y determinada la identidad de quienes participaron criminalmente; además decretó que a la fecha del ilícito, el Estado de Chile se encontraba en “ estado o tiempo de guerra” como consecuencia de la interpretación que el decreto ley N° 5 formulara del artículo 418 del Código de Justicia militar, lo que implicó la entrada en vigencia de los Convenios de Ginebra, que impiden al Estado de Chile disponer de medidas tendientes a amparar los agravios cometidos en contra de personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores; agrega que estos Convenios en razón de su naturaleza y fines, tienen aplicación preeminente conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la Carta Fundamental, de modo que no considerarlos u omitir su aplicación importa un error de derecho, constituyendo un deber del derecho interno adecuarse a la normativa internacional que persigue garantizar los

derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

- b) En este período se configura el ya citado fallo “ Episodio Parral” en el que se habían calificado los delitos como constitutivos de detención ilegal y decretado el sobreseimiento definitivo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del decreto ley de amnistía. La Corte Suprema revocó la resolución argumentando que no corresponde aplicar dicho decreto ni la hipótesis del artículo 141 ni del 148 del Código Penal , puesto que dichos ilícitos son de carácter permanente, y en tal sentido, se entiende que continúan cometiéndose con posterioridad del período comprendido por el decreto ley de amnistía.

De este período la autora señala : *“ Los fallos mencionados en el punto anterior significaron un cambio de la jurisprudencia en particular respecto a la posibilidad de aplicar la amnistía, las menciones al derecho internacional, la aplicación preeminente de los Convenios de Ginebra, constituyeron un nuevo referente principalmente para los tribunales inferiores y que impulsó a la reapertura de muchas causas”.*

3º Período “ Jurisprudencia contradictoria”

- a) S.C.S , de 09 de Mayo de 2004, Rol N° 3.231-03, pronunciada por la Segunda Sala en donde la Corte Suprema en el mes de marzo había confirmado con declaración de sentencia condenatoria de diez agentes de la dictadura involucrados en el homicidio de Tucapel Jiménez; por otra parte, en noviembre de 2004, confirma la sentencia dictada por el Ministro de Fuero don Alejandro Solís en primera instancia y por la Corte de Apelaciones de Santiago en segunda, por el secuestro

calificado de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez (S.C.S , de 17 de noviembre de 2004 , Rol N° 517-04), en el fallo, se acude al derecho internacional, incluye un análisis riguroso de la detención ilegal afirmando que al caso no le es aplicable dicha figura, fijando los hechos como constitutivos de secuestro calificado, declarando que además corresponde al delito de desaparición forzada de personas cuya Convención cuenta con vigencia internacional. Declara además que se trata de delitos a los que no es posible aplicar la institución de la amnistía, toda vez que no se han fijado los presupuestos mínimos al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto, no resultando razonable la aplicación de la “ amnis” u “ olvido” cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración, existiendo la certeza de que a la fecha de la expiración de la vigencia del decreto ley de amnistía, la víctima no había aparecido, no se tenían noticias de él, ni del lugar en el que se encontrarían sus restos. Agrega la Corte, que por se un delito de ejecución permanente tampoco le es aplicable la figura de la prescripción ya que no ha cesado la duración de su estado delictuoso. Finalmente se declara la aplicación preeminente de los Convenios de Ginebra de 1948, que imposibilitan a Chile de aplicar medidas tendientes a lograr la impunidad de los autores de los ilícitos como el investigado.

- b) Sin embargo, en el año 2005 en la causa Rol N° 457-05 , dictada el 04 de Agosto de 2005 por la Segunda Sala de la Corte Suprema , revoca la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, por la desaparición de Ricardo Río seco Montoya y Luis Cotal Álvarez, quienes

fueron ejecutados, sus cuyos cadáveres hechos desaparecer y de los que se hizo inscripción de defunción por el comandante del regimiento. En este caso, la Corte de Apelaciones había fundado la condena del único procesado, en los Convenios de Ginebra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de derechos humanos, la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre, y los principios de los Cogens; pero la Corte Suprema, en contradicción con lo anterior señaló que : *“ tras la llegada al poder de la Junta de Gobierno , se estuvieron cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y de que se cometían con frecuencia delitos tipificados en la Ley de Control de Armas, no es suficiente razón para tener establecido que en Chile existiera un conflicto armado no internacional”* , sosteniendo que no son aplicables los Convenios de Ginebra, ni el Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ni el Estatuto de Roma, por lo que no se pueden modificar a partir de esta normativa internacional las normas sobre prescripción contempladas en el Código penal. Finalmente, se anula el fallo condenatorio emanado de la Corte de Apelaciones y se declara prescrita la acción penal.

4º Período “ Imprescriptibilidad de los Delitos permanentes”

- a) S.C.S de 30 de Mayo de 2006 , Rol N° 3215-05, por el secuestro de Diana Frida y Arón Svilgilsky, pronunciada en diciembre de 2006 por la Segunda Sala; en un fallo unánime, casa en la forma de oficio, la

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había aplicado la amnistía, confirmando la sentencia condenatoria pronunciada en primera instancia por el Ministro Alejandro Solís. La Corte afirma que el tribunal no logro establecer si la víctima murió o recuperó su libertad, sin que pueda entenderse otra cosa que el hecho sigue en curso de consumación, no siendo viable establecer una fecha en la que tal cosa cesa de ocurrir, lo que implica que se trata de un delito en consumación permanente, situación que impide establecer el momento desde el cual se deben iniciar los cómputos necesarios para conceder la amnistía o declarar transcurrido el plazo de prescripción. En este fallo si bien se estableció la imprescriptibilidad de los delitos de secuestro, lo hace argumentando únicamente desde el derecho interno.

5º Período “ Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad”

- a) S.C.S de 13 de diciembre de 2006, Rol N° 559-04, por los homicidios de Hugo Vázquez Martínez y Mario Superby Jeldres; la Corte Suprema en Diciembre de 2006 casa la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valdivia la que había declarado prescrita la acción penal. El máximo tribunal fundó sus argumentos en la normativa internacional, en informes de la Comisión Interamericana de derechos humanos y en jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de derechos humanos, como de la Corte permanente de justicia internacional. La Corte calificó los homicidios como delitos de lesa humanidad, afirmando que dicha calificación no se opone al principio de legalidad penal porque las conductas imputadas ya eran delitos al

momento de su comisión, tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional y agregó, que la prohibición de cometer estos crímenes es una norma de *ius Cogens*, cuya penalización es obligatoria conforme al derecho internacional general, para fundar esta afirmación la Corte, en un hecho inédito cita los párrafos 96 y 99 del fallo *Almonacid Arellano v/s Chile* pronunciado por la Corte Interamericana de derechos humanos (26 de septiembre de 2006).

La Corte Suprema señala que el declarar prescrita la acción penal en casos como éste, pugna con el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad prevista en el artículo I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que es una disposición que se limita a declarar la vigencia de una norma consuetudinaria preexistente y obligatoria para los Estados. En base a estas razones, en su sentencia de reemplazo la Corte Suprema condena a los responsables de los crímenes.

- b) S.C.S de 18 de Enero de 2007, Rol Nº 2666-04, por el homicidio calificado de José Matías Ñanco – ocurrido el 10 de diciembre de 1973- , fallo dictado en Enero del 2007 por la Segunda Sala; la Corte sigue con el fundamento del caso anterior y ordena la reapertura del caso, causa que había sido sobreseída total y definitivamente por la Ministro de Fuero doña María Stella Elgarrista, quien había decretado extinguida por amnistía la responsabilidad penal del único procesado, resolución confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel. Elevada al conocimiento de la Corte Suprema, ésta la revocó de forma unánime,

decretando la apertura de la causa mediante una sentencia de reemplazo que contenía, entre otras, algunas de las siguientes consideraciones:

- Que Chile se encontraba a la fecha del ilícito en un Estado de Guerra interna, a partir del cual eran aplicables los Convenios de Ginebra lo que hacen a su vez inaplicables instituciones como la amnistía y la prescripción.
- Que el delito objeto del proceso es un crimen contra la humanidad, de lo que se deriva la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, por tratarse de delitos que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

c) S.C.S de 10 de mayo de 2007, Rol N° 3452-06, por el secuestro calificado de Ricardo Troncoso Muñoz y otros el 15 de agosto de 1974, la Corte Suprema confirma la sentencia condenatoria por el Ministro en visita extraordinaria don Joaquín Billard Acuña que había sido confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazando los recursos interpuestos por la defensa en base a los siguientes argumentos:

- Que el país se encontraba a la fecha de los hechos en un Estado de guerra interna, siendo plenamente aplicables los Convenios de Ginebra, de los cuales surge la obligación de tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que los cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio
- De que los hechos investigados se encuentran dentro de la categoría de

crímenes de lesa humanidad.

El fallo además agrega el carácter imprescriptible de éstos crímenes en el hecho que la evolución y progresividad del derecho Internacional de los derechos humanos ya no autorizan al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejen de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni por la sociedad toda.

6º Período “ La prescripción gradual de los delitos imprescriptibles”

En este período la Corte Suprema afirma que es posible aplicar la prescripción gradual de los delitos imprescriptibles por tratarse de instituciones diversas en la medida que sus efectos son distintos al igual que sus fundamentos, dicha afirmación fue expresada de la siguiente forma:

“ Que, el instituto penal reconocido en el artículo 103 anteriormente citado, constituye una minorante calificada de responsabilidad penal, cuyos efectos incidirán en la determinación del quantum de la sanción, de manera que la prohibición de aplicación de la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad penal, derivada de la normativa internacional, no la alcanza, toda vez que se trata de una institución independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diversas. En efecto, la prescripción se funda en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho. Por su

parte, la atenuante encuentra su fundamento en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser reprimidos , resultando de su reconocimiento una pena menor". a) (S.C.S de 30 de Julio de 2007, Rol N° 3808-06, por el secuestro de Juan Luis Rivera Matus).

b) S.C.S de 05 de mayo de 2007, Rol N° 6525-06, “ Lago Ranco” por los secuestros de Ancacura Manquean, González Calculef, Hernández Inostroza y Vega González.

c) S.C.S de 13 de noviembre de 2007, Rol N° 6188-06, por el secuestro calificado de Carlos Humberto Contreras Maluje.

En ambos casos la Corte describe los ilícitos perpetrados como delitos inamnistiables e imprescriptibles, rechazando las excepciones de prescripción presentadas por los acusados, pero modifica de oficio la tipificación de los delitos de secuestro calificado por homicidio calificado, sin que existieren nuevos antecedentes que esclarecieran la verdad de lo sucedido con las víctimas que aún continúan desaparecidas. Además para aplicar la prescripción gradual se establecieron fechas de defunción – fecha de la declaración de muerte presunta- a fin de que los ilícitos dejen de ser permanentes e iniciar el cómputo contemplado por el artículo 103 del Código penal.

d) Sin embargo, en el año 2008 la Corte dictó fallos en diversos sentidos:

i) S.C.S de 07 de agosto de 2007, Rol N° 6574-07 , conocido como “ Los hermanos Leveque” declaró imposible conceder la prescripción gradual en base a la imposibilidad de computar el plazo necesario para la prescripción debido a su naturaleza de consumación permanente (sentencia de reemplazo,

considerando 5º) confirmando la condena del único responsable de cinco años y un día de presidio mayor en su grado máximo.

ii) S.C.S de 01 de septiembre de 2008, Rol N° 877-08, conocido como “Operación Leopardo”, por los homicidios calificados de 5 personas y las torturas sufridas por dos víctimas; la Corte rechazó las casaciones promovidas por los condenados y confirmó las condenas de segunda instancia de 10 años y un día.

iii) S.C.S de 16 de septiembre de 2008, Rol N° 5789-07, por el secuestro de Guillermo Jorquera Gutiérrez, la Corte aplicó la prescripción gradual, en dicho fallo el Ministro Sr. Dolmestch expresa:

“ (...) por aplicación de los diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos se ha destacado, que el secuestro debe ser tenido como uno de los que se considera delito de “lesa humanidad”, por tanto imprescriptible. Sin embargo, aquellos tratados aceptan las causales que permiten sancionar en forma más benigna y equilibrada, esto es, que muevan a las víctimas a aceptar que se les ha hecho justicia real, y al imputado, que recibe una sanción humanizada después del transcurso de tan largos años sin decisión final. Es por ello que acepta la norma del artículo 103 del Código Penal como plenamente aplicable a la situación de este proceso”.

e) En el año 2009 la Corte continúa con la misma tendencia, salvo algunas excepciones como:

i) S.C.S de 22 de enero de 2009, Rol N° 4329-08; en el que la Corte casó de oficio el fallo dictaminado en primera instancia por el Ministro de Fuero don Alejandro Solís Muñoz, que condenaba a Guillermo Contreras Sepúlveda a quince años de presidio mayor en su grado medio; a Marcelo Moren Brito,

Oswaldo Romo Mena, César Manríquez Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko y
Ciro Torr  Sáez, a diez años y un día de prisión de presidio mayor en su grado
medio, por sus responsabilidades de secuestro calificado cometidos en contra
de Jacqueline del Carmen Binfa Contreras, el 27 de agosto de 1974. El fallo de
reemplazo declaró prescrito el crimen afirmando que no es posible acreditar
que a la fecha del secuestro de la víctima existieran presupuestos fácticos del
Estado de Guerra Interno, no siendo aplicables los Convenios de Ginebra y el
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya que no se encontraban
vigentes a la fecha de los hechos. Finalmente el fallo agrega: “ *los principios
generales de Derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad
Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y
acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios
constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad*”. (considerando^{11 })

Siguiendo la tendencia ya mencionada:

ii) S.C.S de 28 de Enero de 2009, Rol N  4691-07, por el homicidio de David
Urrutia Galaz, el que había sido declarado prescrito por el tribunal de primera
instancia y de segunda instancia, donde la Corte acogió las casaciones de
fondo presentadas por la parte querellante y el Programa de Derechos
Humanos del Ministerio del Interior , las que tenían como fundamento las
normas integrantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; el
máximo tribunal tras declarar la imprescriptibilidad de delito, aplica la
prescripción gradual y otorga la libertad vigilada a cuatro de los cinco autores.

(61)

(61).- Revista Estudios Constitucionales, Año 8, N 1, 2010, p.p 467-488. ISSN 0718-0195 Centro de
Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca “ Breve análisis de la jurisprudencia
chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la
dictadura militar” , Karinna Fernández Neira.
http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_17.pdf
(14 de Abril 2012)

Con este último punto podemos concluir que en la actualidad nuestra Corte Suprema estima como solución prudente y acertada – de forma general- la aplicación de la Prescripción Gradual con respecto a las causas sometidas a su conocimiento relativas a las violaciones de Derechos Humanos; lo que cabe preguntarse al respecto es, ¿si esta tendencia representa una real justicia para las víctimas y si su aplicación logra generar una convivencia pacífica dentro de nuestra sociedad?

Estas nuevas tesis que apuntan a excepciones a las normas del Derecho Penal son contradichas por los juristas que sostienen lo que ha sido el concepto propio dentro del Estado de derecho chileno de la legalidad, irretroactividad y principio pro-reo en el derecho penal; y aún con anterioridad a la discusión de estas materias es útil citar al profesor Eduardo Novoa cuya posición no era favorable a las tendencias imperantes, que sostiene en su obra lo siguiente:

“ La interpretación de la que ley, que hace evolucionar la ley para resolver casos presentes – (o pasados), con naturaleza creadora de ley, no pueden haber estado presente en la mente del legislador de ayer.

Al intérprete solo le corresponde entender la ley y no implementarla, modernizarla, ni mejorarla(...) si la ley quedo anticuada y no admite la consideración de hechos nuevos, solo el legislador podrá colmar el vacío.

Dentro de nuestro sistema jurídico la falta de ley apropiada no autoriza al Juez para suplantar al legislador.”⁽⁶²⁾

A la vez y siguiendo al profesor Mario Arnello; en Chile, la ley interna acogió los crímenes de lesa humanidad en la ley penal positiva Ley 20.357, sólo en

(62).- Eduardo Novoa Monreal; *Crítica a las actuales tendencias de la Jurisprudencia y de doctrinas que son fuente de Lege-ferenda*; México, 1977, p.p 145. (www.eduardo-novoa-monreal.blogspot.com).

esta ley se fija, en su artículo 40, la imprescriptibilidad de estos crímenes. Pero expresamente, se indica, en reconocimiento del principio esencial de la irretroactividad en su artículo 44, que sólo se aplicará a los crímenes cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigencia de la ley.

“ 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.”

Ley cuya vigencia se produce a partir del 18 de Julio de 2009, con lo que... ¿puede ser esta ley, consistente con la garantía constitucional del artículo 19 N°3?.

Las sentencias que declaran que son imprescriptibles los crímenes cometidos hace más de 40 años, fundándose en normas de Costumbre internacional o respecto de tratados que no son vinculantes para Chile van en total contradicción con nuestra carta fundamental y nuestro orden interno.⁽⁶³⁾

Finalmente, ¿cual debe ser la posición que brinde una paz y justicia reales? Lamentablemente este ensayo no logra responder a tal interrogante, es de esperar que en corto tiempo se logre una solución verdadera de modo que podamos dejar atrás tan lamentables episodios y miraremos finalmente al futuro.

(63) Mario Arnello Romo; Apunte “ Introducción al estudio del Derecho Internacional”; Universidad de Chile, 2010; p.p 1-11.

CONCLUSIONES

En una apreciación muy general podemos decir que, solo y muy excepcionalmente las reglas de la guerra han acompañado al hombre desde la Antigüedad, ya entre los fenicios, egipcios, griegos y romanos existían usos y costumbres que debían aplicarse siempre y de forma incuestionable al momento de hacer la guerra. Solo en 1859 el francés Henri Dunant creó el Comité Internacional de Socorro a Militares Heridos, que más tarde, en 1876 pasará a ser el Comité Internacional de la Cruz Roja, sin embargo, se considera al año 1863 como el momento en que el Derecho Internacional Humanitario nace como tal, ya que en esta fecha se celebra el primer Convenio de Ginebra y, casi al mismo tiempo, se realizaba en lo que se conoce hoy como los países bajos, entre los años 1899 y 1907, Los primeros Convenios de la Haya; tratados que si bien aún consideraban a la Guerra como un imperativo, buscaban que ésta no ocasionará más daños, sufrimientos y destrucción que los estrictamente necesarios a la consecución de la lucha armada; por lo que cualquier medio o método que quisiese extenderla más allá de sus objetivos propios, fueron excluidos y prohibidos en dichos tratados. La guerra lícita sería entonces, aquella que se valiera únicamente de los métodos y medios admitidos por el derecho. Estas diferentes asambleas se establecieron lo que paso a ser conocido como el Derecho Internacional Humanitario de Ginebra y de la Haya respectivamente. La nueva normativa se orientó hacia 2 puntos específicos, la protección de las víctimas de estos conflictos y la limitación de medios y métodos de combate.

Las dos grandes guerras de 1914-1918 y 1939-1945, excedieron con mucho las crueldades de la guerra, al establecer el método de guerra, total. Las decenas de millones de víctimas y los medios bélicos de destrucción, provocó un giro radical, cuando en 1945 la Carta de Naciones Unidas en su artículo 2.4 estableció la prohibición de recurrir a la fuerza como forma de solución a los conflictos. Es decir, la Carta declaró como ilícito cualquier tipo de conflicto armado – a excepción de la legítima defensa y de los medios de defensa colectiva-. No obstante, la realidad mundial se aleja enormemente de estos deseos de paz, pues a pesar de los esfuerzos realizados, el enfrentamiento armado entre Estados o dentro de un mismo Estado, se siguen produciendo. Frente a esta realidad, el Derecho Internacional Humanitario cumple la misión de aminorar en lo posible las terribles consecuencias que inevitablemente se derivan de la guerra.

Estos esfuerzos se han concretizado en los textos que en la actualidad conforman al Derecho Internacional Humanitario, estos son:

- Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949
- Los Protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra, protocolos I y II de 1977; protocolo III de 2005.
- La Convención de la Haya sobre Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 14 de Mayo de 1954.
- Sin desconocer que existen una gran cantidad de otros texto que regulan temas específicos y directamente ligados a los conflictos armados, por mencionar algunos tenemos el Protocolo adicional a la Convención sobre los derechos del Niño, sobre la Participación de los

niños en los conflictos armados, de 25 de Mayo del año 2000, Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 26 de Noviembre de 1968, Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de 10 de Abril de 1972, etc.

El Derecho Internacional Humanitario brinda protección en situaciones muy específicas. Primero, la protección que establece el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, especie de “miniconvenio” aplicable a todos conflictos armados que no sean internacionales y que ocurran dentro del territorio de alguno de los Estado Parte, y en los que se verifique que quienes enfrenten a las F.F.A.A del Estado, también se obliguen a respetar las normas del Convenio. La protección de este artículo puede ser resumida en la prohibición de:

- e) “los atentados contra la dignidad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios;
- f) La toma de rehenes;
- g) Los atentados contra la dignidad persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- h) Las condenas dictadas y la ejecuciones sin previo juicio, no emitidas por un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Los Conflictos Armados Internacionales, definidos en el artículo 2 común a todos los Convenios de Ginebra que señala:

“ Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.”

“ El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.”

Sin embargo, la doctrina, en general, considera como conflictos armados internacionales a los conflictos donde los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y, contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre autodeterminación.

Finalmente el Conflicto armado sin carácter de internacional que es aquel que surge en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, debe ser un conflicto armado en el que participen uno o más grupos armados no gubernamentales, por lo que pueden considerar como tales los enfrentamientos que se den entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos no gubernamentales o, enfrentamientos solo entre estos grupos.

Es necesario indicar, que la confusión que existe respecto de los conflictos contemplados en el Artículo 3 común y los descritos como sin carácter de guerra internacional ,se debe a una lectura incompleta de su texto y a la negativa de considerar la necesaria aplicación del Protocolo adicional II, ya que para poder aplicar este derecho a dichos enfrentamientos, estos deben

alcanzar la intensidad de una guerra y cumplir con los requisitos que fija el protocolo adicional II, por lo que no es posible la aplicación de esta normativa a lo que son: reuniones y manifestaciones, disturbios internos y otras situaciones de violencia interna (donde se incluyen los motines, los actos esporádicos de violencia y otros actos análogos) y finalmente los estados de excepción.

Las citas de los textos que describen la situación y el contexto en nuestro país, tanto antes como posteriormente a Septiembre de 1973, tales como parte del Informe de la Comisión Rettig, la respuesta que dieron las Fuerzas Armadas a dicho informe, la Carta de Eduardo Frei a Mariano Rumor, etc; contrastan con lo que ha sido la Jurisprudencia seguida por nuestros tribunales. En ella conviven en abierta contradicción, sentencias a favor y en contra respecto de la aplicación de los Convenios de Ginebra y, específicamente la aplicación de la Prescripción (prescripción gradual), y de la Amnistía (Decreto Ley 2.191 de 1978), o por el contrario la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra. El análisis de diversas sentencias relacionadas con los hechos ocurridos entre 1973 y 1980 se hace claro que nuestros tribunales siguen posturas contradictorias a lo largo de los años: El primer período, que va desde el gobierno del General Pinochet al año 1998, se caracterizó por la amplia aplicación de la Amnistía del decreto Ley 2.191. En el segundo período, los tribunales dejaron de recurrir a la amnistía pues consideraron que nuestro país sí estaba en un estado de guerra y determinaron aplicar los Convenios de Ginebra, sosteniendo que el derecho internacional en general prohibía la amnistía y la prescripción – cuestión

ampliamente discutible-. El tercer período es un período confuso, ya que los tribunales aplican, en algunos casos, la amnistía y señalan que no hubo en Chile un estado de guerra y, en otros, acepta solo en parte la normativa contemplada en los Convenios de Ginebra. En el cuarto período, los tribunales de justicia pasan a aplicar la imprescriptibilidad de los delitos permanentes en relación a los delitos de secuestro, cualquiera sea la certeza o la imposibilidad de establecer si las víctimas murieron o recuperaron su libertad, no siendo viable establecer una fecha en la que tal cosa cesa de ocurrir; lo que implica que se trata de un delito en consumación permanente, situación que impide establecer el momento desde el cual se deben iniciar los cómputos necesarios para conceder la amnistía o declarar transcurrido el plazo de prescripción. El quinto y penúltimo período, imparte la aplicación de la Imprescriptibilidad de los delitos de Lesa Humanidad, posición que se apoya no en el derecho positivo sino en normas objetivas fundamentalmente, en los fallos tanto de la Corte Interamericana de derechos humanos así como en los informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia de esta época sostuvo que las conductas cometidas en este período ya eran delitos al momento de su comisión, tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional y , que la prohibición de cometer estos crímenes es una norma de *ius cogens*, por lo que su penalización es obligatoria conforme al derecho internacional general; que no existiría por ellos una contradicción con el Principio de legalidad además se considera que el declarar prescrita la acción penal en casos como éste, pugna con el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad prevista en el artículo I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa

Humanidad – aún cuando Chile no es parte ni le es vinculante dicho tratado aplicándola como norma de costumbre internacional-. Finalmente en el sexto período rige lo que se conoce como la Prescripción gradual de los delitos imprescriptibles basándose en la afirmación de que es posible aplicar la prescripción gradual de los delitos imprescriptibles, por tratarse de instituciones diversas en la medida que sus efectos son distintos al igual que sus fundamentos, de acuerdo a lo determinado en el artículo 103 del Código Penal que considera a esta institución como una minorante calificada y no como una causal de extinción de responsabilidad penal. Al respecto, debo mencionar que todo lo anterior ha sido rechazado tanto en votos disidentes como en sus fundamentos jurídicos, ya que estas instituciones y su aplicación son completamente contrarias a lo establecido en el artículo 44 de la ley 20.357 y en consecuencia, contrarias a lo establecido en el artículo 19 n°3 de nuestra Constitución.

Como vemos no hay una postura única de nuestros tribunales de justicia respecto a la aplicación, en estos casos, del Derecho Internacional Humanitario ni tampoco de la juricidad del mismo. Si se tomase una postura objetiva y fiel a lo determinado en los propios Convenios de Ginebra en cuanto a **los requisitos e intensidad** de los conflictos para su aplicación, la respuesta sería una sola, no son aplicables. En efecto, no se cumple con ninguno de los requisitos que exige el Art. 3 y que precisa el Protocolo adicional II, estos son :

El hecho de que las fuerzas o estos grupos deben estar bajo el mando de una autoridad responsable, situación que no se dio pues si bien muchos de los atentados o actos de violencia perpetrados fueron reconocidos por estos

grupos, no existió en momento alguno un mando o cabeza que tomara la responsabilidad de las decisiones y acciones de sus subordinados, lo que hace imposible la identificación de “ partes en conflicto”, pues se requiere de un nivel de organización, coherencia y visibilidad suficientes para poder constituir una parte en el conflicto.

- Deben ejercer un dominio sobre una porción del territorio de dicho Estado que les permitan realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, circunstancia que si bien pudo tener un germen, no se alcanzó a dar en nuestro país.
- Frente a las características de los hechos de violencia ocurridos podemos decir que estos se enmarcan dentro de lo son los Disturbios internos tales como los motines, los actos esporádicos de violencia, que en si son actos de perturbación del orden público acompañados de actos de violencia.

Por otra parte las nuevas visiones subjetivas y posturas de los fallos relativos en los casos de violación de derechos humanos, en esa época -1973 a 1978 apuntan a una realidad completamente distinta. En esta perspectiva se pretende castigar siempre a los autores, inculpados o a sus mandos por delitos que se extienden y se clasifican como conexos, lo que trae consigo una falta de certeza jurídica enorme pues no aplica el orden penal vigente y desconoce muchas veces la normativa contemplada en diversos tratados consagrados mundialmente (los que terminan siendo desconocidos por ser contradictorios a estas tesis) y no respeta la autodeterminación del Estado al interpretar que

normas de Derecho Internacional pueden modificar irregularmente la Constitución o sus leyes.

Ante todo esto, ¿ que tendencia se debe seguir? Es una respuesta difícil, que lamentablemente esta memoria no logra alcanzar. Lo que es claro es ni una ni otra, resuelven estos asuntos del pasado que aún marcan nuestro presente y futuro.

Santiago, Julio de 2014

BIBLIOGRAFÍA:

Reseña histórica del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y del Derecho Internacional Humanitario (17 de Abril 2011)

<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLE8>

Convenio de San Petersburgo (17 de Abril 2011)

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/E739EB5EC9DB23B4C1256DE10058D8CA>

Carta de Naciones Unidas(17 de Abril 2011)

<http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm#Cap3>

¿ Que es el Derecho Humanitario? (17 de Abril 2011)

[http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5JW9/\\$FILE/DIH.es.pdf?](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5V5JW9/$FILE/DIH.es.pdf?)

I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña. (17 de Abril 2011)

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/2E048A9478BB2678C125>

II Convenio de Ginebra del 17 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar. (17 de Abril 2011)

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/4FC23BD391E56911C1256DE100537E82>

III Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. (17 de Abril 2011)

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/1FB1554798C43090C1256DE1005394D2>

IV Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. (17 de Abril 2011)

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/AB1C1C7C1F0BA414C12>

Protocolo Adicional I (17 de Abril 2011)

<http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-I>

Protocolo Adicional II (17 de Abril 2011)

<http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-II>

Protocolo Adicional III (17 de Abril 2011)

<http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-III>

Convención de la Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (17 de Abril 2011)

<http://www.cinu.org.mx/eventos/cultura2002/doctos/conflictoconvtxt.htm>

Participación de los Estados Americanos en los Tratados de relevancia para el Derecho Internacional Humanitario y su aplicación Nacional. Informe 2007.

Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del Comité de Internacional de la Cruz Roja para información de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

www.circr.org (01 de Mayo 2001)

Cruz Roja, Media Luna Roja, Cristal Rojo; François Bugnion
Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario

[http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5V5LB9/\\$FILE/Bienes_culturales.pdf](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5V5LB9/$FILE/Bienes_culturales.pdf) (01 de Mayo 2011)

Revista Internacional de la Cruz Roja No 147, p. 609-612 *por Jean-Marie Henckaerts*

<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMG5> (01 de Mayo 2011)

Los Crímenes de Lesa Humanidad; el Jus Cogens y las obligaciones erga omnes, la Jurisdicción Universal y la imprescriptibilidad.

http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro330.pdf (01 de Mayo 2011)

Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional

<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMMU> (03 Junio 2011)

Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949

http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/950B5D7D9CEA18B2C1256E2100501C7D?OpenDocument&Style=Custo_Final.3&View=defaultBody4 (03 de Junio 2011)

Introducción al Derecho Internacional Humanitario; Christopher Swinarski; Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericana de Derechos Humanos; San José, Costa Rica-Ginebra, 1984.

¿Cuál es la definición de Conflicto armado según Derecho Internacional Humanitario?; Comité Internacional de la Cruz Roja; documento de opinión, Marzo de 2008.

<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308?opendoc> (03 de Junio 2011)

Violencia y uso de la Fuerza; Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR, septiembre de 2008.

<http://www.icrc.org> (03 de Junio 2011)

Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados, Pietro Verri, “Dizionario di Diritto internazionale dei conflitti armati” ; ISSN 958-601-770-2 , Comité Internacional de la Cruz Roja, reimpresión en español: Centro de Apoyo Comunicacional para América y el Caribe, Buenos Aires Argentina, noviembre de 2008

<http://es.scribd.com/doc/44820499/Diccionario-de-Conflictos-Armados>
(22 de Junio 2011)

Los Tratados Internacionales, Miguel Reyes Sanchez, Editora Cumbre, 2002, p.p. 37-44.

Apuntes de clase Derecho de los Tratados, Segunda Parte, Profesor Alberto Ríosco Vásquez, RIO 4022, C.2, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p.14-18.

Instituciones de Derecho Internacional Público, Manuel Diez de Velasco Vallejos, Tomo I, sexta edición , segunda impresión, Editorial Tecnos S.A, Madrid 1983.

Derecho Internacional Público, Charles Rousseau, tercera edición, Editorial XX, Barcelona 1966)

Revista de Derecho, Naturaleza Jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la Ley, Crisólogo Bustos Valderrama, N°7, Agosto 2002.

Amnistía, indulto, prescripción y delitos universales, Carolina Ogas, Memoria de Título, Departamento de Derecho Internacional, 2007, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Red de Información Jurídica, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Interno, El caso chileno, Claudio E. Nash.
<http://190.41.250.173/guia/nash.htm> (02 agosto 2011)

Revista Ius et Praxis, I Artículos de Doctrina, Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno, Emilio Pfeffer Urquiaga, Año 9 N°1.

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ,ISSN 1695-0194,), “ Principios y Penas en el Derecho penal chileno”, Jaime Náquira R. (investigador principal) Cristóbal Izquierdo S., Paula Vial R. y Víctor Vidal M. (investigadores asociados), Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, NOTAS RECPC 10-r2 (2008), p.p 3-7.
<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> (21 Agosto 2011)

Iusciclopedia, “Ley Penal. Fuentes (principio de legalidad, leyes penales en blanco). Interpretación. Efectos.”, Andrea Zamorano, 08 de Diciembre 2007,.
<http://www.iusciclopedia.com/2007/12/08/ley-penal-fuentes-principio-de-legalidad-leyes> (21 Agosto 2011)

Informe De la Comisión de Verdad y Reconciliación, Corporación de reparación y Reconciliación; reedición Diciembre de 1996, Andros Impresores.

Respuestas del ejército, Fuerza Aérea, Armada y Carabineros, Centro de Estudios Miguel Enríquez; www.biphome.spray.se/ceme/

Pinochet y Allende vistos por un Inglés, Robin Harris, Publicado por Chilean Supporters Abroad, ISBN: 0 9535179 0 X, Traducción; Consuelo Edwards, Santiago de Chile.

Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Imprescriptibilidad y no aplicación de Amnistías a crímenes de Lesa Humanidad. www.juridicas.unam.mx
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/7/cnt/cnt6.pdf>
(12 de Abril 2012)

Anuario de Derechos Humanos, Nº5, Julio de 2009, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, “La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos” , Karinna Fernández Neira y Prietro Sferranza Taibi.

Anuario de Derechos Humanos, Nº2, Junio de 2006, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, “ Amnistía y Prescripción en causas sobre violaciones de derechos humanos en Chile” , María Inés Horvitz Lennon.

Revista Estudios Constitucionales, Año 8, Nº1, 2010, p.p 467-488. ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca “ Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar” , Karinna Fernández Neira.
http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_17.pdf
(14 de Abril 2012)

Las Nuevas Insurgencias; “ Análisis de un fenómeno estratégico emergente; Javier Jordán; A.E.D.I, vol. XXIV (2008)

Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus protocolos, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario; Marie-Jean Henckeaerts, División Jurídica del CICR; Recursos informativos, Revista Internacional; 1998-Nº 147.

Reseña Histórica del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y del Derecho Internacional Humanitario; “ Reseña histórica del Movimiento y del Derecho Internacional Humanitario, 2011 Comité Internacional de la Cruz Roja.

Mario Arnello Romo; Apunte “ Introducción al estudio del Derecho Internacional”; Universidad de Chile, 2010; p.p 1-11.

Eduardo Novoa Monreal; Crítica a las actuales tendencias de la Jurisprudencia y de doctrinas que son fuente de Lege-ferenda; México, 1977, p.p 145. (www.eduardo-novoa-monreal.blogspot.com).