

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
FACULTAD DE DERECHO

EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL
Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA
DE CHILE

LUIS HERNÁN ACEVEDO ESPÍNOLA
Trabajo Final de Titulación para optar al grado de
Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal

Profesor Guía: Jaime Couso Salas

Santiago, Chile

2018

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I. Instituciones del Derecho Penal Internacional, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y análisis de la Ley N°20.352.....	10
Instituciones del Derecho Penal Internacional.....	10
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	39
Análisis de la Ley N°20.352.....	50
CAPÍTULO II. Jurisprudencia Seleccionada de la Corte Suprema de Chile.....	66
Fallos anteriores al 01 de agosto de 2009.....	68
Fallos posteriores al 01 de agosto de 2009.....	99
CAPÍTULO III. Contrastación de la Jurisprudencia con la Hipótesis de Trabajo. Análisis de Argumentos.....	168
Primer criterio: Naturaleza Jurídica del Delito.....	172
Segundo criterio: Tipo Penal.....	174
Tercer criterio: Participación.....	176
Cuarto criterio: Prescripción y Amnistía.....	176
Quinto criterio: Beneficios y Ejecución.....	178

Contrastación con Argumentos.....	178
CONCLUSIONES.....	183
ANEXOS Y BIBLIOGRAFÍA.....	187

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordará el desarrollo del Derecho Penal Internacional (*en adelante, DPI*) en general y particularmente sobre la base de lo contenido en el Estatuto de Roma de 1998 (*en adelante, ER*), en contraste con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (*en adelante, CS*) aplicada para con los casos de los crímenes de lesa humanidad (*en adelante, CLH*) ocurridos en el período entre 1973 y 1990 en nuestro país. El estándar para esta contrastación será el Principio de Legalidad y su vertiente de Irretroactividad.

El **tema central** será la aplicación del ER en la jurisprudencia interna de Chile a partir de los fallos de la CS y su compatibilidad con el principio de legalidad, particularmente su vertiente de irretroactividad, buscando responder ***si la jurisprudencia interna de la Corte Suprema de Chile acoge o no la aplicabilidad directa de las normas o instituciones del Estatuto de Roma en particular y del Derecho Penal Internacional en general a situaciones ocurridas antes de su entrada en vigencia***, abriéndose tres opciones de respuesta: 1) que acoja la idea de aplicabilidad directa y retroactiva del ER y del DPI; 2) que acoja su aplicación, aun retroactiva, pero por vía indirecta mediante el Derecho Internacional Público en general y el Derecho Consuetudinario, en la medida en que estas fuentes sean solo el pretexto para aplicar el ER y no sea dicha fuente directamente la aplicada; o 3) que no acoja su aplicación retroactiva ni por vía directa ni indirecta. En cualquiera de las tres opciones, nuestra idea será contrastar esta opción tomada con el principio de legalidad.

Esta **materia y pregunta son relevantes** porque el DPI, una rama jurídica novedosa -piénsese que el ER fue elaborado recién en el año 1998 aunque como rama jurídica ha tenido un desarrollo previo y más amplio que el Estatuto, desde los Juicios de Núremberg e incluso antes-, ha ido adquiriendo una relevancia particular y mayor en el Derecho Comparado, y la idea es observar su grado de relevancia en el caso chileno, y específicamente, en la jurisprudencia de la CS de Chile.

En primer lugar, como contexto general, cabe hacer presente que tras sucesos históricos internacionales trascendentes, como los crímenes ocurridos durante la Alemania Nacional Socialista, la Guerra de la ex Yugoslavia, el Genocidio en Ruanda, o

las Dictaduras Latinoamericanas, entre otros fenómenos históricos, los Estados han reaccionado, primero, con tribunales internacionales *ad hoc*, justicia transicional interna y/o jurisdicción por terceros Estados, para luego haber creado una Corte Penal Internacional permanente (*en adelante, CPI*), establecida en el ER de 1998. Este tratado implicó una nueva regulación que entrelaza familias jurídicas con diversas consecuencias en la Teoría del Delito, de la Participación, de la Pena y normas procesales, tanto orgánicas como procedimentales.

En segundo lugar, en el caso chileno, durante los años 1973 a 1990 existió una dictadura donde se cometieron diversos crímenes que calzan con los crímenes señalados en el ER, sea como CLH (postura mayoritaria) o bien como crímenes de guerra (postura minoritaria e inicial), los cuales han sido juzgados bajo una justicia transicional interna y en algunos casos por juicio por tercer Estado -piénsese en el *caso Pinochet*, detenido en Londres por petición del Juez español Baltazar Garzón sobre la base de los principios de jurisdicción universal y de nacionalidad pasiva por las víctimas de nacionalidad española-.

La pregunta, por tanto, pretende dilucidar si esta jurisprudencia interna ha acogido o no la aplicación directa del ER en particular y del DPI en general y, en caso afirmativo, qué normas o instituciones, o bien, si ha aplicado esas normas por vía indirecta mediante Derecho Consuetudinario Internacional en la medida en que sea solo el pretexto de aplicación y no sea ésta la fuente directamente aplicada, o bien si rechaza su aplicación sea a uno u otro título, y cómo se compatibiliza esto con el Principio de Legalidad.

La relevancia de este tema se observa tanto desde la perspectiva del análisis jurisprudencial en el caso chileno como así también para observar cuál ha sido el grado de influencia que el ER en particular y el DPI en general ha tenido en la dogmática penal chilena, su normativa y su aplicación práctica, considerando que se ha proyectado que la influencia de este tratado y rama jurídica en dichos ámbitos va en aumento¹.

La principal distinción a realizar como marco teórico contextual se refiere a dos tópicos: 1) por un lado, si se acepta la idea de *aplicabilidad directa* del ER y del DPI o no,

¹ Para la influencia del Derecho Penal Internacional en el Derecho Nacional de los diversos Estados, véase ROBINSON, Darryl, "*The Rome Statute and its impact in National Law*", en CASSESE, GAETA y JONES, "*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*", Vol. II, pp. 1849-1870.

y cómo se relaciona esto con las normas internas. Por ejemplo, si la ley chilena no alcanzara a cubrir todos los elementos de los crímenes, o normas sobre participación diversas, faz subjetiva o culpabilidad, exculpantes, entre otras, los Tribunales de Justicia, en razón del deber del Estado de persecución en estos casos, han recurrido o no a la aplicación directa del ER y del DPI; y 2) por otro lado, si ello *se ha aplicado a situaciones ocurridas antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma*, y en caso contrario, en razón del principio de legalidad, si pese a ello materialmente se han aplicado sus normas pero bajo el título del Derecho Consuetudinario Internacional, y en dicho caso cómo se compatibiliza su aplicación con el Principio de Legalidad.

Ahora bien, el presente trabajo no buscará responder *valorativamente* sobre dicha influencia o ausencia de influencia, en su caso, o bien sobre si jurídicamente es posible aplicar directamente el DPI en general y el ER en particular aun a situaciones pasadas, o bien si solo podría hacerse sobre la base de Derecho Consuetudinario, o ninguno de los dos; sino que *describir* la realidad práctica de ello en Chile y explicar cómo han resuelto nuestros tribunales, tanto en lo que *afirman* como en la *forma de fallar* (pudiere ser diferente según uno u otro criterio). Dicho de otra forma, no se pretende responder jurídicamente estas preguntas ni valorar si su respuesta es positiva o no, sino que analizar la *realidad práctica jurisprudencial* chilena en relación con aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigencia del ER.

En caso de observar una doctrina jurisprudencial dispersa y poco consistente, será útil plantear un ejercicio de análisis sistemático global en que se agrupen dichos fallos según criterios de recepción del ER y del DPI, sus normas e instituciones, para solo luego, a futuro, poder realizar la valoración respectiva, siendo éste un trabajo *exploratorio*.

La hipótesis de trabajo se divide en tres premisas, a saber: ***Premisa N°1: Tanto el Tribunal Constitucional como el legislador de la época buscaron evitar la aplicación retroactiva del Estatuto de Roma y sus instituciones principalmente por razones políticas y justificados en el principio de legalidad, tanto para el delito como para la pena y el proceso.*** Lo anterior es sin perjuicio de la respuesta jurídica previa sobre la aplicabilidad directa o no del ER en particular y del DPI en general para suplir vacíos de norma interna sobre la base del deber del Estado de persecución.

Es decir, existiendo una pregunta previa sobre la *aplicabilidad directa* de los Tratados para suplir un vacío en norma interna, sobre la base del deber de persecución del Estado, nos centraremos más bien en la pregunta posterior, sobre su *aplicabilidad retroactiva*, particularmente referido al ER, en donde la primera hipótesis es que el Tribunal Constitucional chileno (*en adelante, TC*) y el legislador buscaron evitar su aplicación retroactiva tanto por razones políticas de la época como por el principio de legalidad.

Sostenido lo anterior, surge la ***Premisa N°2: Sin embargo, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema se puede observar una evolución a ir acogiendo parcial, progresiva y paulatinamente las diversas instituciones reguladas por el Estatuto de Roma y el Derecho Penal Internacional, pese a no invocarlo expresamente, pero sí acogiendo el fondo de las mismas invocando el Derecho Internacional Público en general y otros Tratados Internacionales, en el entendido que el Estatuto de Roma recoge, en cierta medida, el desarrollo consuetudinario, jurídico y político-legislativo que se venía desarrollando.*** Acá no se realiza, sin embargo, la valoración sobre si corresponde o no aplicar estas normas por vía indirecta bajo el título de Derecho Consuetudinario Internacional, sino que la descripción y explicación de la situación fáctica jurisprudencial.

En esta premisa sería también factible sostener que se ha aplicado el *Derecho Penal Internacional* en general más que el *Estatuto de Roma* en particular, pues lo primero puede estar desarrollado en más instrumentos o costumbre que en solo el Estatuto de Roma. De este modo, si bien puede que se esté aplicando el Estatuto por vía indirecta, es más preciso sostener que lo que se aplica no es el Estatuto en forma indirecta sino que las otras fuentes de forma directa, descartando la aplicación de este tratado internacional pero no del Derecho Penal Internacional en general, que efectivamente se estaría aplicando.

Por último, ***Premisa N°3: La acogida, sin embargo, no es total, sea porque la Corte Suprema no ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, o bien porque se hubieren rechazado algunas normas.***

Para responder a la pregunta planteada y testear la veracidad o exactitud de las tres premisas que conforman nuestra hipótesis de trabajo, la **metodología o aproximación preferente** consiste en el análisis de jurisprudencia, cuyos sus métodos específicos son: 1) *identificación* de una muestra de fallos, tanto del TC como de la CS, que explícitamente se refieran a la aplicabilidad de conceptos, normas o instituciones del ER, o que aún sin mencionarlo, *de hecho* hayan tenido que decidir si aplicarlos o no. Se aclara, en todo caso, que el análisis de la jurisprudencia del TC es diferente al de la CS, pues lo primero se refiere al marco conceptual en el contexto del control preventivo de constitucionalidad, mientras que lo segundo se refiere a los casos concretos sobre los cuales la jurisprudencia se ha pronunciado. Se agrega en este análisis la Reforma Constitucional que se tramitó para autorizar al Estado de Chile a incorporar a su Derecho interno el ER; 2) *reconstrucción descriptiva de las tesis explícitas* sostenidas por cada fallo sobre la cuestión; 3) *examen de la comprensión o entendimiento implícito* que los tribunales tienen sobre esa cuestión, en cada fallo, deducible a partir de su comportamiento práctico (si, aun sin responder explícitamente a la cuestión, *de hecho* aplican o dejan de aplicar, conceptos, normas e instituciones del ER); 4) *identificación de líneas o tendencias comunes* apreciables en diversos fallos, así como de inconsistencias o contradicciones; y 5) *conclusión* acerca de la existencia o no de una tesis (explícita o implícita) más o menos dominante sobre la cuestión, en el TC y la CS de Chile resguardando en todo caso sus diferencias en cuanto al análisis, según lo ya dicho.

De esta forma y en síntesis de la introducción: 1) se tiene presente que ***el Derecho Penal Internacional como rama jurídica es novedosa y rica en contenido dada su mezcla entre familias jurídicas, con gran influencia*** en la dogmática, legislación y práctica en el Derecho Comparado; 2) ***en el caso de Chile, existió una dictadura cuyos hechos, que calzan con los CLH tipificados por el ER, han sido juzgados por justicia transicional interna***; 3) la idea por tanto es ***observar cómo y en qué medida el ER, que contiene el texto expreso y novedoso del DPI, ha influido en la práctica judicial chilena*** de dichos casos, si acaso se aplica retroactivamente o no, o si se hace por vía indirecta; y 4) ***cómo se compatibiliza lo anterior con el principio de legalidad.***

La hipótesis se sostiene en tres premisas: 1) que ***el Tribunal Constitucional y el legislador de la época buscaron impedir la aplicación retroactiva del Estatuto de***

Roma a este tipo de casos; 2) que sin perjuicio de lo anterior **la Corte Suprema sí lo ha aplicado progresiva y paulatinamente, aunque por vía indirecta** del Derecho Consuetudinario y el Derecho Internacional Público, **aplicando tal vez el Derecho Penal Internacional más en general que el Estatuto de Roma en particular**; y 3) que **su aplicación aun no es total**, sea porque la Corte no ha debido pronunciarse sobre diversas instituciones o disposiciones del Estatuto de Roma, o porque pronunciándose ha rechazado su aplicación directa.

Para testear la exactitud de las premisas que conforman nuestra hipótesis se hará un trabajo de análisis jurisprudencial, *descriptivo y exploratorio*, identificando fallos, reconstruyendo sus tesis explícitas e implícitas, y desprendiendo líneas jurisprudenciales. Previo a ello, se analizará brevemente lo contenido en el Estatuto de Roma para luego identificar los fallos según cada una de las instituciones en análisis y dilucidar su forma de resolver, explícita e implícita.

Este trabajo no pretende, en todo caso, agotar la discusión sobre esta cuestión ni valorar qué es lo que ocurre, sino que simplemente describir la realidad jurisprudencial transicional y explorar en los diversos fallos sobre la cuestión ante la CS. En un futuro no se descarta hacer dicho análisis valorativo y ahondar en más jurisprudencia, incorporando fallos de las diversas Cortes de Apelaciones, pero por el momento nos centraremos en lo ya dicho.

Esperamos que el lector pueda identificar cómo ha funcionado la Justicia Transicional en Chile a partir de los casos vistos por la CS y que pueda tener los antecedentes necesarios para fundar su propia opinión, que como autores también tendremos derecho a tener, y luego poderla exponer en otro momento. Esperamos que este trabajo sea un aporte a la discusión siempre vigente sobre temas tan sensibles como son las violaciones a los derechos humanos (*en adelante, DDHH*), los CLH y la justicia transicional, y que el DPI vaya influyendo cada vez más en nuestro medio.

CAPÍTULO I

Breve exposición de las Instituciones del Derecho Penal Internacional, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Y Ley N°20.352

Instituciones del Derecho Penal Internacional:

Lo primero a aclarar es que el DPI es más amplio que el ER como tratado internacional, siendo éste un desarrollo de aquél, mediante el cual se cristalizan costumbres que se venían desarrollando a lo largo del tiempo tanto en el Derecho Internacional Humanitario como en el Derecho Consuetudinario.

El primer antecedente² directo del DPI son los Juicios de Núremberg³ y Tokio, mediante los cuales se juzgaron los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial por los Estados de Alemania y de Japón. Sobre éstos, se formaron estatutos particulares que tipificaron las conductas que se sancionaron y se crearon los tribunales internacionales *ad hoc* que los juzgarían.

Una de las críticas, por tanto, que se realizaron fue precisamente la infracción al principio de legalidad, pues los delitos por los que se sancionaron (crímenes de guerra, CLH y crimen de agresión⁴) solo fueron establecidos con posterioridad a la comisión de los hechos, sin perjuicio de que en el Derecho nacional de los Estados que tenían jurisdicción sí existieran tipos penales comunes como el homicidio, por ejemplo.

² Sobre los antecedentes del DPI véase CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “*Hacia la Conformación de un Tribunal Penal Internacional. Evolución histórica y desafíos futuros*”, en “*Problemas de Política Criminal y Otros Estudios*”, pp. 159-181; GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, “*Justicia Penal y Paz. El largo camino hacia la conformación de una jurisdicción penal universal*”, en AMBOS y GUERRERO, “*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, pp. 41-92; y CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*” Volume IA, pp. 3-184.

³ Sobre los Juicios de Núremberg, además de las referencias de la nota anterior, véase “*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg*”, sin autor, registro de los Juicios de Núremberg.

⁴ Es llamativo en este punto el que en los Juicios de Núremberg nunca se juzgó el crimen de genocidio pese al holocausto judío, ya que se incluyó en los otros tipos penales por los que se juzgó (véase referencia del pie de página anterior). Posiblemente esto se explique mejor analizando las normas concursales dentro del ER, Art. 78, en comparación a las normas concursales en los Estatutos de Núremberg y de Tokio, que podrá investigarse en otra oportunidad.

Asimismo, otra crítica es que el tribunal que los juzga no estaba establecido con anterioridad a la comisión del hecho sino que con posterioridad, y además, los integrantes de los mismos eran nacionales de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial. Estas críticas llevaron a sostener que esto era un simple *juicio político (no jurídico) de los vencedores respecto de los vencidos*, crítica que se continúa sosteniendo y hace peligrar el legado de los Tribunales de Tokio y de Núremberg.

En razón de estas críticas, se comenzó a gestar la idea a nivel internacional de la creación de un Tribunal Penal Internacional permanente y previo a los hechos, que juzgue este tipo de crímenes y que éstos se encuentren tipificados con anterioridad a la comisión de los hechos, tanto el delito propiamente tal como el tribunal. Esto acogiendo la idea de los penalistas sobre la base del resguardo al principio de legalidad y del debido proceso, diferente a la postura de los internacionalistas, quienes prescindían hasta cierto punto de estos principios, en razón del sentido común⁵.

Un segundo escenario de desarrollo del DPI se dio en la creación de otros tribunales internacionales *ad hoc*, como fueron los Tribunales para la ex Yugoslavia, de Ruanda y de Sierra Leona, aunque reiteraron las mismas críticas que se venían desarrollando para los juicios de Núremberg y de Tokio.

En paralelo a lo anterior, en la historia latinoamericana se vivieron las experiencias de las dictaduras⁶ en el contexto de la Guerra Fría, situación que llevó a la comisión de

⁵ Sobre los antecedentes del DPI véase CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, *Hacia la Conformación de un Tribunal Penal Internacional. Evolución histórica y desafíos futuros*, en *Problemas de Política Criminal y Otros Estudios*, pp. 159-181; GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *Justicia Penal y Paz. El largo camino hacia la conformación de una jurisdicción penal universal*, en AMBOS y GUERRERO, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, pp. 41-92; y CASSESE, GAETA y JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* Volume IA, pp. 3-184.

⁶ Respecto de los juicios sobre las dictaduras latinoamericanas véase el *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*, Fundación para el Debido Proceso Legal; concretamente sobre el caso de la Dictadura chilena, véase MATUS, Jean Pierre, *El Informe Valech y la Tortura Masiva y Sistemática como Crimen contra la Humanidad cometido en Chile durante el Régimen Militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional. Apuntes a propósito de la obra del Profesor Kai Ambos*, en *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el cambio de siglo*, pp. 89-144; SZCZARANSKI, Clara, *Culpabilidades y Sanciones en Crímenes contra los Derechos Humanos. Otra clase de delitos*; y PAÚL LATORRE, Adolfo, *Procesos sobre Violación de Derechos Humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*. Sobre la Dictadura Argentina, véase

diversos crímenes que pueden ser calificados como CLH y de guerra, según corresponda a la realidad de los casos. Se descarta de plano el crimen de agresión pues ello implica una guerra expansionista entre Estados, y como estos crímenes eran cometidos al interior de los Estados y respecto de grupos de nacionales propios, este último crimen ha de descartarse, además que su tipicidad es reciente, pero no necesariamente los crímenes de guerra (si hay guerra interna) ni los CLH e incluso el genocidio (en caso de que la víctima sea por razones étnicas, religiosas o de nacionalidad, en este último caso).

A diferencia de los crímenes ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial por la Alemania Nacional Socialista y Japón, que fueron juzgados por Tribunales *ad hoc*, y así también de los sucesos ocurridos en la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona, estos casos fueron juzgados por Tribunales de los mismos Estados donde ocurrieron los hechos, en el marco de la *Justicia Transicional*, y en otros casos con *juicios por terceros Estados*.

Entendemos por *Justicia Transicional* a aquella que se aplica por el mismo Estado donde ocurrieron las violaciones a los DDHH durante el período de transición desde el Gobierno de Facto a los Gobiernos posteriores, democráticos y una vez que la institucionalidad se halla reestablecida⁷. Por su parte, la *Justicia por Tercer Estado* es aquella que se aplica por un Estado que en principio no tiene jurisdicción pues los hechos no ocurrieron en su territorio, pero que la ejerce sobre la base de los principios de jurisdicción universal, protectiva pasiva o de nacionalidad pasiva⁸.

LORENZETTI y KRAUT, "*Derechos Humanos: Justicia y Reparación. La experiencia de los Juicios en la Argentina. Crímenes de Lesa Humanidad*".

⁷ Definición nuestra siguiendo lo que comúnmente se ha entendido por Justicia Transicional.

⁸ Definición nuestra. Recordemos en este punto que los principios de jurisdicción son 1) jurisdicción territorial, sobre la base del lugar donde se cometió el hecho, sea donde comenzó su ejecución (teoría del principio de la ejecución del hecho), donde se consumó (teoría de la consumación) o de cualquiera de ambos (teoría de la ubicuidad), principio de jurisdicción mayoritario en Derecho Comparado; 2) jurisdicción nacional activa sobre la base de la nacionalidad del infractor, o pasiva sobre la base de la nacionalidad del afectado por el delito; 3) jurisdicción protectiva pasiva, sobre la base de un delito que altere, ponga en riesgo o dañe la seguridad interior o exterior del Estado; y 4) jurisdicción universal respecto de ciertos hechos por los cuales todo Estado puede juzgar, como es la piratería y los CLH, de guerra, de genocidio y crimen de agresión, aunque al respecto no hay completo acuerdo.

En el caso de las dictaduras latinoamericanas, los terceros Estados que juzgaron, como Reino Unido por la solicitud del Juez español Baltazar Garzón en el marco del *caso Pinochet*, se fundaron en la jurisdicción universal y nacional pasiva en la medida en que la víctima sea de nacionalidad del Estado que juzga.

Sobre estas formas de proceder no se está exento de críticas. Además de las críticas sobre los Tribunales Internacionales *ad hoc* en relación al principio de legalidad sobre los tipos penales y sobre la base del debido proceso por tribunales establecidos con posterioridad a los hechos y solo para juzgar dichos hechos, respecto de la *Justicia Transicional* se cuestiona 1) que es *en la medida de lo posible*, lo cual es una crítica política aunque no exenta de la perspectiva jurídica, pues se dictan leyes o medidas públicas en general que impiden el juicio, como ocurrió en su oportunidad en Chile y Argentina con el Decreto Ley de Amnistía y la Ley Caramelo en el primer caso, y con las Leyes de Obediencia Debida y de Punto Final en el segundo caso, además de los indultos otorgados bajo el Gobierno de Menem; y 2) que en ocasiones se forma una “*cacería de brujas*” buscando sanciones desmedidas, como ocurrió en Egipto con los Hermanos Musulmanes y la dictación de penas de muerte en juicios masivos. Finalmente, la *Justicia por tercer Estado* es criticada por la eventual ausencia de jurisdicción y por los conflictos diplomáticos que genera.

Considerando todo ese contexto, y además considerando que el Estado como institución, sea la corriente política que se siga, está al servicio de la sociedad y/o de la persona humana, pero que en estos casos ha sido utilizado para la comisión de crímenes, es que surge el DPI como nueva rama jurídica, y particularmente, se estructura en el ER de 1998.

Entendemos por Derecho Penal Internacional a “*aquella rama del Derecho que por vía de normas de carácter internacional tipifican ciertas conductas como crímenes nucleares internacionales asignándoles su correlativa sanción en forma genérica, aplicable a la persona natural que corresponda luego de la aplicación de un debido proceso internacional*”⁹.

Esta rama jurídica, de carácter internacional, encontró su máximo desarrollo hasta el momento con el ER de 1998, que viene a cristalizar lo que el Derecho Internacional Humanitario en general venía desarrollando, en conjunto con el Derecho Consuetudinario, de modo que recoge esta tendencia e innova en algunas instituciones, como por ejemplo, en el principio de legalidad.

⁹ Definición nuestra a partir de los contenidos que la literatura citada a lo largo de este trabajo incorpora en el estudio del Derecho Penal Internacional.

Para la elaboración de este texto jurídico, sin embargo, se debe tener presente que se presentaron diversos desencuentros¹⁰, considerando en primer lugar las diferencias políticas que se tienen en temas tan sensibles como la regulación de la guerra, los conceptos de dictaduras, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, el crimen de genocidio y el crimen de agresión. Se suma a lo anterior, que la creación de una CPI permanente implicaba un escollo en cuanto a la soberanía de los diversos Estados, pues era otorgarle competencia y jurisdicción a un tribunal internacional sobre hechos ocurridos al interior del Estado en cuestión, además de la facultad de juzgar a personas investidas de poder político y militar.

Estas tres premisas (temas sensibles, juicio a personas con poder político y/o militar, y renuncia a la soberanía) llevó a la formación de un grupo numeroso de Estados escépticos con la creación de esta CPI, cuyo principal exponente era Estados Unidos (EEUU), aunque no el único (también encontramos a Rusia y la República Popular China). En contraste con este grupo de Estados había otro grupo que buscaba una CPI fuerte, con amplias atribuciones, lo cual se explica por los procesos que les ha tocado vivir a estos Estados, como son los casos de Alemania y su historia con el Nacional Socialismo, y Argentina y su historia con la dictadura¹¹.

Finalmente había otro grupo de Estados que llamaríamos *bisagras*, en quienes su voto dependía de la norma que fuera, como ocurre con Francia. Esta delegación no tenía la historia tan cercana como Alemania o Argentina ni tampoco la preocupación tan celosa de EEUU, Rusia o China, centrando su apoyo más bien en ciertas ONGs que buscaban que muchas de sus normas otorguen más poder a la CPI, principalmente para temas de indemnización. Esta división entre Estados era posible observar en diversas instituciones y disposiciones que se iban generando¹².

En paralelo a la división política entre Estados, la academia también sufrió divisiones, tanto entre internacionalistas que se dividían en consecuencia a las posturas políticas de las diversas delegaciones, como entre penalistas, divididos entre aquellos de familia continental y aquellos de familia anglosajona, con aristas también en lo procesal.

¹⁰ Para la elaboración del Estatuto de Roma, véase la nota al pie N°2.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

Con este breve esquema ya es imaginable la dificultad que existió en la elaboración del ER, de modo que a lo que se llegó fue *lo que más se podía avanzar* dentro de las posibilidades del momento, sin perjuicio de modificaciones posteriores (como la tipificación del crimen de agresión) y las que puedan venir con el paso de los años, pues no es y está lejos de ser un tratado internacional perfecto.

A nivel de contenidos este Estatuto tiene como ventaja una mezcla de familias jurídicas funcionando como un sistema universal, aunque hay normas y disposiciones que simplemente prefirió una familia por sobre la otra, pero presenta muchos avances en cuanto a la Teoría del Delito, de la Participación, de la Pena y aspectos procesales importantes. Se ha sostenido que en teoría se acogería en igual medida el Derecho Anglosajón y el Derecho Continental, pero en la práctica el primero tendría más peso, mientras que por el desarrollo de la jurisprudencia, el segundo iría obteniendo cada vez mayor peso, reemplazando al primero¹³.

Este contenido tiene ventajas y desventajas. En cuanto a lo primero, al mezclar familias jurídicas, permite llenar conceptos y lagunas legales en las diversas legislaciones del Derecho Comparado, avanzando en la dogmática penal mundial; aunque como desventaja se presenta la posible confusión y dificultad en la interpretación de las normas, disposiciones e instituciones, exigiendo más esfuerzo a la academia.

En fin, en razón de que el Estado sea utilizado para cometer crímenes, de las formas de reacción jurídica ante estos hechos en la historia mundial, el que sea una materia sensible, para personas investidas de poder político y/o militar, que involucra soberanía, y las divisiones académicas, podemos sostener que el avance realizado por el ER *es lo máximo que se ha podido realizar en este contexto*, y presenta ventajas importantes para llenar vacíos internos y ajustar nuestra normativa a los tratados internacionales, conforme a un control de convencionalidad. Por estos motivos, resulta necesario estudiar brevemente las instituciones de este tratado, interpretándolo conforme lo dispone la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

¹³ Sobre las familias jurídicas en el DPI y en el ER, véase MATUS, Jean Pierre, “*La transformación de la teoría del delito en el Derecho Penal Internacional*”.

No obstante, antes de este análisis más detallado -aunque breve- de las diversas disposiciones e instituciones, corresponde detenernos en dos ideas: una sobre la imputabilidad mixta y otra sobre las fuentes del DPI.

En cuanto a lo primero (*imputabilidad mixta*¹⁴), del hecho que el Estado sea utilizado para la comisión de crímenes en contra del propio pueblo, surge como concepto la *imputabilidad mixta*, que no se refiere solo a que la conducta y el resultado le sea imputable al hechor tanto objetiva como subjetivamente, sino que también tanto individual como colectivamente.

La imputabilidad individual, objetiva y subjetiva es lo que se estudia tradicionalmente en Derecho Penal; lo novedoso se encuentra en *la imputabilidad colectiva*, pues el Estado es parte del contexto de estos tipos de crímenes, o acaso una organización de una entidad similar al Estado, pero no está sancionado ni la asociación ilícita ni son sujetos del proceso penal internacional.

Dicho de otra forma: si bien el Estado o una entidad similar es exigida como elemento de contexto de este tipo de crímenes, ni el Estado ni la entidad similar son perseguibles como asociaciones ilícitas ni tampoco las personas naturales por el hecho de formar parte de las asociaciones, a diferencia de lo ocurrido en los Juicios de Núremberg y salvo para el caso del genocidio en donde sí se sanciona la conspiración; y asimismo, tampoco son perseguibles penalmente como personas jurídicas; pero son exigidos como *elementos de contexto* de los diversos crímenes, lo cual funda la imputabilidad mixta tanto en lo objetivo como en lo subjetivo, como así también en lo individual y en lo colectivo.

Al mismo tiempo, la imputabilidad mixta también se relaciona con los bienes o intereses jurídicos protegidos por el DPI, que se relacionan tanto con el derecho humano

¹⁴ Sobre la imputabilidad mixta véase KAI AMBOS, “*La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*”, pp. 143-167; KAI AMBOS, “*Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*” pp. 123-156; ESSER, Albin, “*Individual Criminal Responsibility*” en CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*” Vol. IB, pp. 767-822; DUPUY, Pierre-Marie, “*International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State*”, en CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*” Vol. II, pp. 1085-1100; y KAI AMBOS, “*Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo*”, pp. 45-86.

específicamente involucrado en cada uno de los tipos penales, como sería la vida, libertad, integridad o libertad sexual, entre otros, como también en la forma en que se regula la guerra; así, queda resguardado tanto la paz y seguridad internacional como el bienestar de la humanidad, según lo desprendemos del preámbulo del ER. Esto permite afirmar la *dualidad del bien jurídico o interés jurídicamente protegido*, aspecto sobre el cual podamos profundizar en otra oportunidad.

La segunda de las precisiones se refiere a las *fuentes del Derecho Penal Internacional*¹⁵, contenidas en el Art. 21 del ER, que se aplican jerárquicamente. En primer lugar se debe acudir al ER y a los tratados complementarios, a saber: los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba. En caso de haber contradicción entre unos y otros se prefiere el ER.

Enseguida, la segunda fuente a aplicar son las fuentes dichas en el Derecho Internacional Público en general, es decir, el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por esta vía las fuentes se amplían, pues se podrán usar los diversos tratados internacionales aplicables, la costumbre jurídica internacional, los principios jurídicos de las naciones civilizadas, la doctrina y la jurisprudencia, e incluso podría debatirse sobre la recepción de otras fuentes jurídicas como son los actos unilaterales de los Estados y las Resoluciones de Organismos Internacionales¹⁶.

Finalmente y en tercer lugar, si no se ha llegado a la solución aplicando las dos fuentes anteriores (hipótesis de extraña ocurrencia dada la amplitud de las dos fuentes anteriores, particularmente de la segunda), se aplica como tercera fuente lo establecido por la legislación del Estado *que tenga jurisdicción* en el asunto. Se entiende por aquel

¹⁵ Sobre las fuentes del DPI véase KAI AMBOS, “*La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*”, pp. 33-44; y PELLET, Alain, “*Applicable Law*”, en CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*”, Vol. II, pp. 1051-1084.

¹⁶ Esto dependerá de la postura que se asuma sobre las fuentes del Derecho Internacional Público en general, pues se indica que 1) las fuentes establecidas por el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no están establecidas en forma jerárquica y 2) tampoco son taxativas, pudiendo acudirse, por ejemplo, a los actos unilaterales de los Estados, como en el caso de las pruebas nucleares en el Pacífico realizadas por Francia, o bien las resoluciones de organismos internacionales, como serían las resoluciones del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fuentes de vital importancia para la interpretación y aplicación de la normativa internacional.

que *tenga jurisdicción* a aquél donde el hecho ocurrió, sea su inicio o su consumación, es decir, sigue la doctrina de la ubicuidad.

Esta fuente jurídica es extraña pues permite aplicar norma interna en la solución de un conflicto penal internacional, no solo la norma internacional, pero se explica como una victoria de los penalistas al momento de debatir el ER, así como el principio de legalidad, permitiendo la aplicación de norma interna principalmente en materia de *Defensas*, es decir, del análisis de la antijuridicidad y culpabilidad que en términos anglosajones y en el ER se le conocen como *Defensas* -valga la aclaración para evitar confusiones en su estudio-.

Finalmente y ya no en orden jerárquico, la CPI siempre podrá fallar utilizando la jurisprudencia, tanto de la misma CPI como de las otras cortes, sea de Núremberg, Tokio, ex Yugoslavia, Sierra Leona o Ruanda, o aun de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y por cierto, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Esto por la gran influencia del Derecho anglosajón en el cómo se regula esta materia y los precedentes.

Lo que sí estaría más en debate es el uso de la jurisprudencia interna del Estado, por ejemplo, si no solo podría usar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino que también, por ejemplo, lo resuelto por la Corte Suprema de EEUU, o de otro Estado, pero ello podría ser objeto de otra investigación (sería la influencia del Derecho Interno sobre el Internacional, en circunstancias que la presente investigación es en el sentido inverso, la influencia internacional sobre lo nacional).

Aclarados los puntos anteriores pasemos breve repaso por las diversas instituciones reguladas en el ER:

Las primeras disposiciones que analizamos en este contexto se refieren a los principios, que podemos agruparlos en cuatro: 1) principios del ER como ley; 2) principio de responsabilidad penal individual, de mayores de edad y regulación de situaciones de mando y obediencia; 3) principio del elemento subjetivo del tipo penal o del elemento positivo de la culpabilidad; y 4) principio de inaplicabilidad de limitaciones estatutarias.

El primero de estos principios, que llamamos *Principio del Estatuto de Roma como Ley*¹⁷, se encuentra regulado en los Arts. 22, 23 y 24 del Estatuto, referido al principio de legalidad del delito y de la pena, y el principio de irretroactividad en razón de la persona imputada.

Estos principios fueron una victoria de los penalistas en la elaboración del ER, pues basta con recordar las experiencias previas en torno a los Tribunales Internacionales *ad hoc* en donde los internacionalistas sostenían que no era necesario tipificar, por ejemplo, los CLH para entender que habían sido cometidos esta clase de delitos, y al mismo tiempo, la relevancia del tema y la resolución del organismo internacional bastaban o justificaban la existencia del tribunal internacional *ad hoc*, sin que, bajo esta postura, se infringiera el principio de legalidad y del debido proceso.

Tradicionalmente se distinguía entre los crímenes nucleares internacionales (como son los crímenes de guerra, de lesa humanidad, de genocidio y de agresión) con los transnacionales¹⁸, aplicando el principio para los segundos pero no para los primeros, pues pesaba más la postura de los internacionalistas y las diversas delegaciones de los Estados involucrados, que eran proclives a juzgar de todas formas. Así, se sostenía que además de ser innecesario el principio de legalidad en estos casos dada la relevancia de los hechos, era conveniente no exigirlo para poder juzgar, y finalmente, estos tipos penales cristalizaban una costumbre que se venía desarrollando por el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Consuetudinario, además de la tipificación interna de delitos comunes como un homicidio, por ejemplo.

En contraste con ello, el ER significó un avance en esta materia, pues establece expresamente el principio de reserva legal y además crea una CPI permanente respetuosa con el debido proceso, ya que se garantiza la existencia de un tribunal previo a los hechos, establecido en la ley, y con garantía de imparcialidad e independencia, sin

¹⁷ Sobre los Principios del ER como Ley véase SCAHBAS, William, "*Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*" en KAI AMBOS y GUERRERO, "*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*", pp. 263-308; y LAMB, Susan, "*Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law*", en CASSESE, GAETA y JONES, "*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*" Vol. IB, pp. 733-766.

¹⁸ Sobre esta diferencia, véase CAMPUSANO y ACEVEDO, "*Naturaleza Jurídica de los Atentados en París: ¿Terrorismo o Crímenes de Guerra*", Revista Tribuna Internacional de la Universidad de Chile, Vol. 6, N°11, 2017.

perjuicio de las demás garantías que constituyen el estándar internacional del debido proceso, conforme a los tratados internacionales relacionados con la materia.

En cuanto al principio de legalidad, el Art. 22 recoge este principio señalando que debe haber un tipo penal establecido en el Estatuto previo a la comisión de los hechos. No obstante, la recepción del principio no es total, pues si bien exige la *escrituración* en el ER y que esto sea *previo* a la comisión de los hechos, no se exige la consagración *estricta* del tipo penal, quedando elementos de los crímenes sujetos a interpretación. En cuanto a las consecuencias de esto, hay defectos que es posible constatar en los CLH y de guerra, aunque lamentablemente su análisis excede de los objetivos de este trabajo, por lo que podrán ser analizados en otra oportunidad.

Por de pronto, basta con señalar que en este punto primó la postura del Derecho Anglosajón o bien, la defensa de las llamadas leyes penales en blanco de los continentales, pues bastará con que el verbo rector esté *expresamente* en la ley, mientras que sus elementos accesorios podrán estarse definiendo sea por los Elementos de los Crímenes (similar a una ley penal en blanco) o sea por la jurisprudencia (teniendo por base el sistema anglosajón).

Finalmente, podríamos sostener que la solución a este defecto debiera encontrarse en la acogida de una interpretación restrictiva como método de interpretación de los tipos penales, además de los principios de *in dubio pro reo* y la analogía *in bonam partem*, excluyendo la analogía *in malam partem*. Todo esto, sin embargo, queda para otra investigación.

Otro tanto realiza el Art. 23 al exigir que la pena esté fijada previamente en la ley, aunque nuevamente presenta defectos, pues sigue el modelo anglosajón ya que el ER se contenta con establecer una escala de penas entre el presidio por 30 años y el presidio perpetuo revisable a los 25 años, salvo la pena de 5 años y/o multa para el caso del Art. 70, pero sin asignar específicamente la escala para cada tipo penal, dejándolo al criterio del Juez. Lamentablemente el análisis completo de esta disposición también escapa a los objetivos del presente trabajo.

Finalmente, el Art. 24 establece la irretroactividad¹⁹ en razón de la persona salvo una disposición, cual es la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes (Art. 29), permitiendo su aplicación aun retroactiva pues esta norma cristaliza una costumbre propia del Derecho Consuetudinario y del Derecho Internacional Humanitario, así como recoge un principio y una norma imperativa internacional, aunque pueda debatirse su veracidad o exactitud.

Esto es particularmente relevante para la jurisprudencia que acá analizaremos, pues como se desarrollará, una de las normas o instituciones que ha recibido mayor aplicación y debate es la característica de imprescriptibilidad de los CLH, así como la improcedencia de la amnistía, y así también ha sido debatida la legalidad del concepto de “*secuestro permanente*” (tipo penal que el ER recoge como desaparición forzada, como se explicará).

El segundo de los principios que se recoge por el ER es el que llamamos *principio de responsabilidad penal individual, de mayores de 18 años y regulación de las situaciones de mando y obediencia*.

En cuanto a lo primero (Art. 25, *Principio de Responsabilidad Penal Individual*²⁰), no se presentan mayores diferencias con el principio general en Derecho Penal nacional, pues responderá la persona natural involucrada, no así la persona jurídica. Dada la fecha en que se elaboró el ER, aún mantenía su vigencia el principio de *societas delinquere non potest*²¹, aunque al día de hoy ya está superado en la mayoría de las legislaciones del

¹⁹ Sobre la irretroactividad véase CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, “Section 3: Jurisdiction” Vol. IA y IB, pp. 335-732.

²⁰ Sobre este principio véase ESER, Albin, “*Individual Criminal Responsibility*” en CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, Vol. IB, pp. 767-822; VAN SLIEDREGT, Elies, “*Individual Criminal Responsibility in International Law*”; Fundación para el Debido Proceso Legal, “*Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*”, Capítulo II, pp. 77-128; KAI AMBOS, “*La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*”, Capítulos 2.II, pp. 74-85, 6.I, pp. 135-138, y 8, pp. 169-294; SCAHBAS, William, “*Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*”, en KAI AMBOS y GUERRERO, “*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, pp. 263-308; y KAI AMBOS, “*Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*”, Capítulos Sexto y Séptimo, pp. 123-167.

²¹ Sobre este principio en Chile véase KÜNSEMÜLLER, Carlos, “*Societas Delinquere non Potest. Societas Delinquere Potest*”, en SCHWEITZER, Miguel (Co), “*Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*”, pp. 159-204

Derecho Comparado²². Se llama la atención, asimismo, a lo dicho con respecto a la imputabilidad mixta en atención a la imputabilidad colectiva, es decir, la exigencia del Estado u organización similar como elemento de contexto necesario para este tipo de crímenes²³.

Respecto de los Estados y las personas jurídicas involucradas, basta con señalar por ahora que se debatió la posibilidad de juzgarlos durante la elaboración del ER principalmente en razón de la mayor solvencia económica que tendrían para las indemnizaciones, siendo bandera de lucha de las ONGs que participaron y de Francia, aunque la idea fue desechada. En otro artículo ya se tuvo la oportunidad de comentar este debate y cuál sería la situación actual²⁴.

Con relación a la jurisprudencia que acá se estudiará, este principio tiene algunas menciones pero en atención a la ley penal nacional, no así al ER, salvo si se debatiera la asociación ilícita y los elementos a considerar para calificar los hechos como CLH, como se analizará.

Enseguida, el Art. 26 del ER establece la *exclusión de los menores de 18 años* de la competencia de la CPI, aunque no de su responsabilidad penal, pudiendo ser juzgados por el Estado que tenga jurisdicción y en aplicación de sus propias normas internas.

A esta solución se llegó luego del debate en la formulación del Estatuto y en atención a las diferencias en el Derecho Comparado al respecto, tanto en la edad mínima de responsabilidad penal como en los fundamentos del sistema, su regulación y graduación, así como incluso en la finalidad de la pena. En general, los sistemas del Derecho Comparado navegan entre el fundamento *tutelar* de la responsabilidad penal de los menores vs un sistema *de culpabilidad disminuida*, y con diversos desarrollos en cuanto a la regulación misma, graduación de responsabilidad penal así como la finalidad

²² Sobre su superación en Chile basta con mencionar la Ley sobre Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, N°20.393, como marco general, sin perjuicio de legislación especial como el DL N°211 sobre Libre Competencia. Esta nueva legislación ha dado paso a todo un tema nuevo, como es el Compliance, que pareciere ser que irá en aumento con el paso del tiempo, abarcando no solo más delitos como delitos base sino que también abarcando otras áreas del Derecho, como es el Derecho Laboral, Medioambiental o el Tributario, entre otros.

²³ Al respecto véase nota al pie N°11.

²⁴ Véase CAMPUSANO y ACEVEDO, "*Inclusión de Delitos Ambientales en el Estatuto de Roma*", Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N°37, Enero 2018, pp. 227-256.

de la pena. Lamentablemente es un tema en el que tampoco ahondaremos por no ser objeto del presente trabajo, bastando con mencionarlo por ahora pues ni si quiera se observan casos relevantes en la jurisprudencia que analizaremos, ya que ésta no involucra menores de edad.

Lo que sí resulta relevante para los fines de este trabajo es la regulación de las *situaciones de mando y obediencia*²⁵, regulado en los Arts. 27, 28 y 33 del Estatuto. Al respecto, señalemos por ahora que el inferior responderá como autor directo del hecho sin poder alegar la obediencia debida salvo en los casos de crímenes de guerra, lo cual amerita una mayor explicación.

En cuanto a la *responsabilidad del inferior* la doctrina y jurisprudencia internacional ha ido variando. Previo al régimen Nacional Socialista en Alemania y los Juicios de Núremberg, se acogía la *doctrina de la irresponsabilidad plena*, excusándose el inferior siempre bajo el pretexto de la orden superior. En los Juicios de Núremberg, en cambio, se acogió la *doctrina de la responsabilidad plena*, respondiendo el inferior sin importar su alegación de orden de superior. Finalmente, surge una nueva teoría ecléctica o de *responsabilidad limitada* que establece condiciones para responder²⁶.

Por de pronto, resaltemos que en esta materia el ER innova y recoge el desarrollo que se venía gestando, y recoge una *doctrina de responsabilidad limitada para los crímenes de guerra mientras que una de responsabilidad plena para los crímenes de lesa humanidad y de genocidio*. Esto porque se establece en general la improcedencia de la obediencia debida como defensa salvo que, copulativamente, la orden del superior fuere formalmente jurídica, el sujeto se encuentre obligado por ley a obedecer, no supiere de la ilicitud de la orden y no sea manifiestamente ilícita. Enseguida, se dice que la orden de un genocidio o de crímenes de lesa humanidad será siempre manifiestamente ilícita.

Relacionando estas disposiciones se observa que respecto de los crímenes de lesa humanidad y de genocidio se recoge la doctrina de responsabilidad plena, pues no

²⁵ Sobre las situaciones de mando y obediencia véase además de la bibliografía señalada en nota al pie N°17, KAI AMBOS, “*Superior Responsibility*” en CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, Vol. IB, pp. 823-872; y ZIMMERMANN, Andreas, “*Superior Orders*” en mismo libro, pp. 957-974.

²⁶ Sobre este desarrollo véase VAN SLIEDREGT, Elies, “*Individual Criminal Responsibility in International Law*”

podrá excusarse el inferior con la orden previa del superior ya que será siempre una orden manifiestamente ilícita, mientras que para los crímenes de guerra se recoge la doctrina de responsabilidad limitada pues habrán condiciones copulativas que si concurren en conjunto podría eximir. De esta forma, se distingue según el crimen en cuestión sobre si procederá y en qué condiciones la orden del superior como eximente de responsabilidad penal.

Por otro lado, en cuanto al superior, lo primero que se aclara es que el cargo oficial es impropio como defensa y que la inmunidad no significa impunidad; el tema estará en el título de imputación. El superior que dé la orden responderá como *autor mediato por dominio de organización*²⁷, que es una creación doctrinaria que comentaremos más adelante en cuanto a la participación; y si no hubiere dado la orden pero el delito se comete por personas a su cargo, responderá por la omisión en el control de las personas a su cargo (responsabilidad por el mando) aun a título culposo (si es militar) o por ceguera intencional (sea militar o civil).

Al respecto, el ER señala que el superior responde de lo que hagan quienes están a su mando si omitió evitar el hecho con un control apropiado, sabiendo o debiendo saber por el contexto, de su ocurrencia o se proponían cometerlo; y cuando no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.

Esto si resulta relevante para la jurisprudencia que se analizará, pues hay algunas que se pronuncian directamente por la responsabilidad tanto de los inferiores como de los superiores, de modo que habrá que prestar especial atención a lo antes dicho y relacionarlo también con lo que comentaremos en torno a la participación.

²⁷ Sobre el Dominio de Organización véase KAI AMBOS, “*Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo*”, “*Sobre la Organización en el Dominio de Organización*”, pp. 63-86; KAI AMBOS, “*Dominio por Organización. Estado de la Discusión*”, en “*Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal*”, pp. 71-105; y ROXIN, Claus, “*El Dominio de Organización como forma independiente de Autoría Mediata*” en *Revista de Estudios de la Justicia* N°7, 2006, pp. 11-22.

En tercer lugar se observa el *Principio del Elemento Subjetivo como elemento del tipo penal o como elemento positivo de culpabilidad*²⁸, referido al dolo o la culpa (Arts. 30 y 32). Esta división entre si es elemento subjetivo del tipo penal o como elemento positivo de la culpabilidad recoge la división entre finalistas y causalistas respectivamente, respecto de lo cual no ahondaremos salvo haciendo presente la existencia de la discusión.

Lo que sí es relevante es que el ER en general exige el dolo, sea dolo directo, de segundo grado, eventual o la ceguera intencional, y tanto en sus elementos cognoscitivos como volitivos. La culpa, en cambio, recibe una recepción restringida a solo los militares que se le impute un resultado como superior de aquel que directamente lo cometió, y en hipótesis omisiva.

El mismo Estatuto define las expresiones “conocimiento” y “a sabiendas” como “*la consciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos*”, y enseguida señala que actúa intencionalmente “*el que se propone incurrir en la conducta; el que se propone causar o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos, la correlativa consecuencia*”.

Otro punto relevante es el tratamiento del error²⁹, que solo eximirá de responsabilidad penal si “*borran la intención*”, es decir, siguiendo la *Teoría Extrema de Dolo* todo error llevaría a la eximición mientras que siguiendo la *Teoría de la Culpabilidad*, la solución sería igual salvo el error de prohibición vencible, que facultará al tribunal a atenuar la pena, recogiendo las doctrinas sobre el error en el Derecho Comparado. Otro punto se discutirá sobre si se sigue un estándar de hombre medio o un criterio individual. Este punto será relevante solo en la medida en que la jurisprudencia se pronuncie sobre ello, pero conviene tenerlo presente.

²⁸ Sobre el elemento subjetivo del tipo penal o positivo de la culpabilidad (dolo y culpa), véase SCAHBAS, William, “*Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*”, en KAI AMBOS y GUERRERO, “*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, pp. 263-308; y KAI AMBOS, “*La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*”, capítulo 11, pp. 383-452.

²⁹ Respecto del tratamiento del error véase ESER, Albin, “*Mental Elements-Mistake of Fact and Mistake of Law*” en CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, Vol. IB, pp. 889-950.

El último de los principios sí tiene aún mayor relevancia en conexión a la jurisprudencia que analizaremos, es el referido a la *Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias*³⁰, tanto a la amnistía como a los indultos y la prescripción, aunque es más preciso ir distinguiendo por institución.

A este respecto lo primero a precisar es que la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias de 1970 ya establecía este principio respecto de la prescripción y de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, aunque tradicionalmente si prescribían los crímenes de guerra. Esta norma, en cambio, decidió que tampoco los crímenes de guerra prescribieran. Esto luego fue ampliado por el ER, que en su Art. 29 establece que ninguno de los crímenes nucleares internacionales prescribirá, existiendo por tanto norma positiva que la impide expresamente.

Sobre esto resulta útil ahondar en sus fundamentos: A partir de los fallos de la jurisprudencia transicional de Argentina³¹, los Jueces Zaffaroni y Nolasco argumentaron de la siguiente forma: La prescripción tiene su fundamento en el cambio de la conflictividad social del hecho, el cambio en el sujeto y la certeza jurídica como necesidad del orden jurídico. Ninguna de estas razones, sin embargo, subsisten en este tipo de crímenes, pues la conflictividad social del hecho no disminuye, el sujeto cometió el hecho por razones ideológicas y, como diría Roxin, dada una elevada disponibilidad a cometerlo³², y la certeza jurídica no puede invocarse pues es beneficiarse de su propia situación de poder. De este modo, la prescripción no correría en este tipo de crímenes.

Asimismo, se agrega como argumento el positivo a raíz de la Convención indicada y a raíz de diversos tratados internacionales que obligan a la prevención, persecución y sanción de este tipo de delitos, a riesgo de que si no se juzgan, habrá un tercer Estado que en aplicación del principio de jurisdicción universal pueda llevarlos a juicio, como fue

³⁰ Se usará el concepto de limitaciones estatutarias para referirnos tanto a la amnistía como a la prescripción y a los indultos, aunque hay literatura que vincula esto solo con la prescripción; valga por ello la precisión. Sobre ello véase VAN DEN WYNGAERT y DUGARD, “*Non-applicability of Statute of Limitations*”, en CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, Vol. IB, pp. 873-888.

³¹ Al respecto, véanse los casos Simón y Mazzeo, en Argentina, explicados en LORENZETTI y KRAUT, “*Derechos Humanos: Justicia y Reparación. La experiencia de los Juicios en la Argentina. Crímenes de Lesa Humanidad*”.

³² Sobre la disponibilidad del autor ejecutor a cometer el delito, véase ROXIN, Claus, “*El Dominio de Organización como forma independiente de Autoría Mediata*” en Revista de Estudios de la Justicia N°7, 2006, pp. 11-22.

el caso *Pinochet* en Chile y su relación con Reino Unido y la solicitud del Juez español Baltazar Garzón.

Estos argumentos conviene tenerlos presente para hacer el contraste con la jurisprudencia que analizaremos, pues cabe señalar, por ahora, que esta es la institución en la que hay más desarrollo jurisprudencial, variando posiciones y distinguiendo entre la prescripción civil, penal y media prescripción.

Ahora bien, este principio no se limita sin embargo a la prescripción, también se refiere a los indultos y la amnistía, aunque son más debatidos pues no tienen los argumentos de texto expreso como la prescripción, sino que más bien jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH. Acá lo que hay no es un texto que prohíba la amnistía o los indultos sino que textos que obligan la persecución y sanción, pero no excluirían estas instituciones, al menos no expresamente, sino que es un desarrollo jurisprudencial, salvo para el caso de los Convenios de Ginebra en donde se excluye la autoamnistía expresamente.

Lo anterior ha llevado a distinguir y discutir más sobre estas instituciones. Respecto de la amnistía se dice que lo que estaría prohibido sería una auto amnistía más que la amnistía propiamente tal, como lo vemos en la comparación entre el Decreto Ley de Amnistía de Chile vs la amnistía pactada en Colombia por el caso de las FARC. Por su parte, respecto de los indultos se discute pues serían beneficios otorgados a la persona, no en razón del hecho sino en cualquier otra razón que el criterio político lo justifique, de modo que no estarían excluidos per se. Estos comentarios conviene tenerlos presente para el análisis que se realizará de la jurisprudencia, que como señalamos, tiene amplio desarrollo en cuanto a la prescripción civil, penal y media prescripción, y sobre la amnistía, aunque no del indulto, al menos no hasta el momento, salvo un caso.

Entonces, ***respecto de los principios conviene tener presente el principio de legalidad por la figura del secuestro permanente, el principio de responsabilidad penal individual y las situaciones de mando y obediencia, la responsabilidad aun culposa del superior militar así como las exigencias generales de dolo, y las normas y comentarios sobre la amnistía, prescripción y los indultos.***

Terminado el análisis breve en relación a los principios, centrémonos ahora en los tipos penales: Al respecto, conviene tener presente las normas sobre CLH y sobre crímenes de guerra. Excluiremos los comentarios respecto del genocidio pues la víctima en el caso chileno no era una población civil en atención a su etnia, raza, religión o nacionalidad sino que por pensamiento político, de modo que se excluye el genocidio como título de imputación posible. Asimismo, excluimos el análisis del crimen de agresión pues ello se refiere a una guerra expansionista entre Estados, cuestión que no ocurre en el caso de los crímenes de la dictadura chilena. Profundizando entonces en lo directamente relacionado con Chile, conviene comentar solo los CLH y los crímenes de guerra.

Respecto de los crímenes de lesa humanidad³³, comentemos que el Art. 7 del Estatuto de Roma los regula como “*cualquiera de los actos siguientes cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”.

Sobre este punto conviene hacer algunas precisiones: En primer lugar es el elemento de contexto lo que funda la naturaleza de crimen nuclear internacional, exigiendo el elemento colectivo de la imputabilidad mixta, de modo que el sujeto activo, clarificado por los elementos de los crímenes, puede cometerlo en el contexto de la presencia de un Estado involucrado, o de una organización de entidad similar.

A mayor abundamiento, cabe destacar que originalmente los CLH estaban vinculados con la guerra, pero luego, en el Código Preliminar de 1954 se amplió el margen a situaciones en conexión con la autoridad, y luego en 1968 con las negociaciones que llevaron a la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias antes señalado, se amplía aún más a tiempos de paz, conectados con autoridad estatal o grupo de entidad similar. El Código Preliminar de 1991 finalmente

³³ Sobre los CLH véase SUNGA, Lyal, “*La jurisdicción rationae materiae de la Corte Penal Internacional (Parte II, arts. 5° a 10°)*”, en KAI AMBOS y GUERRERO, “*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, pp. 227-262; KAI AMBOS, “*Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*”, Capítulos octavo y noveno, pp. 168-347; y CASSESE, Antonio, “*Crimes against Humanity*” en CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, Vol. IA, pp. 353-378.

Para ver jurisprudencia latinoamericana sobre el tema, véase Fundación para el Debido Proceso Legal, “*Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*”, Capítulo 1.3, pp. 28-56.

alude a un grupo o política, recogiendo lo que se venía desarrollando y que queda plasmado en los Elementos de los Crímenes que clarifican al ER.

En segundo lugar, precisemos que al señalar “*cualquiera*” y “*ataque*” se ha debatido entre si exige solo uno de los actos calificados como CLH o acaso varios. Por de pronto, señalemos que la postura que ha asumido la jurisprudencia es que basta uno, siendo una figura de hipótesis alternativa con intención común, no acumulativa. También se entendió que el “*ataque*” implicaría que fueren militares, pero tampoco es esa la exigencia.

En tercer lugar, destaquemos que la *generalidad o sistematicidad* son elementos alternativos, referidos a la cantidad de víctimas en un caso y al sistema generado para la comisión de estos crímenes en el segundo caso. En el *Caso Blaskic* ante el Tribunal de la ex Yugoslavia se llegó a la idea de que la sistematicidad se refiere a la presencia de autoridades, recursos determinados, una política como finalidad y víctimas determinadas, aunque ello es criticado exigiendo solo la política determinada. Ahora bien, en el caso *Barbie y Touvier en Francia* se llegó a una conclusión aún más amplia, pues señaló que bastaba para la sistematicidad la *hegemonía ideológica* para establecer la presencia de un sistema, aunque es una exigencia amplia a nuestro parecer, pues la hegemonía ideológica no implica necesariamente un sistema que la ampare, siendo, a nuestro parecer, elementos diferentes.

Finalmente, el sujeto pasivo en estos casos es la población civil, lo cual excluye a los militares (si ocurren estas figuras en relación a los militares podríamos estar en presencia de crímenes de guerra, si cumplen con dichos requisitos, en caso contrario, delitos comunes). Aunque no obstante lo anterior, el Tribunal de la ex Yugoslavia incluye acá a los militares que cesaron en el combate, aunque ello, desde nuestra perspectiva, les daría calidad de sujeto protegido conforme al Art. 3 común de los Convenios de Ginebra, dando paso a los crímenes de guerra, no así a un crimen de lesa humanidad.

Finalmente, se exige que el acto en cuestión sea cometido con conocimiento de dicho ataque, lo cual exige el elemento cognoscitivo. Esta exigencia sin embargo abre dos opciones: o bien aumenta la exigencia al dolo específico, conociendo los elementos completos del tipo penal, el elemento contextual y el plan, o bien disminuye el estándar a

exigir la sola representación del elemento contextual y no el elemento volitivo, lo cual incluiría el crimen de lesa humanidad por culpa en lo relativo al elemento contextual, aunque doloso en el tipo penal específico. Esto podría abordarse en otra oportunidad.

Por de pronto, estos comentarios nos sirven como marco teórico para hacer nuestro análisis de jurisprudencia, pues veremos que hay fallos que dan a los delitos cometidos en el marco de la dictadura la ***naturaleza jurídica de crímenes de lesa humanidad***, de modo que tendrían que pronunciarse sobre todos estos elementos. Otro punto, asimismo, será ***cuál es la fuente internacional que se aplicaría para ello, si acaso el Estatuto de Roma u otro tratado internacional, o aun el Derecho Consuetudinario, el Derecho Internacional Humanitario o el Derecho Penal Internacional en general.***

Respecto de las figuras específicas de los CLH, centrémonos en solo algunos: Desde una perspectiva académica podemos sistematizar las diversas figuras conforme al bien jurídico que protegen directamente (recuérdese que en general se protegen los derechos humanos -bienestar de la humanidad- y la regulación de la guerra -paz y seguridad internacional-), dividiendo estos delitos en cuatro grupos: 1) contra la vida; 2) contra la integridad y libertad; 3) contra la libertad e indemnidad sexual; y 4) otra clase de delitos.

En cuanto a los primeros destacan dos figuras posibles: el asesinato o el exterminio, siendo el *causar la muerte* en un caso (aunque Francia exigiría la premeditación, similar a nuestro homicidio calificado y diferente a la corriente anglosajona que incluyen también el homicidio simple) o *dar muerte encaminada a la destrucción de parte de una población* sin que por ello sea genocidio. Esto conviene tenerlo presente pues el título de imputación ha sido tradicionalmente el secuestro permanente y el homicidio, aunque no el causar la muerte ni el exterminio del ER.

En cuanto a los segundos (contra la integridad y la libertad) destacaría 1) la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; 2) la tortura como el causar ilegítima e intencionalmente dolor o sufrimientos graves, físicos o mentales, a una persona sometida al control o custodia del imputado; 3) la desaparición forzada de personas como el

aprehender, detener o secuestrar personas por un Estado u organización o con su apoyo o aquiescencia, o mantener dicha detención aun siendo de origen legal, seguido de la negativa a informar sobre dicha privación de libertad o sobre la suerte o paradero de dichas personas, o negar dicha detención, secuestro o aprehensión, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado de tiempo; 4) la esclavitud como el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas; y 5) la deportación o traslado forzoso de población como el desplazamiento de personas por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente sin motivos autorizados por el Derecho Internacional.

Todos estos tipos penales conviene también tenerlos presentes pues como sostuvimos, la jurisprudencia a analizar se ha enfocado en los secuestros permanentes (que el ER los recoge como desaparición forzada) y el homicidio, ya comentado, pero también se podría comentar la tortura y el traslado forzoso de población. Dicho de otra forma, ***una cosa que hace la jurisprudencia es darle la naturaleza de crimen de lesa humanidad, pero al mismo tiempo, se refiere a delitos comunes***. Dicha mezcla es la que se buscará aclarar en la presente investigación. Esto ya será analizado.

En el tercero de estos grupos (contra la libertad e indemnidad sexual) destacan 1) la violación como la invasión del cuerpo de una persona mediante penetración por vía bucal, anal o vaginal, con un objeto u otra parte del cuerpo (caso bucal, solo con órgano sexual, conforme a lo fallado en los Tribunales de la ex Yugoslavia y de Ruanda), mediando fuerza física o moral causada por persona o contexto de coacción, o si la víctima era incapaz de dar su libre consentimiento por incapacidad natural inducida o debida a la edad; 2) la esclavitud sexual como el ejercicio de los atributos de la propiedad sobre una persona en el ámbito sexual; 3) la prostitución forzada, en donde el autor haya hecho que la víctima realice una acción de naturaleza sexual por la fuerza física o moral causada por persona ajena o hecho ajeno, o abusando de que era incapaz de dar su libre consentimiento por incapacidad natural inducida o debida a la edad, y que hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo por dicha acción; 4) el embarazo forzado en donde hay un confinamiento ilícito de una mujer a quien se la ha embarazado a la fuerza con la finalidad de modificar la composición étnica de una población u otro fin contrario al Derecho Internacional; y 5) la esterilización forzada como la privación permanente de la capacidad de reproducción biológica sobre una o más personas, no

justificado por medidas de control de natalidad o por tratamiento médico o clínico, y sin su libre consentimiento, incluyendo el engaño o abusando de que la víctima era incapaz de dar su libre consentimiento por incapacidad natural inducida o debida a la edad.

Estos delitos conviene tenerlos presente para las imputaciones por violación y otros abusos sexuales de gravedad comparable, que es la figura residual que establece el ER en estos casos.

Finalmente, los otros tipos penales se refieren a 1) la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto de competencia de la CPI y 2) el apartheid como actos inhumanos iguales o similares en naturaleza y gravedad a los anteriores, cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener dicho régimen y con conocimiento de los hechos que califican a tales actos de graves.

Estos conviene tenerlos presente por la primera de las figuras, como es la persecución de un grupo con identidad propia por motivos políticos.

En cuanto a los crímenes de guerra³⁴, corresponde centrarnos en parte de ellos. El ER distingue tres grupos de crímenes de guerra, a saber: Figuras comunes, figuras propias de conflictos internacionales y figuras propias de conflictos internos. Por lógica, nuestro caso no se relaciona con los conflictos internacionales (ni aun considerando la Operación Cóndor, lo cual no modifica el tipo de conflicto sino que le da más relevancia a la sistematicidad transnacional que hubo en este tipo de delitos, a lo largo de todo el cono sur), sino solo con los conflictos internos.

³⁴ Sobre los crímenes de guerra véase SUNGA, Lyal, “*La jurisdicción rationae materiae de la Corte Penal Internacional (Parte II, arts. 5° a 10°)*”, en KAI AMBOS y GUERRERO, “*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, pp. 227-262; y BOTHE, Michael “*War Crimes*” en CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, Vol. IA, pp. 379-426.

Para ver jurisprudencia latinoamericana sobre el tema, véase Fundación para el Debido Proceso Legal, “*Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*”, Capítulo 1.4, pp. 56-76.

Lo primero a señalar en todo caso es que para la aplicación de estas figuras tendríamos que calificar lo que ocurría en Chile como un conflicto bélico, aun interno, en los términos de los Convenios de Ginebra. Por de pronto consideramos que no existía tal especie de conflicto bélico, sino que actos aislados o esporádicos de violencia que precisamente el Art. 8 del Estatuto lo descarta como hipótesis de conflicto bélico. De este modo, la postura que sostiene que en Chile ocurrieron crímenes de guerra es minoritaria e inicial, como se verá, siendo la mayoría y actual la que opta por CLH.

Sin perjuicio de ello, valga igual hacer algunos comentarios para quienes piensen que sí había conflicto bélico, y asimismo, para considerar y evaluar bien lo fallado por la jurisprudencia para aquellos casos en que hayan decidido aplicar los Convenios de Ginebra.

La conducta general común se refiere a la infracción de las reglas de la guerra en forma incompatible con los Convenios de Ginebra o sus Protocolos Adicionales, sea afectando personas, poblaciones, bienes protegidos, misiones diplomáticas y emblemas, formas de hacer la guerra y otros delitos. Para su concurrencia se exige la calificación del conflicto como uno interno o internacional (aunque no se le exige al sujeto activo que haga esta calificación sino solo conocer los antecedentes fácticos que fundan esa calificación), y respecto del interno, excluye los motines o actos aislados de violencia, precisamente por no ser conflicto bélico interno, como sería el caso.

Dentro de las figuras específicas se dividen en los mismos grupos antes mencionados: 1) delitos contra población civil; 2) delitos contra bienes protegidos; 3) delitos contra misiones diplomáticas y emblemas distintivos; 4) delitos por infracción a las formas de hacer la guerra; y 5) otros delitos. Los hechos de la dictadura podrían calificar como especie de delitos contra la población civil y los otros delitos, pero para su aplicación tendría que resolverse el punto de inexistencia de conflicto bélico interno en los términos de los Convenios de Ginebra. ***Tampoco sería posible calificar los delitos cometidos como crímenes de lesa humanidad sobre la base de los Convenios de Ginebra, pues éstos tipifican otros delitos, los crímenes de guerra, y no así los crímenes de lesa humanidad.***

Dicho lo anterior, centrémonos mejor brevemente en las normas sobre las defensas y la participación. En cuanto a las “Defensas”³⁵, concepto tomado del Derecho Anglosajón que se refiere tanto a la Teoría de la Antijuridicidad como a la Teoría de la Culpabilidad como elementos del delito, como ya precisamos, el ER distingue tipos de defensas o bases de exclusión de responsabilidad siguiendo las recomendaciones del Comité Preparatorio.

Así, las defensas internacionales se refieren a la necesidad militar, la represalia y la legítima defensa del Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas; las defensas basadas en la negación de responsabilidad incluyen el error de tipo y de prohibición, y la enajenación mental, y las excusas o justificaciones se refieren a la legítima defensa propia y de terceros, defensa de propiedad, estado de necesidad, coacción y orden del superior.

Para un mejor orden podemos estructurar las defensas en aquellas basadas en la tipicidad, como el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas; aquellas basadas en la antijuridicidad como la legítima defensa propia, de terceros y de propiedad; aquellas basadas en la culpabilidad, como la insania, intoxicación, estado de necesidad exculpante y la coacción; y aquellas basadas en el error y la intencionalidad.

Cabe señalar que estas defensas no son taxativas, pues en el debate del Estatuto sobre esto primó la postura de EEUU, Rusia, Sudáfrica y Japón entre otros, en el entendido de que se podría aplicar el Art. 21 regla tercera particularmente en este análisis.

Sin embargo, conviene tener presente para los fines de este trabajo particularmente el error de tipo, ya comentado, así como el error de prohibición; la legítima defensa propia y de terceros; y la coacción y órdenes superiores. Las demás defensas no tienen relación con los casos resueltos por nuestra jurisprudencia.

³⁵ Sobre las Defensas véase KAI AMBOS, “*La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*”, capítulo 2.III, pp. 85-90, 6.II, pp. 138-140, y 12, pp. 453-498; y CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, Vol. IB, pp. 951-1048.

Para ver jurisprudencia latinoamericana sobre el tema, véase Fundación para el Debido Proceso Legal, “*Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*”, Capítulo III, pp. 129-150.

Sobre la legítima defensa propia y de terceros valga señalar que el ER exige la actuación razonable en defensa propia o de un tercero contra un uso inminente e ilícito de la fuerza (agresión real y próxima, e ilegítima) en forma proporcional, es decir, recoge los mismos requisitos de nuestra legítima defensa (sin perjuicio que la doctrina tradicional chilena no considera a la proporcionalidad como parte de esta causal de justificación, salvo el límite ético social frente a la desproporción extrema) e incluso menos, pues nuestro Art. 10 N°4 del Código Penal exige también la falta de provocación suficiente en la defensa propia, el no haber participado en la provocación en el caso de la defensa de parientes, o bien el no tener motivos ilegítimos o vindicativos en la defensa de terceros.

Sin embargo, al no tener mayores diferencias con nuestra legislación, no resultaría un criterio a considerar para testear nuestra hipótesis y responder a la pregunta de investigación. Conviene por tanto continuar con la coacción y las órdenes superiores. Al respecto, el ER exige que la conducta sea consecuencia de una coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones graves para quien actúa u otra persona, producto de un tercero o de un hecho ajeno a su control, y en que se vea en la necesidad racional de actuar para evitar esa amenaza, siempre que su intención de dañar fuere menor al daño que buscaba evitar.

Por de pronto valga señalar que recoge la fuerza moral irresistible o el miedo insuperable, así como el estado de necesidad exculpante, aunque con algunas diferencias que lamentablemente su análisis excede de los objetivos de este trabajo, no sirviendo tampoco como criterio de análisis para testear nuestra pregunta de investigación e hipótesis, bastando solo con mencionarlo. Valga también la mención de que el ER hace inaplicable lo anterior para los crímenes de lesa humanidad y para el genocidio, por lo que si la jurisprudencia ha aplicado algo de esto, es en aplicación del Código Penal nuestro y no en consideración ni al ER (que lo niega en CLH) ni del DPI en general.

Finalmente, respecto de las órdenes del superior ya mencionamos el punto, remitiéndonos a ello, en donde, recordemos, el inferior responderá siguiendo una doctrina de responsabilidad plena en crímenes de lesa humanidad y genocidio, y una doctrina de responsabilidad condicionada o limitada en los casos de crímenes de guerra. De esta forma, el inferior no podrá excusarse sobre esta base salvo en crímenes de guerra, de modo que en la jurisprudencia que analizaremos se tendrá que distinguir el título de

imputación (si crímenes de guerra o de lesa humanidad) y luego si acoge o no la orden del superior como eximente, analizando también la fuente jurídica en la que se basaría para ello, si acaso el Código Penal o bien el Derecho Internacional.

Finalmente, valga dedicar algunas líneas para analizar las normas sobre participación³⁶. En general, el ER recoge las mismas formas de participación que nuestro Derecho, ya sea al autor directo, el coautor y el mediato, el intelectual y el inductor, y el cómplice y encubridor. El mayor desarrollo que aporta es la *llamada autoría mediata por dominio de organización* como creación doctrinaria y el *Joint Criminal Enterprise*, refiriéndose a quien contribuya intencionalmente de otro modo en la comisión o tentativa del crimen.

Recordemos que la autoría mediata se refiere a aquel que realiza la conducta por medio de otro utilizado como instrumento, y sus hipótesis clásicas son aquel donde el instrumento es un inimputable por minoría de edad o por enajenación mental, el instrumento está inserto en error, o bien se encuentra coaccionado.

La *autoría mediata por dominio de organización* escapa a esas hipótesis (he ahí su aporte, desarrollado tanto por Claus Roxin como por Kai Ambos), exigiendo que exista una organización (sea o no estatal, según lo resuelto en el caso Katanga), que dicha organización actúe al margen del Derecho, que entre los miembros de la organización haya relación de mando y obediencia con la posibilidad cierta y efectiva de imposición, la fungibilidad del autor ejecutor y una elevada disposición del autor ejecutor a la comisión del hecho, sea por ideología, temor reverencial, carrera funcionaria, etcétera.

Asimismo, Kai Ambos da como criterios complementarios la idea de que la responsabilidad va aumentando a medida que se aleja del hecho pero aumenta el dominio funcional del hecho, ya que el dominio del hecho es del autor ejecutor pero el dominio funcional del hecho, de la organización y de la voluntad, radica en el mando medio, mientras que finalmente, el dominio completo funcional del hecho, de la organización y de la voluntad, se encuentra en el vértice de la organización.

³⁶ Al respecto ya tratado supra, notas N°17, 22, 23 y 24.

Como veremos, estas normas son importantes para nuestra jurisprudencia, pues precisamente se dan como ejemplos el caso Pinochet y Manuel Contreras, y el caso Caravana de la Muerte en relación a Arellano Stark. Finalmente, tendremos que distinguir si se llega a estas conclusiones aplicando el Código Penal nuestro o si acaso se acude al Derecho Internacional, y en este último caso, a qué fuente en particular. Solo así observaremos si se está aplicando el ER o no, o bien el DPI en general, o ninguno de los dos y basta con el Derecho Penal nacional.

Por otro lado, el concepto de *Joint Criminal Enterprise* exige dos elementos: Subjetivamente se exige el conocimiento y la convergencia; y objetivamente la ejecución conjunta o al menos contribución, aun sin conocerse. Nuevamente habrá que observar 1) si la jurisprudencia ha aplicado estas ideas y 2) si lo ha hecho aplicando simplemente el Código Penal chileno o si acaso ha acudido a DPI general o al ER en particular.

Para ir cerrando este repaso por las instituciones del DPI regulado en el ER, corresponde hacer breves comentarios sobre las normas procesales³⁷, particularmente los principios de competencia, cooperación y complementariedad, pues tienen más relación directa con la jurisprudencia que observaremos y la pregunta de investigación así como con nuestra hipótesis de trabajo.

Respecto de la competencia, el ER solo regiría para hechos futuros desde su entrada en vigencia, es decir, el año 2002, o la fecha en que el Estado nacional o territorial se haga parte del Estatuto, salvo si el Estado dé una declaración en contra sobre determinado crimen ocurrido en su territorio cuyo imputado sea nacional suyo y la investigación se haya iniciado de oficio por Fiscalía o a solicitud del mismo Estado. Dicho de otra forma, ***solo se aplicará a hechos futuros salvo que el Estado en cuestión haya aceptado la aplicación retroactiva por aceptación posterior de competencia***

³⁷ Sobre los aspectos procesales véase BEHRENS, Hans, “*Investigación, juicio y apelación. El proceso penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Partes V, VI y VIII)*” y KREB, Klaus, “*Sanciones penales, ejecución penal y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Partes VI, IX y X)*”, ambos en KAI AMBOS y GUERRERO, “*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, pp. 309-362; KAI AMBOS, “*Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*”, Capítulo Undécimo, pp. 376-414; y CASSESE, GAETA y JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, Vol. II, particularmente secciones 6, 7 y 8, pp. 1111-1840.

respecto de un hecho ocurrido en su territorio y respecto de un imputado nacional suyo.

Lo anterior ya da luces de la respuesta a la pregunta de investigación, pues no solo el Estado de Chile y su normativa interna impedirían la aplicación retroactiva del ER sino que también el mismo Estatuto, salvo que el Estado haya renunciado a la irretroactividad o bien que se refiera a la imprescriptibilidad, como ya lo relatamos, pues en esos casos se admite la aplicación retroactiva. Conviene tener en mente esto a la hora de testear nuestra hipótesis.

Enseguida, el *principio de complementariedad* implica un orden de prelación entre las diferentes formas de juzgar estos hechos, bajo un principio de reparto de cargas, de modo que debe consultársele al Estado que tenga jurisdicción de si se juzga por la CPI o por sus propios tribunales, salvo la incapacidad o no disposición de juzgar por parte del Estado.

La literatura ya citada indicaría que el orden de prelación sería la jurisdicción nacional en primer lugar, luego la jurisdicción universal, tribunal penal internacional *ad hoc* y finalmente CPI, aunque según la doctrina la jurisdicción universal debe ser posterior a la CPI.

Sin perjuicio de esta breve explicación, cabe señalarla para un análisis general del contexto del objeto de estudio, pues nos referimos a la justicia transicional del Estado que tiene jurisdicción, no poniéndose en entredicho este principio de complementariedad. Sirve en todo caso tenerlo presente, además de por el contexto, por el fallo del TC y la siguiente Reforma Constitucional, aunque no directamente para los fallos que analizaremos de la CS.

En última instancia en relación a las instituciones y normas del Estatuto de Roma que puedan analizarse en este trabajo, valga hacer algunas precisiones sobre el *principio de cooperación internacional*, aunque también como elemento de contexto, pues no tiene directa relación con nuestro objeto de estudio. Sobre esto, lo único a resaltar es que se estructura tanto sobre la base de la extradición como sobre la base de la orden de detención y entrega, aunque no se han dado casos de esta naturaleza en nuestra

jurisprudencia, salvo algunos como el de Walter Rauff y el de Fujimori, pero esos no son casos en relación a los crímenes de la dictadura, por lo que quedan fuera de nuestro análisis, salvo el caso Townley. No obstante, este caso no tiene relación con las hipótesis objeto del presente trabajo, por lo que no será abordado, basta su sola mención.

Finalmente, otra de las instituciones relevantes la encontramos en los beneficios carcelarios y Libertad Condicional, ya que tienen una regulación diferente que la ley interna, comparando, entre otros, el Decreto Ley N°321 con el Art. 110 del ER.

Con todo lo dicho la idea era dejar en claro qué normas e instituciones del DPI estarán en análisis en relación a la jurisprudencia interna de Chile, en el contexto de la justicia transicional y solo respecto de la CS. Así, este primer apartado del primer capítulo buscaba servir como marco teórico sobre las instituciones en análisis, aunque evidentemente que no se busca ser un manual de DPI, destacando solo algunos puntos relevantes y de una forma muy sintética. El lector podrá profundizar observando las notas al pie de página y viendo la diversa bibliografía que hay sobre la materia.

Análisis del Fallo del Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre el Estatuto de Roma.

Corresponde ahora centrarnos en el análisis del fallo del TC chileno al momento de conocer del proyecto de acuerdo de aprobación e incorporación del ER en el Derecho chileno, causa **Rol N°346-2002**³⁸, por control eventual y facultativo de constitucionalidad. Esto se desarrolla considerando la primera premisa de nuestra hipótesis, es decir, para observar si el TC y el legislador de la época buscaron o no la irretroactividad de este cuerpo normativo (el Estatuto de Roma) para las causas de violaciones a los DDHH ocurridas en Chile entre los años 1973 y 1990.

Lo primero a destacar en este punto es que a la fecha del fallo (08 de abril de 2002) los Tratados Internacionales no eran objeto de control preventivo obligatorio de

³⁸ Véase el fallo del Tribunal Constitucional en causa Rol N°346-2002, dada su importancia para este trabajo, adjuntado en Anexo N°1.

constitucionalidad como lo es hoy en día en relación a los tratados internacionales que regulen materias propias de Ley Orgánica Constitucional, de modo que el control de constitucionalidad realizado fue de tipo preventivo pero *eventual y facultativo*. *Eventual* en tanto solo procede si surge un conflicto de constitucionalidad durante su tramitación, y *facultativo* en tanto solo procede si es a instancia de parte interesada, como son la cuarta parte de los Diputados en ejercicio.

En este caso se presentó un requerimiento por parte de 35 H. Diputados que impugnaban la constitucionalidad del ER, básicamente por cuatro argumentos, a saber: 1) que *la soberanía reside en la nación y se ejerce por las autoridades que la Constitución establece y por el pueblo mediante plebiscitos o elecciones periódicas* (Art. 5 de la Constitución, *en adelante, CPR*), de modo que la función jurisdiccional es expresión de dicha soberanía, pudiendo celebrar acuerdos internacionales pero no si con ello se renuncia a una potestad esencial, como es el ejercicio de la jurisdicción penal; 2) que si bien el ER afirma el Principio de Complementariedad, *en los hechos se sobrepone a la jurisdicción nacional pudiendo ordenar investigaciones en forma paralela o incluso en contra de la jurisdicción nacional*; 3) que queda igualmente limitada la función de la Corte en razón de que el *Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede suspender investigaciones o juicios pendientes*, existiendo un derecho a veto en dicha institución; y 4) que finalmente, este tratado implica la *creación de un Tribunal no regulado por ley*.

Siguiendo con la explicación del requerimiento se indicaba que el ER infringía numerosas disposiciones de la CPR, como son a) los Arts. 5, 6 y 7 ya que la soberanía se ejerce por las autoridades que la CPR establece y acá se ejercería por un tribunal internacional, que al mismo tiempo impide al tribunal nacional juzgar, estando regulados por el ER y no por la Ley chilena; b) el actual Art. 76 por ser un tribunal no creado por ley (se añade que una ley es muy diferente a un tratado, por cuanto en este último no proceden indicaciones ni puede ser derogado por una ley posterior), no independiente -ya que el Consejo de Seguridad puede suspender investigaciones o procedimientos-, y que se puede excusar -contrario al principio de inexcusabilidad-; c) el actual Art. 77 y siguientes sobre el nombramiento de los jueces; d) el actual Art. 19 N°3 y 63 N°3 al violar el principio de legalidad ya que los tipos penales y la regulación penal solo puede ser por ley y no por tratado internacional, siendo una comisión especial; d) la facultad de indultar y amnistiar, ya que pese a ser manifestaciones de soberanía en orden a decidir no juzgar o

no sancionar o sancionar en menor medida ciertos hechos o personas, la CPI puede decidir juzgarlos de todas formas, al igual que frente a la cosa juzgada y las inmunidades; y e) infringiría las atribuciones del Ministerio Público como único órgano facultado exclusivamente por la CPR para dirigir todas las investigaciones penales que correspondan, ya que acá ingresaría la Fiscalía de la CPI.

Seguido de ello, el Presidente de la República respondió señalando, en síntesis, 1) que la CPI era el resultado de las negociaciones internacionales para evitar la impunidad y prevenir la comisión de nuevos crímenes internacionales, pero que NO reemplaza la jurisdicción penal interna ya que *se rige por el principio de complementariedad, de modo que solo juzgará por incapacidad o no disposición del Estado a cumplir con su deber de persecución*; 2) *el primer deber de investigación y juicio recae en el Estado en cuestión* en virtud de diversos tratados internacionales, de modo que debe ejercer su función y en caso contrario la CPI complementa; 3) se trata de juicios respecto de *responsabilidad penal internacional, no nacional*, de modo que el Estado nunca ha tenido competencia para conocer de ese tipo de crímenes, por lo que no es una expresión de su soberanía sino que una ampliación de la misma, producto de este tratado; y 4) *su establecimiento es en ejercicio de la soberanía*, conforme a los Arts. 1, 5 y 32 N°16 de la Constitución, que faculta al Presidente para negociar y llevar las relaciones internacionales, celebrando tratados internacionales, aunque la jurisdicción de la Corte NO es delegación de soberanía sino que está constituida por el acto mismo de constitución.

Responde asimismo, en específico sobre las disposiciones eventualmente vulneradas, a) que las normas establecidas para los tribunales chilenos no han de ser aplicadas en este caso ya que es un tribunal internacional, más similar a uno especial no integrante del poder judicial, por lo que no aplican sus disposiciones como estándar ni tampoco las normas de nombramiento; b) se trata de un tribunal independiente e imparcial, autónomo de todo otro órgano, aun de la ONU, de modo que la facultad de suspender una investigación o procedimiento por parte del Consejo de Seguridad es un mecanismo de control y coordinación en protección de los DDHH necesario, pero no altera la independencia, que se encuentra resguardada, pese a esta necesidad de coordinar el fin de evitar la impunidad con la mantención de la paz y seguridad internacional; c) *el principio de legalidad no se ve alterado ya que el Art. 21 del Estatuto de Roma establece las fuentes de un modo bastante amplio, permitiendo la aplicación de*

legislación interna; d) respecto de los indultos y amnistías, así como el Estado puede decidir darlas, también es una opción legítima decidir no hacerlo; e) no se afectan las facultades del Ministerio Público por el principio de complementariedad; f) la cosa juzgada aparente también está contemplada en la legislación vigente (actual Art. 13 del Código Procesal Penal); y g) las inmunidades y su inaplicabilidad busca asegurar la igualdad ante la ley y la responsabilidad de las autoridades, principios que también están recogidos en la Constitución.

La disputa jurídica, por tanto, recaía 1) *en si el Estatuto de Roma era una manifestación de la soberanía nacional y de las facultades del Presidente de la República para celebrar tratados internacionales, o si por el contrario implicaba una delegación de soberanía prohibida por el Constituyente cuyo ejercicio dependería de autoridades no establecidas por la Constitución; 2) en si el principio de complementariedad era o no real, o si acaso realmente la jurisdicción de la CPI sería contradictoria o supletoria a la jurisdicción penal nacional, afectando además las atribuciones de investigación que le competen al Ministerio Público; 3) en si la facultad del Consejo de Seguridad de la ONU de suspender investigaciones o juicios en curso implicaba una vulneración al principio de independencia judicial, o si acaso era simplemente un esfuerzo por coordinar la necesidad de evitar la impunidad con el fin de mantener la paz y seguridad internacional; 4) en si es posible aplicar el estatuto del Poder Judicial chileno (Arts. 76, 77 y siguientes de la CPR) o no a la Corte Penal Internacional, en el sentido de aplicarle las exigencias de independencia, imparcialidad, legalidad, inexcusabilidad y nombramiento, o si por el contrario, al tratarse de un tribunal internacional no era posible aplicarle este régimen; 5) en si se vulnera o no el principio de legalidad al aplicarse directamente el Estatuto de Roma y no el Código Penal, o si por el contrario, el Art. 21 del ER permitía la aplicación supletoria del Código Penal para resolver asuntos no regulados en el mismo; y 6) en si las facultades de indultar y amnistiar se ven o no vulneradas o desconocidas por el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, así como también en si el efecto de cosa juzgada respecto de algunos casos ya juzgados es real o más bien aparente.*

Como se observa, en relación a la pregunta y tema de investigación **son estos dos últimos puntos los relevantes, pues se pone en entredicho el principio de legalidad por una parte, y la aplicación retroactiva sobre crímenes ya indultados o**

amnistiados, o bien ya juzgados, rigiendo a su respecto el efecto de la cosa juzgada, por la otra.

En el proceso en cuestión, el TC finalmente acogió el requerimiento, indicando que para que el tratado sea conforme a la Constitución es *necesaria una reforma constitucional previa*. Esto en consideración a varios argumentos, los cuales se resumen de la siguiente forma:

En primer lugar, el TC sostuvo que si bien se establecía que la CPI será un tribunal permanente y preestablecido con jurisdicción *complementaria* sobre las personas naturales para juzgar los delitos por los que tiene competencia (Art. 5 ER), no se definió la *complementariedad*³⁹ y por el contrario, se trataría más bien de una jurisdicción correctiva y sustitutiva o supletoria⁴⁰ en los casos para los que se prevé, pudiendo “*decidir en contra de lo obrado por ellos* (tribunales nacionales de los Estados Partes) *y, en determinadas situaciones, de ausencia real o formal de dichos tribunales nacionales, sustituirlos*”⁴¹.

De este modo, el TC sostuvo que el ER “*más que complementar a éstas* (las jurisdicciones nacionales), *está prorrogando a una jurisdicción nueva, no contemplada en nuestro ordenamiento constitucional... lo que importa, por ende, una transferencia de soberanía que, por no estar autorizada en nuestra Carta Política, vulnera en su esencia el Art. 5 inciso 1º de la Constitución*”⁴².

En segundo lugar, sostuvo que como Tribunal Supranacional no queda sometido a la supervigilancia de la CS pero tampoco puede ésta quedar sometida a aquélla, cuestión que por lo demás le está impedido al Congreso Nacional y al Presidente de la República⁴³, ni aun en uso de sus facultades constitucionales.

En tercer lugar, sostuvo que la soberanía es una cualidad del poder del Estado, de no admitir otro poder por encima de ella ni concurrente con ella, residiendo en la nación y ejerciéndose por las autoridades que la Constitución establece y por el pueblo, teniendo

³⁹ Véase el Considerando N°20 de la Sentencia.

⁴⁰ Véase el Considerando N°23 de la Sentencia.

⁴¹ Considerando N°24, p. 59.

⁴² Considerando N°31, p. 65.

⁴³ Véase el Considerando N°33 de la Sentencia, en relación con el actual Art. 76 de la Constitución.

como límite los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana y reconocidos por la Constitución o los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (Art. 5 CPR).

A su vez, la jurisdicción es una forma de ejercer dicha soberanía, que le corresponde solo a los Tribunales establecidos por ley y a las autoridades que la Constitución establece, de modo que *“este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, por lo que hace evidente su inconciliabilidad”*⁴⁴.

Asimismo, sostuvo que cuando se ha permitido la delegación de soberanía la Constitución lo ha establecido expresamente, regulándolo y sometiéndolo a limitaciones, como ocurre con el actual Art. 64 en relación a los Decretos con Fuerza de Ley, pero en este caso no sería una cesión de soberanía permitida por la Constitución⁴⁵.

De esta forma, tanto para la cesión de soberanía como para la exigencia de que el tribunal esté establecido por ley, reconociendo jurisdicción internacional, la regulación sobre la independencia judicial, la inexcusabilidad y la supervigilancia de la CS, sería necesaria una reforma constitucional previa⁴⁶.

En cuarto lugar, hace la precisión de que la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno es de rango de ley, ya que están sujetos al control de constitucionalidad, tienen quórum de aprobación iguales a los de la ley y porque la reforma constitucional se encuentra regulada en el actual Capítulo XV de la Constitución, y no se contempla en ella la reforma vía tratado internacional, teniendo además quórum diferentes. El sentido real del Art. 5 de la Constitución sería el de limitar el ejercicio de la soberanía, más no declarar que ciertos tratados tengan rango supraconstitucional, por lo que este tratado requeriría una reforma constitucional⁴⁷.

En quinto lugar el TC se pronuncia sobre otras inconstitucionalidades, tales como la prohibición o el desconocimiento de los indultos y las amnistías (facultades previstas

⁴⁴ Considerando N°45, p. 74.

⁴⁵ Al respecto véanse los Considerandos N°s 52 y 53.

⁴⁶ Al respecto véanse los Considerandos N°s 46 en adelante.

⁴⁷ Al respecto, véanse los Considerandos N°s 63 a 75 de la sentencia.

por el constituyente pero desconocidas por el ER, cuestión que también declaró la Corte Constitucional francesa a su respecto), el desconocimiento al fuero parlamentario y las prerrogativas de los jueces, y así también respecto de las facultades de la Fiscalía de la CPI que se entrecruzan con las facultades del Ministerio Público chileno⁴⁸.

Finalmente, el TC señala que hay varios países que han resuelto la necesidad de la reforma constitucional para aprobar el ER como se hace en este caso, tales como Francia, Portugal, Luxemburgo e Irlanda, y hay otros países que no lo requirieron ya que sus constituciones ya admitían la delegación de soberanía, como Argentina, Austria, Holanda e Italia⁴⁹.

De esta forma, se puede observar que el TC estuvo por acoger el requerimiento y señalar la necesidad de una reforma constitucional por la cesión de soberanía que implicaba la facultad jurisdiccional de un órgano no establecido por el constituyente, y la declaración de que la complementariedad pareciera ser un principio que en los hechos no sería tal. Sin embargo, acoge la idea del Presidente de la República de que no se le podría aplicar el estatuto del Poder Judicial a un órgano jurisdiccional internacional, requiriendo por ello de una reforma constitucional que lo admita. Finalmente, señala que respecto de la facultad de indultar y amnistiar efectivamente serían vulneradas por el ER y la CPI, aunque ello, agregamos, no podría salvarse por vía de reforma constitucional si así es como se interpreta.

Por lo tanto, en relación con la pregunta en cuestión vemos que ***el Tribunal Constitucional recoge la idea de que la Corte Penal Internacional pueda ser un tribunal válido para el ordenamiento jurídico chileno como tribunal supranacional regulado por su estatuto propio, sin que por ello se infrinja el principio de legalidad. Lo mismo se puede afirmar respecto del Derecho Penal Internacional sustantivo, en la medida que como tribunal supranacional, no se le puede aplicar el estatuto de los jueces de Chile, sino su propio estatuto, al igual que el régimen penal internacional sustantivo.***

⁴⁸ Al respecto, véanse los Considerandos N°s 77 a 89 de la sentencia.

⁴⁹ Al respecto véanse los Considerandos N°s 91 en adelante.

No obstante, para que lo anterior sea válido **se exigiría una reforma constitucional** en dicho sentido, igual que aquellas disposiciones que impiden los indultos y las amnistías, aunque al respecto el ER no se pronuncia expresamente sino solo para efectos de la prescripción (Art. 29 ER).

Conectamos lo que señalamos con lo dicho en el primer apartado de este trabajo, en el sentido que el principio de legalidad no se vería afectado por una nueva regulación penal a partir del ER, más aún considerando la presencia del Art. 21 regla 3° del ER, que admite la aplicación del Derecho del Estado *que tenga jurisdicción*, es decir, ley interna para resolver un conflicto jurídico penal de carácter internacional.

En este sentido, nuestra primera premisa de este trabajo era que *“tanto el Tribunal Constitucional como el legislador de la época buscaron evitar la aplicación retroactiva del Estatuto de Roma y sus instituciones principalmente por razones políticas y justificado en el principio de legalidad tanto para el delito como para la pena y el proceso”*.

Si analizamos esta premisa en relación con lo resuelto por el TC, podemos afirmar que ***si bien se pronuncia sobre el principio de legalidad, entiende que no se vería vulnerado por su aplicación directa, en el entendido que una reforma constitucional lo admita y considerando además el Art. 21 regla 3° del ER; pero sin embargo, no se pronuncia sobre la aplicación retroactiva sino que solo manifiesta su preocupación en relación con casos que tengan el efecto de cosa juzgada, y casos que puedan o hayan sido indultados o amnistiados. A ese respecto, aclara que el ER sería inconstitucional, pues vulnera las facultades de indultar y de amnistiar. Sin embargo, dicha inconstitucionalidad es salvable vía Reforma Constitucional.***

Por lo tanto, si bien con una reforma constitucional el principio de legalidad no se vería afectado por la aplicación del ER a casos futuros, considerando tanto la reforma constitucional necesaria como el Art. 21 regla 3° del ER, admitiendo por tanto su aplicabilidad directa en cumplimiento del deber del Estado de persecución, es posible inducir que su aplicación retroactiva sí sería inconstitucional, aunque no hay pronunciamiento expreso al respecto sino solo un temor o prevención en relación con la cosa juzgada, el indulto y la amnistía, en donde el ER sí sería inconstitucional, salvo que se establezca la reforma constitucional respectiva.

De esta forma podemos dar por cierta nuestra primera premisa, al menos parcialmente hasta el momento, pues ***el Tribunal Constitucional, admitiendo la aplicabilidad directa del Estatuto de Roma siempre y cuando exista una reforma constitucional que lo autorice, entiende que no se vulneraría el principio de legalidad, sino que a la inversa, agregamos, se desarrollaría. Sin embargo, pese a la posibilidad de aplicabilidad directa del ER si se tuviere la reforma constitucional, no hay pronunciamiento expreso sobre su aplicación retroactiva sino solo dos prevenciones: Una en relación a la cosa juzgada y la otra en relación a los indultos y la amnistía, instituciones que el TC buscó resguardar. Sin perjuicio de ese resguardo, si hay reforma constitucional, la cosa juzgada y los indultos o las amnistías no tendrían el valor que en ese tiempo pudieren tener, pues la misma Constitución reformada permitiría dichos juicios pese a la existencia de la cosa juzgada aparente, o alguna amnistía.***

Cabe mencionar que lo resuelto lo fue con el voto disidente del Ministro Señor ***Marcos Libedinsky***, quien estuvo por rechazar el requerimiento, señalando que no se requería una reforma constitucional para aprobar el ER. Su disidencia se funda en los argumentos siguientes:

En primer lugar, ya que *“aparentes obstáculos constitucionales pueden ser salvados acudiendo a enfoques interpretativos que, estableciendo límites armoniosos y justos, permitan concluir que existe plena compatibilidad entre el Estatuto de la mencionada Corte y las Constituciones”*⁵⁰, criterio que se adhiere al principio de la deferencia, pues entre dos interpretaciones posibles, una contraria y la otra conforme a la Constitución, debe privilegiarse aquélla, por la deferencia para con el legislador.

En segundo lugar, porque estima el disidente que la CPI efectivamente se rige por el principio de complementariedad, pues *“el propósito de la Corte no es sustituir a las jurisdicciones nacionales sino solo intervenir cuando estas últimas no puedan o no quieran ejercer su obligación de investigar o juzgar”*⁵¹, de modo que *“en la medida que el sistema judicial de un Estado se atenga a las normas internacionales y sancione real y*

⁵⁰ Considerando N°1 de la disidencia, pp. 123 y 124.

⁵¹ Considerando N°4 de la disidencia, p. 125.

*efectivamente a los autores de los delitos dentro de su competencia, ésta (la Corte) no debería inmiscuirse en el funcionamiento de esos tribunales nacionales ni cuestionar sus procedimientos*⁵². Este principio queda desarrollado en las causales de admisibilidad.

Según lo expresa este voto disidente, bajo el principio de complementariedad no se afectaría el principio de soberanía nacional, pues precisamente los tribunales chilenos juzgarán con preferencia los casos sobre los que tenga jurisdicción, y solo si *no puede o no quiere* juzgarlo, incumpliendo las obligaciones de persecución y sanción que tiene Chile en virtud de diversos tratados internacionales ratificados por él y vigentes, entrará a operar la CPI; en caso contrario, el caso será inadmisibile.

En tercer lugar, porque la CPR no se puso en el caso en que los tribunales no puedan o no quieran juzgar ciertos hechos, de modo que mal podría interpretarse sus disposiciones para dichos casos, pues nunca lo previó. En este caso, *“hay que buscar su voluntad supuesta o ficta acudiendo ... al contenido de otros preceptos constitucionales”*⁵³, y particularmente a una interpretación funcionalista-evolutiva de la Constitución, en oposición a la interpretación formalista-originaria. En este sentido, el deber del Estado de promover los DDHH se cumple precisamente con el ER, y no a la inversa, el ER no sería contrario a dicho deber.

En cuarto lugar, porque las normas sobre tribunal establecido por ley, la independencia, supervigilancia, entre otros, son todas normas que rigen para tribunales nacionales, no para un tribunal internacional⁵⁴, y referidas a que la instancia juzgadora no sea creada por una normativa de rango inferior a la ley, más no en relación a los tratados internacionales, que al menos tienen la jerarquía de ley⁵⁵.

En quinto y último lugar, sobre los fueros y las prerrogativas, señala este voto disidente que son inmunidades de carácter *funcionales* más no personales, creadas para el principio de separación de funciones, que no es oponible frente a tribunal de carácter internacional sin haber confrontación radical con el ER. Por lo demás, la situación en la que se cometen estos crímenes suele ser de quiebre de la Constitución.

⁵² Considerando N°5 de la disidencia, p. 129.

⁵³ Considerando N°8 de la disidencia, p. 135.

⁵⁴ Véase el Considerando N°9 de la disidencia.

⁵⁵ Véase el Considerando N°11 de la disidencia.

Por estas razones es que el Ministro Señor Libedinsky vota a favor de la constitucionalidad del ER. Es destacable este voto disidente pues, por deferencia con el legislador, da una interpretación al ER conforme a la Constitución, sobre la base principalmente del principio de complementariedad, como una realidad que solo hará aplicable el ER en caso de que el Estado incumpla su deber de persecución y sanción, cuando no pueda o no quiera juzgar.

También resulta destacable la idea de que el régimen de jueces y Tribunales chilenos no es aplicable a un tribunal internacional, por simple lógica, pudiendo existir aquellos sin que infrinjan el principio de legalidad. Asimismo, es destacable este voto disidente pues el fuero y las inmunidades son prerrogativas *funcionales* que cederían paso en momentos de quiebre constitucional, permitiendo una CPI más efectiva.

Finalmente, adelantando lo que se verá en el próximo apartado, también podría sumarse al voto disidente el que hay otras situaciones en que la soberanía ha sido cedida para instancias internacionales y nunca se planteó la necesidad de reforma constitucional para su aprobación, como ocurre con la Corte Interamericana de DDHH, el CIADI, entre otros, de modo que resulta extraño que ahora sí se pida esta reforma constitucional.

Lamentablemente, sin embargo, este voto fue solo un voto disidente, el voto mayoritario ya está analizado y la primera parte de la primera premisa ya contrastada, en el entendido que ***el Tribunal Constitucional entiende que no se vulnera el principio de legalidad sino que el problema recae en la cesión de soberanía y complementariedad. Asimismo, no se presenta el problema de retroactividad salvo respecto de la cosa juzgada y de la amnistía. Dichos puntos, de haber reforma constitucional, serían salvados.***

Análisis Historia de la Ley N°20.352⁵⁶:

Luego de este fallo, con fecha 09 de abril de 2002, se presentó el Proyecto de Ley por mensaje presidencial que concluyó en la Ley N°20.352, del año 2009, de Reforma Constitucional para permitir la aprobación del ER de la CPI sin que resulte inconstitucional, conforme a lo resuelto previamente por el TC.

Cabe señalar que durante su tramitación, desde el año 2002 hasta el 2009, se presentó y aprobó otro Proyecto de Ley relativo a la tipificación del genocidio, los CLH y los crímenes de guerra en Chile, Ley N°20.357, publicada el 18 de julio del 2009, para ajustar la normativa interna a lo que sería lo regulado por el ER.

Con ello, además, se afirmaba en mejor medida el principio de complementariedad, pues la primera jurisdicción a aplicar sería la nacional, y solo en la medida que no pueda o no quiera ejercerse, será la CPI la competente. Para ello, resultaba necesario una ley -ley que por lo demás también se habría dictado aun con posterioridad al ER, pero en el marco del control de convencionalidad-.

Dicho de otra forma, si el ER se habría aprobado previo a esta otra ley, esta otra ley igual habría sido dictada, en virtud del control de convencionalidad. No obstante, para que haya acuerdo político, según se explicará, fue necesario que esa ley se dictara previo al ER, para reafirmar la preferencia de la jurisdicción nacional por sobre la jurisdicción de la CPI, que es complementaria. Esto será más entendido analizando la historia de la Ley N°20.352.

La disposición aprobada por dicha ley, Art. transitorio vigesimocuarto de la Constitución Política de la República, dice lo siguiente:

“El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.

⁵⁶ Historia de la Ley N°20.352.

Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, solo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma (el destacado es nuestro).

Como se observa, y a raíz de la lectura de la historia de la ley, bastaba con el primer inciso para permitir la aprobación del Estatuto de Roma en cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, pero se agregaron durante su tramitación los otros tres incisos: el segundo, relativo a la complementariedad; el tercero, a la cooperación; y el cuarto, a la irretroactividad. ¿Qué ocurrió?

Vale la pena hacer algunos comentarios al respecto observando la historia de la ley. En primer lugar, se observa que el mensaje comienza analizando el propósito y la historia de elaboración del ER, seguido de su contenido y centrándose principalmente en sus características como tratado internacional multilateral, que no admite reservas, con un régimen de competencia particular, que crea una CPI permanente, cuyos jueces son independientes, y centrándose, con mayor detalle, en el principio de complementariedad y jurisdicción universal, punto que había sido controvertido ante el TC previamente, como se ha explicado. Con lo anterior, el mensaje presidencial busca explicar el contenido del tratado.

Continúa luego con un resumen de lo resuelto por el TC y se detiene en las soluciones posibles a la inconstitucionalidad, pues no es un vicio insalvable, sino que solo requiere de una cláusula abierta de reforma constitucional. Por ello es que, siguiendo el modelo francés, se propone una nueva disposición transitoria -en razón de que solo servirá para aprobar el ER y luego termina su vigencia- por la que se autoriza al Estado

de Chile a ratificar el Estatuto sin que las disposiciones constitucionales sean obstáculo para ello.

Lo anterior es llamativo ya que originalmente la reforma propuesta era solo el inciso primero del proyecto en definitiva aprobado y otro inciso que señalaba que una vez aprobado las disposiciones constitucionales no serían obstáculo para la aplicación del ER, cuestión que se eliminó por innecesaria.

Sin embargo, durante su tramitación se agregaron los otros tres incisos, sobre la complementariedad, la cooperación y la irretroactividad ¿qué ocurrió? Desde la perspectiva política, agregamos que en el mensaje el Gobierno esperaba la aprobación de todos los sectores habiendo resuelto el problema de constitucionalidad, indicando que *“sobre la base del principio de la buena fe que debe inspirar las relaciones entre los representantes de la Nación soberana, el Gobierno confía en que se honrará el deber político de la consecuencia entre el decir y el hacer. Por lo mismo, no existiendo una posición ideológica en contra de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, una vez removido el impedimento constitucional que animó el voto negativo de algunos H. Diputados, es legítimo esperar que la aprobación del tratado concitará un respaldo general de esa H. Corporación, al que no se restarán dichos parlamentarios”*⁵⁷.

Cabe señalar que el mensaje requería del quorum de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio para su aprobación, por incidir en los Capítulos I y III de la CPR, pero se esperaba tener dicho quorum, en atención a que la salvedad de inconstitucionalidad ya se estaría salvando.

Este proyecto luego fue refundido con la moción parlamentaria de los H. Senadores Jaime Naranjo y José Antonio Viera-Gallo⁵⁸, de 07 de abril de 2004, que buscaba permitir el reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales, no agotándose en este tribunal en específico sino que también a otros.

⁵⁷ Idem, p. 30.

⁵⁸ Sobre la Moción Parlamentaria, véase idem, pp. 33 y siguientes.

Cabe agregar que durante la tramitación de este proyecto se recordó la opinión de la Corte Suprema⁵⁹ de 1999 al debatirse la incorporación de este tratado, la cual se dividió en tres grupos de ministros: 1) los Ministros Dávila, Carrasco, Garrido, Benquis, Chaigneau, Tapia y Cury, quienes estuvieron por informar favorablemente el proyecto al ser una atribución del Presidente de la República en la que el Congreso solo puede aprobar o rechazar, o bien sugerir reservas (posibilidad que está vedada en este caso), considerando además el desarrollo del Derecho Internacional que hace necesario y común la creación de tribunales internacionales, y por cuanto la organización y competencia de los tribunales nacionales están debidamente resguardadas. Además, por control de convencionalidad, se exigirían nuevas leyes que adecuen el ordenamiento interno a este tratado internacional; 2) los Ministros Libedinsky, Ortíz, Gálvez, Alvarez, Marín, Yurac y Espejo, quienes sostuvieron que el tratado efectivamente puede afectar la competencia y facultades de los tribunales nacionales, en el entendido que a) afecta lo dispuesto en el Art. 5 del Código Orgánico de Tribunales (principio de territorialidad), aunque dicho principio no es regla absoluta, existiendo también el Art. 6 (excepciones al principio de territorialidad), una de las cuales se refiere a aquellos casos según los tratados internacionales; b) la CPI podrá juzgar en contra de autoridad de cosa juzgada, fueros e inmunidades, y prescripción; y c) afecta las normas sobre extradición y ejecución de pena; y 3) los Ministros Navas y Rodríguez, quienes hicieron presente eventuales inconstitucionalidades en torno a la soberanía nacional y al principio de complementariedad, en su relación con la cosa juzgada y disposiciones como la prescripción, entre otras.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hicieron ver las exposiciones de ciertos intervinientes, que conviene tener a la vista para una explicación completa de cómo fue la incorporación del ER al Derecho chileno.

El primer autor que comenta el proyecto es el Abogado Juan Domingo Acosta⁶⁰, quien señala el estado del proyecto hasta ese minuto, algunos comentarios sobre la soberanía nacional y el principio de complementariedad, y luego comentarios sobre los aspectos sustantivos y procesales que se regulan en el ER, aspectos a los que ya nos

⁵⁹ Sobre la Opinión de la Corte Suprema, véase *idem*, pp. 102 y siguientes.

⁶⁰ Sobre su exposición, véase *idem*, pp. 110-118.

referimos dedicándole la primera parte de este primer capítulo, aclarando que no se trata de una comisión especial y no se ve afectada la cosa juzgada, mencionando expresamente el Art. 13 del CPP como norma similar a la contenida en el ER.

La segunda expositora fue la Abogada Patsilí Toledo⁶¹ en representación de la Corporación Humanas, quien agregó antecedentes sobre la CPI, explicó los crímenes que juzgará la CPI, el pronunciamiento del TC y la procedencia de la reforma constitucional en cuestión.

Enseguida comenzó la discusión en general y particular a la vez, comenzando por la intervención del entonces Ministro de RREE Ignacio Walker⁶², quien luego de exponer brevemente sobre el fundamento del ER y la historia de su formación, ahondó en algunos puntos en particular, como es el principio de complementariedad.

Al respecto, sostuvo que en su virtud *“los Estados son los primariamente responsables y llamados a ejercer jurisdicción para conocer de las causas por los crímenes que caen bajo el conocimiento de la Corte y, en consecuencia, la competencia de esta última es subsidiaria o complementaria de la jurisdicción que incumbe a los Estados”*⁶³, de modo que no es un tribunal de apelación ni tampoco una jurisdicción contradictoria con la jurisdicción nacional.

En conexión con lo anterior, el examen de admisibilidad es sobre la base de si el Estado en cuestión *no está dispuesto o no puede ejercer la jurisdicción*, y en dicho sentido podrá haber jurisdicción si el juicio realizado fue simplemente para sustraer a la persona de su responsabilidad penal, o bien si hubo demoras injustificadas, o bien si se infringieron las garantías del debido proceso de independencia o imparcialidad. Agregamos que estas causales que menciona el Ministro son bastante similares a las establecidas en el Art. 13 del CPP. Asimismo, el Estado no podrá ejercer jurisdicción dado su colapso del sistema judicial o si acaso no puede hacer concurrir las pruebas. Si no obstante ello la Corte se atribuye jurisdicción fuera de estos casos, el Estado en cuestión puede impugnar la competencia.

⁶¹ Sobre su exposición, véase *idem*, p. 118.

⁶² Sobre su exposición, véase *idem*, pp. 119 y siguientes.

⁶³ *Idem*, p. 121.

Enseguida, continuó aportando más antecedentes sobre el ER, como las formas de inicio de una causa, el rol del Consejo de Seguridad, los delitos por los que se tiene competencia, los principios que ya hemos referido, tanto sustantivos como procesales, y particularmente se refiere a la irretroactividad del tratado, señalando que “*ella (la Corte) será competente para conocer de los delitos de su competencia, cometidos después de su entrada en vigor... se adoptó la regla general de la irretroactividad de los tratados*”⁶⁴, resaltando los Arts. 11 y 24 del ER.

Agrega que “*si ello no fuera suficiente específicamente para el crimen de desaparición forzada de personas, que suscitara ciertas inquietudes en torno a este tema por su carácter de permanente, la Asamblea de los Estados Partes aprobó la recomendación de la Comisión Preparatoria de la CPI, sobre los elementos de los crímenes... de adoptar una norma que señala que la Corte **solo conocerá de ese crimen si el elemento contextual en el que se desarrolla, esto es el ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, se produce después de la entrada en vigor del Estatuto***”⁶⁵ (el destacado es nuestro).

Dicho de otra forma, frente al temor de que el ER se aplique a las figuras de secuestro permanente que ha sido la imputación en la jurisprudencia chilena, considerando su carácter de delito permanente que podría originar dudas sobre si el ER es o no aplicable, se siguió la recomendación del Comité Preparatorio en orden a exigir que el *elemento de contexto*, esto es, el ataque generalizado o sistemático contra la población civil (en nuestro caso, el contexto dictatorial), haya ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia del ER, de modo que expresamente se excluye la aplicación de este tratado para situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Luego de esta exposición agregó algunos antecedentes adicionales el entonces Director Jurídico de Cancillería, Claudio Troncoso⁶⁶, antecedentes relativos a los órganos de la CPI y a los jueces entonces vigentes, además de normas sobre Derecho aplicable, principios penales y procesales, derechos del imputado y una breve exposición sobre el proceso.

⁶⁴ Idem, p. 127.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Para su exposición, véase idem, pp. 128 y siguientes.

Enseguida expuso el H. Senador Viera Gallo⁶⁷ como autor de la moción refundida con el mensaje, coincidiendo con lo dicho por el Ministro pero explicando que su moción busca una redacción en términos más amplios que para la sola CPI, no cerrándose a otras posibles Cortes Internacionales, estando dispuesto a adoptar otra redacción con la mira de que el proyecto sea aprobado y el tratado internacional ratificado, ya que lo relevante era que fuere aprobado.

Como se observa, del debate legislativo se plantearon nuevamente las dudas sobre el principio de complementariedad, cuestión que quedó resuelto en el inciso segundo de la disposición aprobada, y de la irretroactividad, cuestión que quedó resuelto en el inciso cuarto.

En efecto, en el debate legislativo la primera aprehensión a destacar es la del H. Senador Alberto Espina, quien sostuvo que *“deberá ponerse especial cuidado en esclarecer aspectos como la irretroactividad de las disposiciones del Estatuto y la preservación de la jurisdicción de los tribunales nacionales”*⁶⁸. En respuesta el Ministro de RREE sostuvo que *“considerar principios como la irretroactividad de la competencia de esta Corte, así como el mecanismo de admisibilidad de los asuntos... deberían disipar cualquier suerte de temor o desconfianza”*⁶⁹.

Enseguida el H. Senador Espina mantuvo la duda, pidiendo *“mayores precisiones acerca del principio de irretroactividad del Estatuto, planteando, particularmente, si hechos acaecidos en el pasado reciente podrían ser juzgados por la Corte”*⁷⁰. Dichas precisiones fueron dadas luego por el profesor Acosta al recordar los Arts. 11 y 24 del ER, y por Troncoso en el sentido de que para el caso del delito de desaparición forzada de personas solo sería competente si la situación del contexto (ataque generalizado o sistemático contra parte de la población civil) ha ocurrido con posterioridad al ER, siguiendo la recomendación del Comité Preparatorio.

Se agregó, además, que si bien no se podrían formular reservas al ER porque el mismo tratado lo prohíbe, si es posible realizar una declaración interpretativa, en el

⁶⁷ Para su exposición, véase idem, pp. 132 y siguientes.

⁶⁸ Idem, p. 134.

⁶⁹ Idem, p. 136.

⁷⁰ Idem, p. 140.

sentido de que la CPI solo tendrá competencia para asuntos cuyo principio de ejecución haya sido con posterioridad a la entrada en vigencia del ER.

Luego de ello fue aprobada la idea de legislar en general y se propuso una nueva redacción, que en lo relevante le agrega a la propuesta la primacía de su propia jurisdicción y de la cosa juzgada, la no entrega de un nacional en caso de haber juicio pendiente, el sometimiento a las reglas de cooperación del Estado de Chile, y finalmente, que dicha jurisdicción (de la CPI) solo podrá ejercerse para hechos cuyo principio de ejecución haya sido posterior a la entrada en vigencia del ER.

Sobre el punto conviene considerar que el inciso tercero de la propuesta fue aprobado para resguardar el efecto de la cosa juzgada de los tribunales chilenos, señalando que la CPI será incompetente para conocer de casos ya resueltos o pendientes ante los tribunales nacionales, de modo que se busca asegurar, expresamente, la protección y el reconocimiento a la jurisdicción nacional y a la cosa juzgada, para efectos de no revivir procesos fenecidos o afectar procesos pendientes.

A su vez, el inciso séptimo de la propuesta (que pasa a ser sexto) se aprobó dejando constancia expresa que *“en el caso del crimen de desaparición forzada de personas, que se ha considerado un delito de ejecución permanente, la Corte tendrá competencia únicamente si el **desarrollo contextual** en el que se desarrolla este ilícito, esto es, el ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, se produce con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto en nuestro país”*⁷¹.

Luego de esto la tramitación del proyecto se detuvo, retomándose años más tarde y sufriendo un nuevo cambio, desde el Ejecutivo, explicado por el entonces Ministro de la Segpres, Viera Gallo, para establecer aparte de la facultad del Estado de Chile para ratificar el ER, dejar constancia de su complementariedad a la jurisdicción nacional, la preferencia de las normas chilenas sobre cooperación, y que *“la jurisdicción de la CPI, en los términos previstos en su Estatuto, solo podrá ejercerse respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor para Chile del ER”*⁷².

⁷¹ Idem., p. 148.

⁷² Idem., p. 161.

Lo anterior se hace para reafirmar “*con claridad, con mayor precisión, el hecho que el ER solo rige para el futuro, principio que ya está establecido en el propio tratado, pero aquí se le precisa aún más, porque se habla del principio de ejecución, para que no haya duda alguna al respecto*”⁷³. Sobre este punto el H. Senador Espina profundiza señalando que “*se legisla para futuro, no se modifica la situación de hechos ocurridos en el pasado, y que la legislación pertinente se incorporará de forma subsidiaria a la nacional*”⁷⁴. Esto fue así aprobado por la Comisión, por unanimidad.

Luego se sometió a la votación en sala, correspondiéndole informar sobre el proyecto al H. Senador Espina, quien además del repaso sobre la elaboración de este proyecto y los proyectos en paralelo para tipificar ciertos delitos que ya fueron aprobados, informa señalando la importancia de la subsidiariedad de la jurisdicción penal internacional (que no aplicaría para el caso de Chile, pues se ejerce jurisdicción en un Estado de Derecho con tribunales independientes e imparciales y con debido proceso), de la imprescriptibilidad como excepción a la regla general de prescripción, y de que “*estos delitos rigen respecto de hechos que ocurran en el futuro... en contrapartida a la circunstancia de ser imprescriptible, solo serán admisibles tratándose de casos posteriores a la ratificación de dicho Estatuto... o bien a la promulgación de la ley que los tipifica en nuestro país. Por lo tanto, estamos hablando de una norma dirigida básicamente a delitos que se perpetren en el futuro*”⁷⁵.

Lo anterior resulta relevante para el H. Senador por “***el principio pro reo, en virtud del cual siempre deben aplicarse las normas más beneficiosas para un inculpado, producto de la presunción de inocencia; y... porque nadie puede ser juzgado por un tribunal establecido con posterioridad a la fecha en que se cometió el delito***”⁷⁶.

En cuanto al acuerdo político, vale la pena resaltar lo dicho por este mismo H. Senador, en el sentido de señalar que “*el hecho de que el parlamento de Chile haya llegado a un acuerdo enaltece la actividad política y significa que somos capaces de*

⁷³ Idem., p. 162.

⁷⁴ Idem., p. 166.

⁷⁵ Idem., p. 178.

⁷⁶ Idem., p. 179.

*generar consensos en asuntos de interés común*⁷⁷, anunciando su voto favorable. Este aspecto es resaltado luego por el entonces Ministro de la Segpres Viera Gallo indicando que *“debemos celebrar que se produjera un consenso de voluntades para hacer posible que Chile dé este importante paso tanto en su política exterior como en la de derechos humanos”*⁷⁸, existiendo dos puntos relevantes sobre los que hay acuerdo: el principio de complementariedad o subsidiariedad, y ***“el hecho de que dicho convenio rige hacia el futuro, aspecto que queda explícitamente establecido en su texto”***⁷⁹.

Enseguida, el H. Senador Cantero señala que *“un aspecto que estimo relevante radica en que la aprobación no genera efectos retroactivos, no podrá tenerlos, y nunca será posible reclamar acerca de actos anteriores. La Corte Penal Internacional solo analizará hechos ocurridos con posterioridad a su ratificación, sea en Chile o en cualquier otro país. Se trata de un principio básico en la implementación de este cuerpo legal”*⁸⁰.

Luego el H. Senador Arancibia destaca que *“queda expresamente establecida en la normativa... la no retroactividad, lo cual despeja cierta suspicacia”*⁸¹, sin perjuicio de las aprensiones que señala para justificar su voto en contra, en torno a la eventual cesión de soberanía y a quién le correspondería calificar si el Estado de Chile está dispuesto o es capaz de juzgar estos delitos, conforme al principio de complementariedad, por un lado, y al rol del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el tema, por otro lado, que fueron los puntos más conflictivos durante su tramitación (cesión de soberanía y complementariedad, y rol del Consejo de Seguridad), más su voto en contra no fue por la irretroactividad.

Por su parte, el H. Senador Larraín, luego de destacar el proceso que incluyó la reforma a la CPR y la tipificación de los CLH, de guerra y de genocidio en la legislación interna, así como destacar el principio de complementariedad y las normas sobre cooperación internacional, señala que *“la jurisdicción de la Corte Penal Internacional regirá solo para el futuro. Esto se asienta en la confirmación del basamento -consignado en el propio tratado y recogido en la reforma constitucional- de que la normativa pertinente*

⁷⁷ Idem., p. 180.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Idem., p. 182.

⁸⁰ Idem., p. 186.

⁸¹ Idem., p. 187.

solo se podrá aplicar respecto a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a la vigencia del Estatuto de Roma⁸², lo cual también regirá para la ley que tipifica estas conductas en la legislación interna, sobre la base del principio de irretroactividad de la ley penal consignado en la CPR.

Continúa el mismo Senador señalando que respecto de los juicios pendientes “se seguirán regulando por las legislaciones vigentes al momento de su comisión. No se trata de que vayan a quedar impunes, sino de que no se reglarán del mismo modo que los delitos tipificados en la ya citada ley, porque así corresponde según los principios del ordenamiento penal internacional, y particularmente del chileno⁸³. Finaliza justificando su voto a favor despejando las dudas sobre la cesión de soberanía y pese a la crítica política que se ha dirigido por el rol del Consejo de Seguridad.

Luego el H. Senador Naranjo se refiere al acuerdo alcanzado sobre la irretroactividad, señalando que “algunos... probablemente... lo verán como un paso insuficiente y restrictivo. Yo, por lo menos, lo visualizo como una tremenda decisión de país, que nos sitúa en la órbita de la denominada Doctrina de Derecho Internacional en el campo de los derechos humanos⁸⁴”.

Luego el H. Senador Sabag, repasando los incisos de la propuesta, señala al respecto que “queda establecido que el ER no se aplica con efecto retroactivo, pues rige de ahora en adelante⁸⁵”.

Por su parte, el H. Senador Letelier señala que “el texto que ahora se propone es excesivo. Pienso que son innecesarias muchas de las cuestiones que contiene. Es más, creo que habría sido suficiente solo con el primer párrafo. El resto no era fundamental⁸⁶, ya que aquello (complementariedad, cooperación e irretroactividad) ya se regulaba por el ER. A mayor abundamiento, señala que “no hay acá efecto retroactivo, por lo que estimo absolutamente innecesario incluir tal punto, pero entiendo que fue planteado por razones

⁸² Idem., p. 192.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem., p. 202.

⁸⁵ Idem., p. 213.

⁸⁶ Idem., p. 214.

*políticas y no por una buena técnica legislativa*⁸⁷. Lo dicho por este Senador es en gran medida cierto, ***pues la inclusión de este inciso fue producto del consenso político para disipar la duda que se podía originar, aunque el mismo ER ya lo descarta (Arts. 11 y 24, y Elementos de los Crímenes).***

Enseguida el H. Senador Núñez, refiriéndose a los puntos que originaron discrepancia en su minuto, señala que *“influyó bastante la historia reciente de Chile. Algunos manifestaron que este era el camino para que, a través de una Corte Penal Internacional, pudiéramos castigar los crímenes que se cometieron y que violaron los DDHH. Efectivamente puede haber sido una intención, pero nunca nadie pretendió otorgarle a ese tribunal ninguna potestad, máxime cuando estamos convencidos de que disponemos de la capacidad jurídica, moral y política para juzgar todos los crímenes que se perpetran en nuestro territorio, en especial aquellos relacionados con el atropello a los DDHH*⁸⁸.

De esta forma, sostenemos que ***la jurisdicción de la CPI no aplicaría para hechos ocurridos con anterioridad tanto por la irretroactividad establecida en el ER como en la CPR dado el acuerdo político para aclarar dudas y resguardar el principio de legalidad, como también porque el Poder Judicial está funcionando, y tiene jurisdicción preferente por sobre la CPI, que juzgaría solo si el Estado no puede o no quiere juzgar.***

Finalmente la iniciativa termina aprobándose en primer trámite constitucional por 34 votos a favor, 1 en contra (Arancibia) y 1 abstención (Coloma), por los argumentos antes señalados.

Luego, el proyecto pasa a segundo trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, donde fue aprobado por la Comisión por 9 votos a favor y 1 abstención (Cardemil), correspondiéndole a la H. Diputada Marisol Turrel el informe a la sala, aunque fue desarrollada por el entonces Ministro de la Segpres Viera Gallo, quien destacó la cesión de soberanía en el marco del principio de complementariedad y cuál es la situación internacional de la CPI, principalmente en relación a las potencias.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem., pp. 217-218.

En relación a la discusión que hubo en Sala y particularmente relacionado a la irretroactividad del ER, cabe señalar que el H. Diputado Moreira⁸⁹ justifica su voto en contra por la cesión de soberanía y por la igualdad de los Estados, que se vería afectada por el ER, aunque tiene por superado el aparente problema de retroactividad, impidiéndola. Es decir, su voto en contra no es por la eventual retroactividad (que queda descartada) sino que por las otras razones que aduce, es decir, por la cesión de soberanía y la igualdad entre los Estados. Esto se destaca ya que Moreira votó en contra del proyecto.

Pero centrémonos en la justificación de los demás votos. En este escenario, cabe destacar la fundamentación del voto a favor del H. Diputado Ascencio, quien tras hacer un análisis político del debate y de las disposiciones, señala que *“al final, lo más importante para todos es que la jurisdicción solo se puede ejercer respecto de los crímenes cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma. Eso se discutió mucho la vez pasada y está muy bien resuelto en la reforma constitucional”*⁹⁰. A mayor abundamiento, señala el mismo Diputado que *“en realidad no debemos preocuparnos por nosotros, que ya tuvimos nuestra experiencia, vivimos nuestra historia y tenemos a nuestros tribunales trabajando en los juicios pendientes por violaciones a los derechos humanos. En esa materia esta reforma no innova”*⁹¹.

Agrega luego la H. Diputada Rubilar, tras analizar la complementariedad y cooperación, que *“la Corte nace de un acuerdo internacional muy difícil, que se viene gestando desde el nacimiento de la ONU. Por eso se estableció como principio básico que la Corte rige solamente para el futuro; de lo contrario, muy pocos países la habrían podido firmar. Por ejemplo, Alemania... Francia... y España... Entonces, un principio básico es que la Corte rige para los crímenes que se cometan después de su entrada en vigencia”*⁹².

⁸⁹ Para la exposición completa del Diputado Moreira, idem., pp. 229-233.

⁹⁰ Idem., pp. 234-235.

⁹¹ Idem., p. 235.

⁹² Idem., p. 239.

Luego, el H. Diputado Araya⁹³ agrega además que la situación en Chile está resguardada no solo por la irretroactividad sino que además porque nuestros tribunales funcionan. Resalta este Diputado que *“la aprobación de este proyecto... en ningún caso afectará la jurisdicción de nuestro Estado respecto de hechos ocurridos entre 1973 y 1990 porque, como lo establece muy bien el proyecto, el Estatuto solo será aplicable respecto de hechos ocurridos con posterioridad a su ratificación. De manera que se mantiene a firme lo hecho por nuestros tribunales, porque nadie podría pensar que, una vez aprobado este estatuto, se podrá llevar a juicio a alguien por crímenes cometidos durante el régimen de Pinochet. Son temas que hay que ir despejando”*⁹⁴.

Luego el entonces Subsecretario Riveros aclara aún más el punto, señalando que *“el principio de retroactividad también queda establecida en forma clara y categórica en nuestra reforma constitucional. Basta leer lo que dispone el Art. 24 del ER para darse cuenta de que esta reforma constitucional está en plena consonancia con los principios establecidos en él... es conveniente dejarlo precisado para los efectos de que no haya dudas sobre lo que estamos diciendo”*⁹⁵.

Asimismo, el H. Diputado Cardemil señala que *“esta discusión no se trata del eje Gobierno Militar vs Gobierno Civil, de hechos anteriores a 1973 y posteriores a 1973 o a 1990, o de pinochetismo y antipinochetismo”*⁹⁶, siendo una materia que mira al futuro. *“Tampoco es materia de retroactividad. En ese aspecto la norma es clara. Se trata de una reforma constitucional que establece una situación legal desde aquí en adelante y perfectamente acotada. Por lo demás, la gente que cometió delitos entre 1973 y 1990 está siendo juzgada por los tribunales chilenos y los nacionales de cada país, cada vez que pueden. Esa es una materia que no tendrá innovación”*⁹⁷.

También el H. Diputado Salaberry señala que *“preocupa a muchos chilenos que han sido actores relevantes de parte de nuestra historia reciente, que la competencia de la Corte solo se ejerza respecto de los crímenes de su competencia, cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del ER. Con ello, al explicitar este*

⁹³ Sobre su exposición, idem., pp. 242-245.

⁹⁴ Idem., p. 244.

⁹⁵ Idem., p. 246.

⁹⁶ Idem., p. 252.

⁹⁷ Idem.

*principio de ejecución, concepto dogmático reconocido en la doctrina penal, nacional e internacional, se salvan expresamente las aprensiones respecto del tratado*⁹⁸.

En fin, el H. Diputado Ojeda también lo reitera, al señalar que *“se reservan y consagran los principales elementos en materia de protección penal, como la irretroactividad. Es decir, que la jurisdicción solo podrá ejercerse respecto a los crímenes de su competencia, cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor para Chile del ER*⁹⁹.

La única precisión que se hace es aquella que se desprende de la intervención del H. Diputado Gabriel Silber, quien señala que *“el hecho de que solo entreguemos competencia a la CPI para conocer de estos asuntos a partir de su ratificación, no exime, en caso alguno, de que nuestros tribunales se puedan pronunciar en materia de recursos sobre hechos anteriores, como delitos de lesa humanidad, y perseguirlos, sea cual sea el tiempo en que se hubieren cometido, dada su naturaleza de imprescriptible*¹⁰⁰.

Esta precisión apunta a dos ideas: Por un lado, a que los juicios pendientes lo están en todas sus instancias posibles bajo el sistema recursivo ya vigente, sin resultar afectado por este tratado ni reforma, y por otro lado, a que estos delitos de cualquier forma tienen el carácter de imprescriptible, aunque como destacaremos, dicha premisa requiere de un sustento jurídico, que es lo que se pretende buscar en el análisis de los fallos que comentaremos en los próximos capítulos¹⁰¹.

Finalmente, sometida a votación, la reforma constitucional se aprueba por 89 votos a favor, 6 en contra y 1 abstención, con el primer inciso permitiendo la aceptación del ER por disposición transitoria constitucional; con el segundo inciso referido a la complementariedad no solo en el mismo ER sino que también a nivel constitucional; con

⁹⁸ Idem., p. 256.

⁹⁹ Idem., pp. 256-257.

¹⁰⁰ Idem., p. 250.

¹⁰¹ Esto porque para afirmar que un delito no puede prescribir por ser crimen de lesa humanidad, se necesita un fundamento jurídico para afirmar que el delito tiene esa naturaleza, y luego, por tener dicha naturaleza, se aplica su régimen impidiéndose la prescripción. De ahí la relevancia de analizar la jurisprudencia, pues se verá cuál es el título jurídico que se ha utilizado para catalogar a estos crímenes como de lesa humanidad si no fuese el Estatuto de Roma, si acaso se ha aplicado de forma indirecta.

el tercer inciso referido a las normas sobre cooperación; y con el cuarto inciso, el más relevante para nuestra pregunta de investigación, sobre la irretroactividad del ER.

Dicha irretroactividad, por lo tanto, estaría fundada tanto 1) por los Arts. 11 y 24 del Estatuto de Roma, 2) como por la recomendación del Comité Preparatorio en relación a los delitos de desaparición forzada de personas (en donde se exige que el contexto de ataque generalizado o sistemático del crimen de lesa humanidad haya comenzado con posterioridad a la entrada en vigencia del ER), y 3) como por la misma disposición constitucional que permite su aprobación.

De esta forma, es posible sostener que ***independiente de la pregunta previa sobre la aplicabilidad directa del ER a situaciones ocurridas con posterioridad a su entrada en vigencia, conforme al Art. 21 regla 3° del mismo ER, que si podría admitir la aplicación directa; ésta en ningún caso podrá ser con efecto retroactivo, tanto por lo dispuesto por el mismo ER (Art. 11 y 24, y recomendación del Comité Preparatorio) como por lo señalado por el TC en cuanto a la cosa juzgada, indultos y amnistías, como así también por lo señalado en la Historia de la Ley N°20.352, que expresamente se dejó establecida la irretroactividad, sobre la base del indubio pro reo y la imposibilidad de ser juzgado por tribunal establecido con posterioridad a la comisión de los hechos.***

Con esto se afirma la primera de nuestras premisas: ***El Tribunal Constitucional y el legislador de la época, tanto por razones políticas como por el principio de legalidad, buscaron impedir la aplicación retroactiva del Estatuto de Roma para las situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia.***

CAPÍTULO II

Jurisprudencia Seleccionada de la Corte Suprema de Chile

En este capítulo la idea será justificar y analizar la muestra de fallos seleccionados de la CS en relación a la justicia transicional y explicar sus contenidos, reproduciendo sus premisas, para luego, en el siguiente capítulo, clasificarlas según cómo se responde a los criterios que se fijarán y contrastar esta jurisprudencia con la hipótesis y los argumentos de este trabajo.

Sobre la muestra de fallos, se debe mencionar que se utilizaron dos buscadores: La página web del Poder Judicial, por un lado, de donde se extrajeron 48 fallos; y Microjuris por otro lado, de donde se extrajeron 45 fallos, dando un total de 93. Los términos de búsqueda fueron por palabras claves, utilizando para ello “*crímenes de lesa humanidad*”. Atendido el gran número recopilado utilizando dicho criterio de búsqueda, no se estimó necesario ahondar en otros criterios.

De ese total de 93 fallos, 17 no tenían relación con ninguno de los criterios según los cuales éstos serán clasificados, por lo que en total, se contienen acá el análisis de 76 fallos.

Para una exposición más ordenada de las resoluciones, las dividiremos en aquellas cuyo fallo es previo al 01 de agosto del año 2009 (fecha de publicación del ER en Chile) y aquellas posteriores, para ver la influencia del ER, si es que la hubo, pese a la irretroactividad ya despejada en el capítulo anterior.

Además del criterio temporal, los fallos serán divididos en el próximo capítulo por instituciones del DPI que tienen una regulación diferente a la legislación interna, de modo de poder apreciar si se está aplicando el Código Penal común o el DPI.

Dichos criterios serán:

- 1) ***Naturaleza del Delito***, ya que el Código Penal común no habla en ningún momento de crimen de lesa humanidad ni de crimen de guerra, sino solo desde la Ley N°20.357 de 18 de julio de 2009, siendo ello desarrollo del DPI, de modo que

si se han pronunciado en este sentido, se requiere de un antecedente jurídico que lo funde, **considerando además la imputabilidad mixta**, ya explicada en el primer capítulo;

- 2) **Tipo penal por el que se sanciona**, si acaso es un **crimen de lesa humanidad**, como es el delito de homicidio, secuestro, tortura, violaciones y abusos sexuales, persecución y desaparición forzada, algunos de los cuales no están establecidos en el Código Penal (como la desaparición forzada), **o crimen de guerra**, de modo que si se sanciona por ellos se necesitaría una fuente jurídica válida respetuosa del principio de legalidad;
- 3) **Participación**, en el entendido que el **dominio de organización y la responsabilidad del inferior y del superior** es producto de un desarrollo dogmático del DPI gracias a la influencia de Claus Roxin y Kai Ambos, diferente a la autoría mediata de nuestro Código Penal, que tradicionalmente se ha restringido a la autoría mediata con un instrumento errado, coaccionado o inimputable;
- 4) **Prescripción y Amnistía**, en el entendido que el régimen común permite ambas instituciones sea cual sea el delito, mientras que su imposibilidad para CLH y crímenes de guerra es consecuencia del desarrollo del DPI, de modo que, de aplicarse, se debe observar cuál es la fuente jurídica que se invoca. Asimismo, se debe ver el alcance de la prohibición, si acaso incluye la prescripción de la acción civil y la media prescripción o incompleta del Derecho Penal; y
- 5) **Beneficios Carcelarios y Libertad Condicional**, ya que tienen una regulación diferente que la ley interna, comparando, entre otros, el Decreto Ley N°321 con el Art. 110 del ER.

De esta forma, el análisis de los fallos siguientes buscará dar cuenta de cómo responden a los criterios antes dichos, y ordenados según la fecha de su resolución dividiéndolos en dos grupos: Aquellos previos al 01 de agosto del 2009, y aquellos posteriores a dicha fecha.

Fallos anteriores al 01 de agosto del año 2009:

El primer fallo a analizar es la causa **Rol N°3.125-2004**¹⁰², fallada con fecha 13 de marzo de 2007, el cual trata de un homicidio calificado que en primera instancia fue sobreseído definitivamente por estar amnistiado en virtud del Decreto Ley N°2.191, y confirmado en apelación, que finalmente fue revocado en casación en el fondo.

El recurso se interpuso fundándolo en un error de Derecho que había influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya que 1) se dicta el sobreseimiento definitivo antes de haber agotado la investigación; y 2) porque califica al delito como delito común en circunstancias que era un delito internacional y, en consecuencia, no puede ser objeto de amnistía. Para sustentar este segundo punto el recurrente señala que es un **genocidio** por postura ideológica, además de ser **crimen de guerra y de lesa humanidad**. En consecuencia, pide la aplicación de la Convención Americana de los Derechos Humanos (*en adelante CADH*) y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (*en adelante PIDCP*) en relación al acceso a la justicia, lo cual lleva al carácter de inamnistiable de estos delitos. Asimismo, pide la aplicación de los Convenios de Ginebra (*en adelante CG*) que también impiden la amnistía. Por lo demás, 3) en cualquier caso la amnistía solo podría concurrir una vez ya habiendo condena, eliminando la pena, según lo estima el recurrente.

La CS decide acoger el recurso de casación y revocar el fallo impugnado por los siguientes motivos:

1) En primer lugar, califica la situación que se vivía en Chile como una **guerra no internacional**, considerando el Decreto Ley N°5 (que los Tribunales Ordinarios no cuestionaban su constitucionalidad), el Gobierno por bandos militares, la presencia de Consejos de Guerra, lo dicho por el Consejo de Guerra de Temuco, las declaraciones de Pinochet, el Art. 418 del Código de Justicia Militar y la situación de una guerra en los hechos, ya que había grupos subversivos y acción de las FFAA. De este modo, sostiene que *“en nuestro país existiría guerra con anterioridad al 11 de septiembre de 1973, fecha*

¹⁰² Causa Rol N°3.125-2004, Corte Suprema, dada su importancia en cuanto a la calificación de la naturaleza jurídica del delito como crimen de guerra y de lesa humanidad, se encuentra adjuntada como Anexo N°2-A de este trabajo.

*a partir de la cual esta guerra solo se manifestó claramente*¹⁰³. Asimismo, sostiene que existían las condiciones para entender la situación como tal, pues estaba la presencia de fuerza militar organizada con autoridad, control territorial y medios para imponerse, la necesidad de haber tenido que acudir al Ejército para resolver el punto, el reconocimiento como beligerante y la presencia de una organización de envergadura. De esta forma, se sostiene que, si antes los agentes del Estado se amparaban en la situación de guerra, ahora no podría ser desconocida, ya que en los hechos y jurídicamente había guerra, aplicándose en consecuencia los CG.

Dentro de las obligaciones que establecen dichos convenios se encuentra el deber de persecución de sus infracciones, el debido proceso, y se contempla como una infracción posible, entre otras, el homicidio (Arts. 146, 107 y 147 respectivamente). Dichas infracciones no pueden quedar impunes, por lo que la amnistía que se contempla como posible es en relación a los vencidos, no una *autoexoneración* de los vencedores, de modo que la amnistía no procede frente a crímenes de guerra. Señala al respecto, en el considerando vigésimo cuarto, que *“la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los DDHH, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera la impunidad de sus responsables. Conculcando así el Art. 148 del IV Convenio de Ginebra*¹⁰⁴.

2) En segundo lugar, la Corte sostuvo que también se estaba en presencia de **crímenes de lesa humanidad**, ya que se estaba en presencia de una vulneración a la dignidad humana que cosificaba a las víctimas, con un contexto de poder y ensañamiento, invocando a este respecto la Declaración Universal de los DDHH, la Convención de la Haya de 1907, el Acuerdo de Londres, una Resolución de la Asamblea General de la ONU, la Ley N°10 del Consejo del Control Aliado y el Estatuto de Tokio. Asimismo invoca la costumbre jurídica internacional y el *Ius Cogens*, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Señala asimismo que *“las reglas del Derecho Internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el Derecho interno, y*

¹⁰³ Idem., p. 12.

¹⁰⁴ Idem., pp. 24-25.

deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al Derecho interno. Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como principio general del Derecho Internacional de los DDHH, **son obligatorios en la forma precedente**¹⁰⁵ (el destacado es nuestro). Esto no podría dejar de cumplirse a pretexto de norma interna. En consecuencia, “por su contradicción con instrumentos internacionales que impedirían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los DDHH, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocido por el Derecho Internacional Humanitario, como es el caso del Decreto Ley N°2.191, sobre amnistía de 1978, **carecen de efectos jurídicos**”¹⁰⁶ (el destacado es nuestro).

De esta forma se acoge el recurso de casación dictándose la sentencia de reemplazo, la cual en lo medular señala que la acción se encontraría prescrita dada la fecha de los hechos, pero por estar en estado de guerra, se debe dar aplicación a los CG, que en el caso impiden tanto la prescripción como la amnistía como una autoexoneración.

Sobre el punto, señala en el considerando séptimo que “el Art. 148 de la Convención de Ginebra... estatuye que ninguna parte contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra parte contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra parte contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior, de lo cual se colige no solo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción”¹⁰⁷. Continúa el mismo fallo señalando que “la referida prohibición de autoexoneración no atañe solo a situaciones obvias, en los que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en la que se encontraban para conceder extinciones de responsabilidad, sino que implica también la suspensión de la vigencia de instituciones

¹⁰⁵ Idem., p. 35.

¹⁰⁶ Idem., p. 37.

¹⁰⁷ Sentencia de reemplazo causa Rol N°3.125-2004, Corte Suprema, p. 3. Adjuntada en Anexo 2-B.

*preexistentes, como la prescripción*¹⁰⁸. Señala a su turno que “*la evolución y progresividad del Derecho Internacional de los DDHH ya no autorizan al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad*”¹⁰⁹.

Lo mismo puede ser aplicado no solo por ser crimen de guerra sino que también de lesa humanidad. Al respecto, la sentencia de reemplazo recuerda la Convención de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios de 1970 que hace imprescriptible a los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio, la cual si bien Chile no lo ha suscrito, ratificaría una **costumbre jurídica internacional previa y un *ius Cogens***, siendo esto solo la cristalización de principios ya vigentes, que ya eran obligatorios. Así, “*el castigo de este tipo de crímenes proviene directamente de principios surgidos del orden imperativo internacional que se incorporan con jerarquía constitucional como un Derecho Penal protector de los DDHH que no se ve restringido por algunas limitaciones instituidas para el castigo del resto de los delitos*”¹¹⁰, por lo que “*los hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, por cuanto es obligatorio para el Derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los DDHH, para el cual es inadmisibles la prescripción*”¹¹¹. De esta forma, sostiene la sentencia de reemplazo, “*se está en presencia de un delito de lesa humanidad que equivale a un hecho delictivo imprescriptible e inamnistiable*”¹¹².

En todo caso, vale la pena señalar que los Ministros Sres. Segura y Ballesteros estuvieron por acoger el recurso pero solo porque se dictó el sobreseimiento antes de que la investigación estuviera agotada, más el voto mayoritario es el recién explicado.

Analizando esto y respondiendo a los criterios que fijamos para clasificar los fallos, podemos sostener en primer lugar que este fallo afirma la naturaleza de **crimen de lesa humanidad** al mismo tiempo que sostiene la naturaleza de **crimen de guerra**, uno sobre la base de diversos tratados, costumbre y principio, y el otro sobre la base de los CG, respectivamente. De este modo, no queda claro si sanciona al homicidio como crimen de guerra o de lesa humanidad, pero sí decide sancionar por homicidio. Esto podría plantear

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem., pp. 4-5.

¹¹⁰ Idem. P. 8.

¹¹¹ Idem. P. 9.

¹¹² Idem.

otro problema que sería relativo a las normas concursales en el DPI, tema que se podría profundizar en otra investigación.

En segundo lugar, afirma el uso de fuentes amplias de Derecho incluyendo no solo tratados sino que también **costumbre y principios**, aplicando fuentes de Derecho Internacional Público, incluso de Resoluciones de Organismos Internacionales, y todo lo cual con primacía sobre el Derecho Interno.

En tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, decide sobre la imposibilidad de la amnistía aplicando las mismas fuentes ya señaladas, de tipo amplio en el caso de los CLH y de forma más expresa en el caso de los crímenes de guerra, atendido lo dispuesto por los CG. En fin, este fallo resulta interesante **por la naturaleza jurídica que se le asigna al crimen -aunque no se resuelve el tema concursal-, por las fuentes jurídicas utilizadas y por la consecuencia en la prescripción y la amnistía de todo lo anterior.**

Continuemos ahora con el análisis de la siguiente sentencia. Esta causa fue vista por la CS bajo el **Rol N°6.525-2006**¹¹³, fallada con fecha 5 de septiembre de 2007, en donde se había condenado primero por el Ministro Sr. Joaquín Billard Acuña en Rol N°2182-98, bajo el título de homicidio calificado y luego por secuestro calificado, acogiendo finalmente la casación en la forma por no haberse pronunciado sobre la **media prescripción**.

En la sentencia de reemplazo la Corte hace suyos los análisis que realizó la Corte de Apelaciones para negar la procedencia de las excepciones de prescripción y amnistía intentadas por la Defensa, deteniéndose en el análisis de la **media prescripción**, respecto de lo cual sostiene que es una institución de orden público y obligatoria, y “no se advierte ningún obstáculo constitucional, legal, de tratados internacionales ni de *ius Cogens* para su aplicación, desde que aquellas prescripciones solo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal”¹¹⁴, pudiendo operar la media prescripción y no la prescripción. De este modo, considera al hecho con dos atenuantes muy calificadas y sin agravantes, de modo que decide sancionar por cuatro homicidios calificados por las

¹¹³ Causa Rol N°6.525-2006, Corte Suprema.

¹¹⁴ Sentencia de Reemplazo en causa Rol N°6.525-2006, Corte Suprema, pp. 1-2. Adjuntada en Anexo N°3.

circunstancias de la alevosía y premeditación, aumentando la pena en un grado por la reiteración, para luego rebajarla en dos por la media prescripción.

No obstante, el Ministro Sr. Segura estuvo por rechazar la media prescripción ya que tanto la prescripción como la media prescripción están sujetos a la misma reglamentación, *“iniciándose en el mismo momento, de modo que la existencia de la media prescripción lo es en razón de la existencia de la prescripción, de manera en que para el evento en que el legislador haya negado la procedencia de la prescripción, no puede tener cabida la prescripción gradual, en razón de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal”*¹¹⁵. En realidad, tanto el Ministro Sr. Segura como Ballesteros estuvieron por acoger la prescripción total, por la certeza jurídica, la igualdad ante la ley y el límite al poder punitivo del Estado en razón de esta institución de orden público. Esta declaración, por consiguiente, es solo en el entendido que si se niega la prescripción también debe negarse la prescripción gradual, aunque no están a favor de negar la prescripción.

Los citados Ministros fundan su disidencia en el principio de legalidad e irretroactividad, y en la inexistencia de un conflicto bélico, la inaplicabilidad del PIDCP dada la fecha de su incorporación, al igual que el ER, y lo no vinculante de la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias, de la que Chile no es parte. Finalmente, los principios del Derecho Internacional, el Derecho Consuetudinario y el *Ius Cogens* no serían suficientes para alterar el principio de legalidad, tipicidad e irretroactividad.

Más allá de que esta causa reitere el debate sobre la prescripción o no de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como la naturaleza de dichos crímenes, es interesante este fallo por el pronunciamiento que hace sobre la **media prescripción**, sobre todo el voto de Segura, pues sostiene la aplicación de la prescripción pero, al no concederse en virtud de los tratados internacionales y el Derecho Consuetudinario internacional así como los principios que ya hemos indicado, sostiene este Ministro que si se rechaza la prescripción, también debe rechazarse la media prescripción, pues es una institución *accesoria* a la principal.

¹¹⁵ *Idem.*, p. 8.

Esto plantea el debate de si son dos instituciones autónomas (una que exime y la otra que rebaja la pena) o si acaso son dos instituciones de una misma naturaleza (en atención al tiempo como criterio base y la ubicación normativa donde se regulan), ya que el resultado de su aplicabilidad o no dependerá de cómo se resuelva dicha pregunta.

El siguiente fallo es la causa **Rol N°6.188-2006**¹¹⁶, fallada el 13 de noviembre de 2007, por un secuestro calificado por el que los imputados fueron condenados en primera y segunda instancia, rechazándose la prescripción y la amnistía porque el ilícito no tenía fecha determinada que permitiera contabilizar los plazos de prescripción ni situarlo dentro o fuera del período de la amnistía.

Sin embargo, la Corte Suprema señala en la casación que ello es contradictorio con lo dicho en la misma sentencia, que sitúa el momento de la consumación en la fecha 11 de marzo de 1990 pese a que no tiene fundamentos para situarlo en esa fecha, y además, en relación a la **prescripción de la acción civil**, señala que “*constituye una institución de orden público, destinada a dar certeza jurídica a los derechos, por lo que resulta aplicable en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, entre los que también se comprenden aquellas conductas que se sometan al Derecho Público. En efecto, al no existir sobre esta materia una norma especial que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado, corresponde aplicar, en este caso, las reglas del Derecho común*”¹¹⁷. Pese a ello, en la sentencia de reemplazo se rechaza la indemnización civil del Fisco porque no corresponde impetrarla en sede penal, aunque ello con voto disidente.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta útil destacar algunos razonamientos de la sentencia de reemplazo, en la que se sanciona por homicidio simple negando la falta de participación y el cumplimiento de una orden superior.

En ella se señala que “*en la época en la que ocurrieron los sucesos que dieron origen a la presente investigación, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional”, en los términos del Art. 3*

¹¹⁶ Causa Rol N°6.188-2006, Corte Suprema.

¹¹⁷ Causa Rol N°6.188-2006, p. 5.

común de los Convenios de Ginebra¹¹⁸, normativa que impide homicidios, toma de rehenes, juicios sin debido proceso, o tratos humillantes o degradantes a los civiles o personas protegidas, debiendo perseguir y sancionar sus infracciones.

Asimismo, se impide la autoexoneración; y la amnistía autorizada por los CG *“ha de entenderse dirigido al favorecimiento de los vencidos en el conflicto, que se encuentran en manos de aquellos que controlan el poder estatal, facilitando así el restablecimiento de la paz social, sin alcanzar, en consecuencia, a quienes en el ejercicio de un poder incontrolado cometen delitos reprimidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional... entenderlo de otro modo conduciría a la inaplicabilidad de las normas de Derecho Internacional Humanitario, eludiendo su acatamiento por aplicación de la normativa nacional, lo que se encuentra prohibido por el Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”*¹¹⁹, por lo que el Decreto Ley N°2.191 no puede ser aplicado. Lo anterior *“incluye también la suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, toda vez que la misma aparece concebida para operar en un estado de paz social, y no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se funda, y menos en beneficio de aquellos que precisamente provocaron ese quebrantamiento, en términos que el delito establecido en autos resulta imprescriptible”*¹²⁰.

Enseguida, la Corte entiende que *“por haberse cometido el delito en el contexto de violaciones a los DDHH, graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado que pretendían excluir, hostigar, perseguir o exterminar a quienes fueran contrarios al régimen instaurado el 11 de septiembre de 1973, tratándose específicamente en el caso de autos de la eliminación de una persona militante del PC, es decir perteneciente ideológicamente al régimen político recién depuesto, cabe concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina **delito de lesa humanidad**, calificación que trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el referido ilícito, así como declarar su prescripción, conforme a las reglas imperativas de Derecho Internacional o *ius Cogens*, que... tiene prevalencia sobre la legislación nacional”*¹²¹. Con mayor claridad señala que *“los principios del Derecho Internacional y las normas del Derecho*

¹¹⁸ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°6.188-2006, Corte Suprema, p. 10.

¹¹⁹ Idem., p. 12.

¹²⁰ Idem., p. 13.

¹²¹ Idem.

*Consuetudinario, forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas, aun cuando no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile*¹²².

Enseguida continúa la sentencia entendiendo que se comprueba su carácter de *Ius Cogens* por la aprobación de la Resolución N°2391 de la Asamblea General de la ONU que aprobó la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias en los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, de 1970, impidiendo la aplicación de la prescripción.

De esta forma, en esta sentencia la Corte también se pronuncia en relación a crímenes de guerra al mismo tiempo que CLH, utilizando las mismas fuentes que la sentencia antes comentada, y dándole primacía a la norma internacional sobre la norma interna, aun si esta norma internacional no estuviere escrita en un tratado ratificado por Chile y vigente, sino que bastando el Derecho Consuetudinario y el *Ius Cogens*. De esta forma, se reiteran los comentarios ya realizados.

No obstante, esta sentencia que se comenta agrega un dato adicional interesante: si bien la norma internacional prohíbe la prescripción porque implica impunidad e incumplimiento del deber de persecución, no se impide la media prescripción del Art. 103 del Código Penal, institución que no impide la responsabilidad sino que solo la atenúa. De esta forma, en este caso la Corte decide aplicar la media prescripción.

Para ello, la Corte comienza a contar el plazo de la prescripción con fecha 2 de noviembre de 1978 (fecha en que se declaró la muerte de la víctima), beneficiando a todos los imputados con la media prescripción, es decir, dos o más atenuantes muy calificadas y sin agravante, y a algunos, se les consideró además la irreprochable conducta anterior. Es decir, ***la Corte sanciona por crimen de guerra y por crimen de lesa humanidad de homicidio, negando por consiguiente la prescripción y la amnistía, pero concediendo la media prescripción como atenuante, ya que la legislación internacional no la impediría.***

¹²² Idem., pp. 13-14.

Cabe señalar, finalmente, que hubo dos votos disidentes que estuvieron por sancionar por secuestro calificado y no por homicidio, porque se tenía certeza del secuestro por más de 90 días más no del homicidio, aunque negando en ambos casos la prescripción y la amnistía (en este caso, además de las razones jurídicas internacionales se agrega la imposibilidad de contabilizarla por prolongarse el estado antijurídico a futuro, subsistiendo la lesión al bien jurídico).

Cabe señalar, además, que hubo un voto en contra del Ministro Sr. Segura que estuvo por acoger la prescripción, fundado en la certeza jurídica, minimizar las posibilidades de error judicial y en la igualdad ante la ley.

En relación a la normativa internacional, funda su disidencia en que el Decreto Ley N°5 *“no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un conflicto armado no internacional... en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra”*¹²³; en que el PIDCP entró en vigencia en Chile en 1989; en que la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias no ha sido suscrito por Chile; y en que ***el Estatuto de Roma no ha sido, a la fecha, aprobado por el Congreso de Chile, de modo que esas normas no han podido modificar ni expresa ni tácitamente lo dicho por el Código Penal.*** Asimismo, los principios del Derecho Internacional no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, tipicidad e irretroactividad.

Es llamativo este voto disidente porque cuestiona la naturaleza de crímenes de guerra de los delitos, aunque no de crímenes de lesa humanidad, y las fuentes jurídicas que se utilizan para fundar el voto mayoritario, y particularmente su obligatoriedad en relación con Chile. Finalmente, pondera el valor de esta norma internacional (Estatuto de Roma) en relación con los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad. Sobre ello se comentará con más detalle en el próximo capítulo.

Continuando con el análisis de jurisprudencia, la siguiente causa que comentaremos se siguió ante la CS bajo el ***Rol N°2.257-2007***¹²⁴ y fue fallada con fecha 29 de noviembre de 2007, en la cual se invalida de oficio la sentencia por causal formal, sin

¹²³ Idem., p. 29.

¹²⁴ Causa Rol N°2.257-2007, Corte Suprema.

que ello tenga relevancia para lo que comentamos. Donde sí resulta relevante esta causa es lo que consigna en la sentencia de reemplazo¹²⁵, ya que por un lado se **acoge la media prescripción** para rebajar la pena y por otro lado aparece el **voto disidente** del Ministro Sr. Ballesteros en orden a acoger la prescripción.

Este voto disidente se funda en los mismos argumentos antes analizados en la causa Rol N°6.525-2006 (de hecho, se remite a esta sentencia expresamente), es decir, que la situación en Chile en dicha época no era de un conflicto armado no internacional (de modo que no se aplicaban los CG), el PIDCP no estaba vigente a la fecha de los hechos, la Convención sobre Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias de 1970 no había sido suscrita ni ratificada por Chile, y el ER no ha sido aprobado por el Congreso chileno, de modo que nada de ello resulta aplicable. Finalmente, los principios del Derecho Internacional no podrían vulnerar los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad que rigen en materia penal. No obstante, esta causa no agrega ningún elemento relevante a lo que ya hemos analizado más que el voto disidente recién resumido.

Una causa que sí agrega algo interesante, es la seguida bajo el **Rol N°3.907-2007**¹²⁶, fallada con fecha 21 de enero de 2009, la cual trataba sobre un secuestro calificado al cual se le había estimado como **permanente**, ya que el sujeto víctima aún no aparecía, manteniéndose el estado antijurídico, motivo por el cual se negó lugar a la prescripción y a la amnistía. Además, fueron rechazados por vulnerar los CG y otros Tratados Internacionales, como el PIDCP, la CADH, la Convención sobre Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias y el ER.

En el recurso se alegaba 1) que había una errónea aplicación del Art. 141 del Código Penal sobre el secuestro calificado, ya que no se mantenía el estado antijurídico al no mantenerse el encierro, de modo que el plazo de prescripción podía comenzar a contarse desde esa data y además, la amnistía cubría dicho período; y 2) que no se estaba en situación de guerra para dar aplicación a los CG y los demás tratados son de fechas posteriores a los hechos, o bien no aprobados por Chile según sea el caso.

¹²⁵ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°2.257-2007, Corte Suprema.

¹²⁶ Causa Rol N°3.907-2007, Corte Suprema, adjuntada como Anexo N°4.

En el fallo, sin embargo, se rechaza el recurso porque Chile en esa época si se encontraba en tiempos de guerra, considerando el Decreto Ley N°5, los Consejos de Guerra y el Art. 418 del Código de Justicia Militar, aplicándose en consecuencia los CG, que otorgan el trato digno a las personas aún en dichas situaciones, como un trato mínimo. Por ese mismo tratado, el Estado de Chile se obligó a no exonerarse a sí mismo o a otra parte contratante en caso que ocurran infracciones al mismo.

De este modo, *“si bien es cierto, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra nación puede amnistiar las contravenciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad, no lo es menos que si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile”*¹²⁷. Así, *“la llamada ley de amnistía... puede ser claramente señalada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los DDHH, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables, conculcando así el Art. 148 del IV Convenio de Ginebra”*¹²⁸.

Hasta ese minuto la sentencia recoge el desarrollo jurisprudencial que hemos venido analizando, pero agrega ahora otro punto, que es que *“el ilícito de autos comenzó a perpetrarse el 20 de julio de 1974, y desde entonces no se tuvo más noticias de las víctimas, existiendo certeza de que al 10 de marzo de 1978, época de la expiración del plazo contemplado en el Art. 1 del Decreto Ley N°2.191, los ofendidos no habían aparecido y no se tenía informes de ellos, ni del lugar donde se encontrarían sus restos... lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que **el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad**”*¹²⁹ (el destacado es nuestro).

Otro aporte que realiza esta sentencia es que, además de calificar el hecho como crimen de lesa humanidad, específicamente señala que *“el ilícito pesquisado se incardina en la categoría denominada en el Derecho Internacional **“desaparición forzada de***

¹²⁷ Idem., p. 10.

¹²⁸ Idem., p. 11.

¹²⁹ Idem.

*personas”, la que se produce cuando un agente del Estado o una persona que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial priva a una persona de libertad sin ofrecer información sobre la detención, o niega tener a esa persona recluida, lo que convierte en ineficaces todos los recursos legales o garantías judiciales que podrían proteger a la víctima”¹³⁰. A su turno, “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad, como se encarga de señalar el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”¹³¹ y así también la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1994 y 1992 respectivamente, ambas integrantes de normativa *Ius Cogens*. Cita también, en el considerando décimo sexto, al Estatuto de la CPI, en el mismo sentido antedicho.*

Respecto de su inaplicabilidad por ser de fechas posteriores a los hechos o de no encontrarse ratificadas por Chile, la Corte señala que *“conforme a una fórmula reconocida por la Comisión Internacional de Justicia de Naciones Unidas, el Derecho Convencional puede tener efecto declarativo, cristizador o generador de normas consuetudinarias, generándose el primero de estos efectos cuando **el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia**, limitándose por tanto su rol a la constatación a la existencia de la norma y la fijación de su contenido. Las disposiciones convencionales que cumplen con la fórmula descrita, obligan internacionalmente, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que las contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado”¹³².*

Así, la Corte entiende que estas prohibiciones son parte del *Ius Cogens*, como norma imperativa internacional, obligatorias para el Estado de Chile sin importar la fecha del tratado que lo recepciona o si Chile forma o no parte del mismo, y tampoco siendo, a su respecto, objetor persistente (lo cual es lógico, agregamos, porque la norma *Ius Cogens* no admite ser objetor persistente sino que ello solo es aplicable a la costumbre jurídica internacional). Así también ocurre con la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias y con la CADH. Esto porque dichas normas solo cristalizan un contenido ya vigente en el Derecho Consuetudinario Internacional, no siendo necesario

¹³⁰ *Idem.*, p. 13.

¹³¹ *Idem.*

¹³² *Idem.*, p. 14, citando causa Rol N°559-2004, Corte Suprema.

acudir a estos textos pues ya estaba vigente con anterioridad a ello, nombrándose solo a mayor abundamiento.

En cuanto al carácter de permanente del delito, en el considerando vigésimo cuarto la Corte, citando a Eduardo Novoa Monreal, Labatut y Cousiño, realiza la clasificación entre delito instantáneo y permanente, división que se hará según el verbo rector del tipo penal, *si acaso admite una permanencia en el estado antijurídico o no*. Así, en el caso del secuestro, si bien con el encierro la conducta ya está consumada, dicho encierro puede durar más atendiendo a la voluntad del hechor, mostrándose como un delito permanente. Se suma a lo anterior las consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido y la modalidad de comisión, aspectos que llevan a la misma conclusión, dándose una unidad de hecho con pluralidad de conducta, *primero de acción de detener o encerrar, y luego de omisión de no hacer cesar el estado antijurídico*.

De esta forma, en el aspecto penal esta sentencia es interesante por la discusión sobre el secuestro permanente como hipótesis que impide la aplicación de la amnistía y de la prescripción aun si no hubieran tratados internacionales; por la importancia que se asigna a la norma imperativa internacional o *ius cogens*; y por la calificación jurídica que hace de la conducta no solo como crimen de lesa humanidad sino que específicamente como desaparición forzada de personas, figura penal inexistente en el Código Penal.

Por otro lado, en el aspecto civil, la Corte también rechaza la casación deducida por el Fisco de Chile en contra de la sentencia que lo condenó al pago de la indemnización, por considerar que al ser crimen de lesa humanidad, la acción civil tampoco prescribe, considerando la normativa imperativa internacional antes dicha como asimismo el cumplimiento de buena fe de los tratados, teniendo preferencia sobre norma interna. De esta forma, *“la alegación relativa a la prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios que invoca el Fisco será rechazada, atendido que lo perseguido en la demanda civil es la responsabilidad del Estado de Chile por la acción de sus agentes, constitutivas del delito de secuestro calificado, ilícito de carácter permanente e imprescriptible, naturaleza jurídica que también afecta a la acción civil”*¹³³ (el destacado es nuestro).

¹³³ Idem., pp. 24-25.

En el aspecto civil, por tanto, esta sentencia es relevante porque le da un alcance amplio a la imprescriptibilidad, cuestión que a continuación la jurisprudencia va cambiando de criterio, como se verá.

Cabe señalar que esta sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros, que estaban por acoger la prescripción y absolver en consecuencia a los procesados, bajo los mismos argumentos que ya hemos analizado. No obstante, se agrega también un análisis sobre la naturaleza de delito permanente del secuestro. Al respecto, señalan los disidentes que el secuestro tipificado a la fecha de los hechos admitía dos modalidades: o secuestro simple o calificado, siendo el segundo aquel que dura más de 90 días o aquel del que provienen graves efectos contra la víctima. En este caso, señalan que transcurriendo más de 90 días ya es posible contabilizar el plazo de la prescripción, desde el día 91, de modo que la conducta igualmente estaría prescrita, por los argumentos que han sido constantes durante el tiempo de estos dos Ministros disidentes, reiterando los mismos argumentos ya señalados.

Es llamativo, en todo caso, la prevención de Hernández al respecto, ya que señala que *“el delito de **desaparición forzada de personas**, que es a la categoría a la que pertenece el de autos, es un crimen de lesa humanidad y por tanto, imprescriptible, con arreglo al Derecho Internacional de los DDHH, apreciación que hace innecesario discurrir acerca de la naturaleza permanente del delito imputado y sus consecuencias”*¹³⁴. Así, lo que plantea este Ministro es que con el tipo penal de la desaparición forzada basta, siendo innecesario acudir al secuestro, uno es crimen de lesa humanidad y el otro podría ser delito común, aunque el primero no estaba tipificado en el Código Penal y el otro sí.

Finalmente, la decisión en cuanto a la indemnización civil también lo fue con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros, por considerar la incompetencia absoluta de dicho debate en sede penal, ya que la acción civil se dirige contra un tercero civilmente responsable por parte de la víctima, y no contra el imputado directamente, correspondiendo su conocimiento al Juez civil, debiendo ahí evaluar la falta de servicio, el daño y el nexo causal.

¹³⁴ Idem., pp. 35-36.

Asimismo, Hernández también votaba por negar la indemnización civil por prescripción ya que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad solo se circunscribe a la acción penal, tesis que luego será adoptada por la jurisprudencia. A mayor abundamiento, el PIDCP y la CADH, que se refieren a la materia aunque no expresamente, entraron en vigencia con posterioridad a la prescripción ya acaecida de la acción civil, y la imprescriptibilidad debe ser expresa, cuestión que no ocurre para la acción civil. Otro tanto sucede con la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias de 1970 que no se pronuncia sobre la imprescriptibilidad civil sino que solo de la penal, rigiendo respecto de la civil las reglas generales.

Finalmente votándose por separado la materia, Hernández se plegó a la mayoría quedando el voto de Segura y Ballesteros como disidentes. Como se observa, este fallo es relevante porque agrega la discusión sobre el secuestro permanente o la desaparición forzada de personas, además de la naturaleza jurídica de los crímenes como crímenes de guerra y de lesa humanidad, y porque agrega el punto de la indemnización civil.

Enseguida, la siguiente causa fue seguida bajo el **Rol N°4.691-2007**¹³⁵, fallada con fecha 28 de enero de 2009, la cual trataba de un homicidio calificado cuya prescripción había sido acogida, interponiéndose en consecuencia el recurso de casación contra dicha resolución.

De acuerdo a lo solicitado, al tratarse de un crimen de lesa humanidad la acción penal no puede prescribir ni tampoco el hecho ser objeto de una amnistía, sobre la base de lo dispuesto en la CADH, el PIDCP, y la Convención sobre Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias, incorporados a Chile conforme al Art. 5 de la Constitución, así como conforme al *Ius Cogens* (*inderogable y vinculante*).

Conforme a lo resuelto, Chile se encontraba en una situación de guerra interna, sobre la base de lo dispuesto en el Decreto Ley N°5, Art. 418 del Código de Justicia Militar y la presencia de los Consejos de Guerra como Tribunales en tiempos de guerra, de modo que se aplicaban los CG, según se consigna en el considerando décimo sexto. Enseguida, conforme a los Arts. 147 y 148 de dichos convenios, ninguna parte contratante podrá auto exonerarse o exonerar a otra alta parte contratante de las infracciones

¹³⁵ Causa Rol N°4.691-2007, Corte Suprema.

establecidas en el Convenio. Estos convenios deben interpretarse y aplicarse de buena fe, ajustando la norma y judicatura interna a los mismos (control de convencionalidad).

En paralelo a lo recién dicho, en el considerando vigésimo el Tribunal califica a este delito como crimen de lesa humanidad, lo cual “*no se opone al principio de legalidad penal porque las conductas imputadas ya eran delitos en el Derecho nacional -homicidio calificado- y en el Derecho Internacional, como crimen contra la humanidad*”¹³⁶, y conforme al *ius Cogens* recogido en la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias, no prescriben, sin poder invocar norma interna a pretexto de su incumplimiento, conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Al igual que la jurisprudencia ya analizada, este fallo fue acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Ballesteros y Segura acogiendo la prescripción, por los mismos argumentos que ya hemos analizado y que se tienen por reproducidos. En síntesis, este voto disidente sostiene la prescripción porque niegan el estado de guerra y por tanto la aplicación de los CG, como también niegan la aplicación del resto de los tratados internacionales por ser posteriores a la fecha de los hechos en ciertos casos, como el PIDCP, y por no haber sido ratificados por Chile en otros casos, como la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarios y el ER. Asimismo, los principios del Derecho Internacional no serían suficientes para alterar los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad de la ley penal.

En la sentencia de reemplazo la Corte Suprema vierte los mismos argumentos que ya se han analizado, como el estar en situación de guerra, ser crímenes de lesa humanidad, y su carácter de imprescriptibles e inamnistiables; sin embargo, vale la pena resaltar el hecho que agrega jurisprudencia de la Corte Interamericana para fundar el fallo y resaltar algunos considerandos específicos, como por ejemplo y por tratarse de la irretroactividad de la ley penal, el considerando séptimo, en el cual se indica que “***en el Derecho Penal Internacional la irretroactividad no puede ser entendida de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho, siendo suficiente, para estos efectos, con que la acción sea punible según los principios no escrito del Derecho Consuetudinario. Ello, porque los hechos en cuestión -crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad-***

¹³⁶ *Idem.*, p. 12.

ya eran punibles en el momento de cometerse los ilícitos de autos según la costumbre internacional y también acorde al Derecho Interno, en cuanto homicidios calificados¹³⁷ (el destacado es nuestro).

Asimismo, cabe destacar el considerando undécimo sobre participación, el cual respecto de algunos acusados indica que “se estimaron las intervenciones de los acusados en el delito de homicidio calificado investigado, en calidad de autores del Art. 15 N°3 del Código Penal... participando en su ejecución impartiendo órdenes a sus subalternos y facilitando los medios para que estos procedieran a la detención y privación ilegítima de libertad de la víctima y en su muerte¹³⁸ y respecto de otros, “en los términos del Art. 15 N°1 del texto ya citado, desde que el primero era integrante del grupo operativo del denominado Comando Conjunto, tomando parte en su ejecución de una manera directa e inmediata; y los dos restantes, de igual forma que el anterior, en las distintas acciones operativas relacionadas con la detención y privación de libertad de la víctima¹³⁹. Luego, en el considerando trigésimo octavo aclara que la participación lo es “como autores en la modalidad de lo que se conoce como **dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado**¹⁴⁰ (el destacado es nuestro).

A su vez, el considerando décimo quinto respecto del cumplimiento de un deber, señala que “la expresión deber, tiene aquí un significado jurídico, lo que supone criterios de adecuación y proporcionalidad, de tal forma que el empleo innecesario de violencia no está amparado de ninguna forma, pues lo que se justifica es el ejercicio de un derecho, jamás su abuso. En este sentido, solo sería aplicable en la hipótesis de una orden superior lícita, ya que ante una ilícita, esa justificación es inaplicable, ya que el acto delictual cometido por orden de un superior, conserva su carácter de ilícito respecto del subordinado, por lo que constituyendo el elemento esencial de la justificante, impide su reconocimiento como tal y también como atenuante del Art. 11 N°1 del Código Penal al requerir al menos la concurrencia de su sustrato básico en ejercicio de un derecho lícito¹⁴¹. Asimismo, en el considerando décimo séptimo se indica respecto de haber obrado en cumplimiento de una orden, que “no se verifican en la especie presupuestos

¹³⁷ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°4.691-2007, Corte Suprema, pp. 3-4.

¹³⁸ Idem., p. 5.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem., p. 20.

¹⁴¹ Idem., p. 6.

*legales para acreditarla, desde que no se probó en forma alguna que se hubiese recibido una orden de un superior jerárquico que justifique su actuar con la víctima de autos*¹⁴².

Así también resulta útil destacar los considerando décimo octavo y siguientes, en donde se analiza la **media prescripción**, y citando a Jescheck se dice que la prescripción es una institución de naturaleza procesal y material a la vez, en razón de que el fin de la pena no queda satisfecha si ha transcurrido el tiempo suficiente, sino que al contrario, va desapareciendo con el paso del tiempo. Esto explica la atenuación de la responsabilidad si ha transcurrido tiempo pero no el suficiente para prescribir (es decir, la prescripción gradual o media prescripción), al mismo tiempo que el cambio en el sujeto, los límites del *ius puniendi*, la posibilidad de sentencias erróneas y la certeza jurídica. No obstante, esto no opera para los CLH, como se señala en el considerando vigésimo, dada la gravedad de los mismos que lo sitúa en la jurisdicción universal, evitando la impunidad.

“Sin embargo, lo expresado no importa ni significa por cierto, la consagración de Jure de la atemporalidad”¹⁴³, es decir, “no obsta al reconocimiento del tiempo como elemento objetivo en el arte de juzgar, lo que impulsa al sentenciador al estudio, análisis y por cierto, aplicación de la institución pertinente... que en nuestro ordenamiento de punición no tan solo existe por disposición expresa de la ley como norma de aplicación general, sino que más todavía, no aparece renunciada para los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad, cuyo es el caso de la media prescripción o la prescripción gradual, sin que lo dicho importe o implique hurtar, cercenar o afectar de manera alguna la imprescriptibilidad al patrimonio jurídico del Derecho Penal Internacional, sino que más bien, la armonización unívoca de las instituciones de jure vigentes y propias del Derecho Punitivo interno, con aquellas de jure también vigentes propias del Orden Punitivo Internacional”¹⁴⁴.

Al respecto, considera el fallo que la media prescripción, si bien es una institución que no está recogida en todos los Estados, sí lo está en nuestro código (y desde 1874) y se le identifica por la doctrina (citando a Politoff, Ortiz y Guzmán) como una idea afortunada, para una mayor justicia; y que *“si bien recoge, como en el caso presente, la imprescriptibilidad -lo que resulta excepcional a su normativa interna que no la contempla-*

¹⁴² *Idem.*, p. 7.

¹⁴³ *Idem.*, p. 9.

¹⁴⁴ *Idem.*

ello no significa, entre otros raciocinios por lo dicho, que haya claudicado o se haya impuesto una autolimitación de naturaleza restrictiva a extremo tal, en materia de media prescripción frente a delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, situación ésta -la de la autolimitación- que de concurrir, aparejaría efectos de afectación limitativos severos para el fin de justicia, más aun sopesando que se trata, en su regulación, de un parámetro de ejercicio y aplicación acotado estrictamente al ámbito de la atenuación de la responsabilidad penal discrecional”¹⁴⁵, de modo que no es una institución a la cual se haya renunciado.

De este modo, continúa el fallo, la prescripción y la media prescripción, si bien tienen una regulación similar en el mismo título y ambos considerando el paso del tiempo como criterio base, ***son instituciones independientes con finalidades diferentes***: Una la extinción de responsabilidad penal, similar a las otras causales de extinción de responsabilidad, y la otra su atenuación, similar a las atenuantes. Por lo demás, el que se regulen en un mismo título no sería un argumento concluyente, pues hay otras disposiciones mal ubicadas, como es el caso del aborto entre los delitos contra la familia y moralidad, o los delitos contra las personas en circunstancias que se protegen bienes jurídicos y no sujetos.

Finalmente, citando a Náquira, entiende que la media prescripción es perfectamente aplicable al caso, como una cuestión obligada, como una “*garantía(s) positiva(s) de la(s) que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido*”¹⁴⁶, como una garantía en razón de política criminal que no altera la prescripción.

Por su parte, en el aspecto civil, decide acoger la indemnización de perjuicios y rechazar la incompetencia absoluta alegada por el Fisco, así como la prescripción, considerando la normativa interna que rige la responsabilidad del Estado (Constitución, Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y Código Civil) y los tratados internacionales y el deber de reparación, siendo los CLH de naturaleza imprescriptible, incluyendo la indemnización civil.

¹⁴⁵ Idem., p. 11.

¹⁴⁶ Idem., p. 14.

Como se observa, esta sentencia es relevante por la discusión que expresa en torno a la prescripción y la media prescripción, una improcedente pero la otra procedente, y asimismo, en el alcance de la imprescriptibilidad respecto de la acción civil, tesis que más adelante comienza a ser cuestionada.

Esta condena fue adoptada con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros por los argumentos antes dicho, y por considerar la incompetencia absoluta de la acción civil en sede penal contra un tercero civilmente responsable, que debía ser un juicio civil de lato conocimiento sobre la responsabilidad del Estado.

De lo dicho puede desprenderse que esta sentencia es relevante por el desarrollo de muchas temáticas a lo largo de la sentencia de reemplazo sobre diversos puntos del DPI, como es la legalidad, participación, eximente y la prescripción, así como también respecto de la media prescripción y la prescripción civil.

Cabe agregar, para mayor claridad, que respecto de la media prescripción la siguiente causa estudiada, seguida bajo el **Rol N°695-2008¹⁴⁷** y fallada con fecha 09 de marzo de 2009, acogió el recurso de casación por el defecto formal de no haberse pronunciado la sentencia respecto de todos los puntos alegados por las partes, como era la media prescripción. Al respecto, cabe resaltar que el Tribunal si se había pronunciado sobre el punto, pero reiterando los mismos argumentos para rechazar la prescripción, es decir, se negó la media prescripción por los mismos argumentos por los que se negó la prescripción.

En concreto, señala el fallo de la casación que *“el veredicto de primer grado consigna en el último acápite del basamento décimo séptimo que: “de esta forma, por las mismas reflexiones que se han esgrimido con respecto a la improcedencia de la prescripción no corresponde, en este caso, favorecer a los acusados con la media prescripción comprendida en el Art. 103 del Código Penal”, raciocinio que la alzada no alteró, haciéndolo suyo, con lo que aparece de manifiesto que los sentenciadores de segundo grado no entregan una decisión y motivación específica relativa a la procedencia del Art. 103 del ordenamiento penal, limitándose a reiterar los motivos en los que se resolvió la solicitud de prescripción de la acción criminal, por lo que el dictamen de marras*

¹⁴⁷ Causa Rol N°695-2008, Corte Suprema.

no contiene todos y cada uno de los presupuestos que ordena la ley, adoleciendo del vicio de nulidad¹⁴⁸.

Luego, en la sentencia de reemplazo¹⁴⁹, señala que, como el país se encontraba en guerra a partir del Decreto Ley N°5 y el Art. 418 del Código de Justicia Militar, eran aplicables los CG, que impiden la autoexoneración mediante la amnistía, en este caso contenida en el Decreto Ley N°2.191. De este modo, *“el Decreto Ley N°2.191 de 1978, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inaplicable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia”*¹⁵⁰.

Por otro lado, reitera la calificación de los hechos como un crimen de lesa humanidad en los considerando décimo séptimo y siguientes, negando por consiguiente la amnistía y la prescripción.

A su vez, señala que aun si fuere aplicable, al ser el delito de secuestro un delito **permanente** y no constar la muerte de la víctima ni tampoco su liberación (el término del secuestro) sino que solo su detención y prolongación por más de 90 días (el inicio del secuestro), se imputa el delito de secuestro calificado del Art. 141, pero como el estado antijurídico se ha prolongado, no puede aplicarse ni la amnistía ni la prescripción porque en los hechos no hay coincidencia con las fechas amparadas por la amnistía ni es posible fijar fecha cierta para el inicio del cómputo de la prescripción.

Sin embargo, *“la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada **media prescripción**, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, consagrada en el Art. 103 del Código Penal... con fundamentos y consecuencias diversas. Así, aquella (la prescripción) descansa 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 criminoso, en cambio, la morigerante -que también se explica en razón de la normativa humanitaria- encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo*

¹⁴⁸ Idem., pp. 4-5.

¹⁴⁹ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°695-2008, Corte Suprema.

¹⁵⁰ Idem., p. 9.

*tiempo atrás, pero que no por ello dejan de ser irremediabilmente reprimidos, resultando de su reconocimiento una pena menor*¹⁵¹. La disposición del Art. 103, continúa el fallo, es una institución de orden público y por tanto, conforme al principio de legalidad, obligatoria para el tribunal, aunque lo discrecional estará en cuántos grados rebaja la pena, pero no hay norma alguna que excluya la posibilidad de otorgar la media prescripción o prescripción gradual, ya que la normativa internacional solo se refiere a la extinción de responsabilidad, más no a su atenuación.

Para ello, ***se iniciará el plazo en la fecha correspondiente al día 91 desde la detención o encierro***, ya que desde esa fecha se configura el tipo penal del secuestro calificado (antes es solamente secuestro simple). Cabe agregar, en todo caso, que el Ministro Sr. Kunsemuller previno que era imposible aplicar la media prescripción porque como secuestro permanente no es posible fijar fecha cierta para el inicio de su cómputo.

Finalmente, rechaza la excepción de la prescripción civil porque el hecho que originó el daño es un crimen de lesa humanidad, y por tanto, imprescriptible, característica que alcanza a cubrir también la acción civil, como lo sostiene en el considerando cuadragésimo tercero.

Mencionamos, además, que el fallo fue decidido con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros quienes estuvieron por declarar la prescripción de la acción penal, ya que 1) es posible contar el plazo desde el día 91 del secuestro, atendiendo a la tipificación del secuestro calificado, pese a ser un delito de carácter permanente; 2) porque la institución de la prescripción busca asegurar la certeza jurídica, limitando el *ius Puniendi* del Estado, para evitar errores judiciales y por igualdad ante la ley; y 3) porque los CG no eran aplicables ya que no se estaba en un conflicto armado no internacional, explicándose el Decreto Ley N°5 como simplemente una norma con fines de legislación aplicable, pero en los hechos no se habría comprobado dicho conflicto. Asimismo, los mismos Ministros disienten del fallo en lo civil votando a favor de la incompetencia, cuestión que por no relacionarse con nuestro objeto de estudio no será analizada.

¹⁵¹ *Idem.*, p. 19.

La siguiente causa fue seguida bajo el **Rol N°4.163-2007**¹⁵² y fallada con fecha 20 de abril de 2009, que trataba del mismo tema que la sentencia recién analizada, **pero acogiendo la prescripción civil** por ser una acción de naturaleza patrimonial, y porque los tratados internacionales en que se fundaría la imprescriptibilidad son posteriores a los hechos objeto de la controversia, sin excluir tampoco la aplicación del Derecho nacional y sin existir norma alguna que impida la prescripción bajo las reglas generales, según se consigna en los considerando sexto y siguientes. Esta sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito y del Abogado Integrante Herrera. Esta sentencia es interesante porque señala que la prescripción civil no queda cubierta por la imprescriptibilidad penal que ordena el Derecho Internacional respecto de esta clase de delitos.

La siguiente causa estudiada se siguió bajo el **Rol N°5.097-2007**¹⁵³, también fallada con fecha 20 de abril de 2009, que es relevante en el aspecto civil, ya que vuelve a sostener la tesis de la **prescripción de la acción civil**, acogiendo el recurso de casación deducido contra la resolución de la Corte de Apelaciones que había ordenado la indemnización. En el fallo se consignan las mismas razones que ya hemos mencionado, como es que la imprescriptibilidad solo alcanza al ámbito penal y que la normativa internacional no se refiere a ella, sino solo a la penal. Asimismo, que el régimen legal de responsabilidad extracontractual del Estado está sometida al régimen del Código Civil y por tanto, en atención a los Arts. 2332 y 2497 del mismo código, la acción civil se encuentra prescrita.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°3.220-2007**¹⁵⁴, fallada con fecha 6 de mayo de 2009, la cual correspondía a una demanda civil de indemnización de perjuicios contra el Fisco de Chile derivada de un CLH, demanda la cual fue rechazada en primera instancia por prescripción y confirmado ello en segunda instancia. En casación, se decidió aplicar las normas del Código Civil al respecto por ser una demanda patrimonial, pero es interesante consignar su razonamiento en materia del contenido de los tratados internacionales sobre la prescripción, ya que sostiene que *“ninguno de los cuerpos normativos citados establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado o de sus*

¹⁵² Causa Rol N°4.163-2007, Corte Suprema, adjuntada en Anexo N°5.

¹⁵³ Causa Rol N°5.097-2007, Corte Suprema.

¹⁵⁴ Causa Rol N°3.220-2007, Corte Suprema.

órganos”¹⁵⁵. Asimismo, en el considerando séptimo esta sentencia reduce la imprescriptibilidad y no autoexoneración mandatada por el Convenio de Ginebra, a solo el ámbito penal, al igual que la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias de 1970, según se expresa en el considerando octavo.

Así, si no hay norma alguna que establezca la imprescriptibilidad genérica (incluyendo la prescripción civil), corresponde aplicar el régimen común; régimen que establece la prescripción de la acción civil por responsabilidad extracontractual del Estado, de modo que la acción, en este caso, se encuentra prescrita.

Cabe agregar que según lo consigna en el considerando decimosegundo, el plazo de prescripción comienza a contarlo desde la desaparición de la víctima, es decir, 25 de julio de 1974, sin perjuicio que hasta la fecha aún no aparece, manteniéndose, agregamos, el estado antijurídico, lo cual impide contabilizar la prescripción.

Esta sentencia tuvo el voto disidente del Ministro Sr. Brito, que estuvo por acoger la demanda de indemnización de perjuicios ya que no es una demanda de tipo patrimonial sino que humanitaria, derivada del ilícito del que fue víctima el desaparecido. Asimismo, infringe la CADH que establece que *“la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a las reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de Derecho Interno”*¹⁵⁶, todo lo cual es de carácter consuetudinario y no requieren de texto expreso. Asimismo, funda su disidencia en que el deber del Estado de promover y respetar los derechos fundamentales conforme al Art. 5 de la CPR, implica también el derecho a obtener reparación, vulnerando además el Art. 131 del CG que no solo busca la responsabilidad penal sino que se establece en términos amplios, incluyendo la responsabilidad pecuniaria. También se incumple el Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que impide incumplir norma internacional a pretexto de norma interna. De esta forma, *“el derecho a la reparación es un derecho fundamental, esto es, uno de aquellos que los Estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democrática, el que por su naturaleza es*

¹⁵⁵ Idem., p. 3.

¹⁵⁶ Idem., p. 6.

*imprescriptible*¹⁵⁷. Esto sin perjuicio de que la prescripción civil no forma parte de las principales instituciones que estamos analizando.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°696-2008**¹⁵⁸ y fue fallada con fecha 25 de mayo de 2009, la cual consistió en un recurso de casación que solicitaba la aplicación de la prescripción considerando 1) que no se había comprobado la existencia de un conflicto armado no internacional al tiempo de los hechos, y por lo tanto, era inaplicable la CG; y 2) que no se podían aplicar las convenciones que el Juez consideró para rechazar la prescripción, estas son, la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias de 1970 y el PIDCP, uno porque Chile no es parte del mismo y no alcanza a ser Derecho Consuetudinario pues no está aprobado por la mayoría de los países, y el otro porque su fecha de ratificación fue posterior a la comisión de los hechos. De esta forma, el recurrente recoge la constante de los votos disidentes que hemos analizado.

La Corte resolvió acoger la casación pero por un argumento formal (casación de oficio), cual era que la sentencia calificaba al hecho como un homicidio calificado pero omitía pronunciarse respecto de alguna de las cinco circunstancias calificantes de dicho tipo penal, de modo que se había incurrido en un vicio que invalidaba la sentencia, como se expresa en los considerando décimo quinto y décimo sexto.

En la sentencia de reemplazo¹⁵⁹ se sostuvo que Chile se encontraba en estado de guerra interna considerando los hechos y el Decreto Ley N°5 además del Art. 418 del Código de Justicia Militar, por lo que resultaban aplicables los CG y sus prohibiciones que obligan al trato humanitario y al deber de persecución y sanción, tal y como ya se ha desarrollado supra. En concreto y en cumplimiento de buena fe del deber de persecución y sanción, se impide la exoneración de responsabilidad criminal en caso de que se incurran en las infracciones establecidas en dichos Convenios, de modo que el Decreto Ley N°2.191 no resulta aplicable y tampoco resulta procedente la prescripción.

Al mismo tiempo, vuelve a calificar los hechos como CLH y por lo tanto, tampoco resultan amnistiables ni prescriben, conforme a la norma imperativa internacional o *ius Cogens* recogido en la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias, que se

¹⁵⁷ *Idem.*, p. 7.

¹⁵⁸ Causa Rol N°696-2008, Corte Suprema.

¹⁵⁹ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°696-2008, Corte Suprema.

limita a recoger el Derecho Consuetudinario ya vigente. Esta característica, continúa el fallo, ha sido recogida también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH en los casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz*, *Blake* y *Almonacid*, entre otros, donde se señala que *“la prohibición de cometer esta clase de ilícitos es una norma de Ius Cogens y su penalización es obligatoria, conforme al Derecho Internacional General”*¹⁶⁰.

Continúa la sentencia calificando los hechos como homicidio calificado por concurrir la alevosía, obrando a traición o sobre seguro ya que *“los agentes crearon una situación especialmente destinada a dar seguridad a sus actuaciones y a marginar todo riesgo para sus personas, al realizar la emboscada de los afectados, conocedores de su inferioridad numérica, desarmados, quienes huían y se ocultaban de fuerzas de seguridad en el interior de una mina... previniendo un mal mayor que no solo pudiera ocurrirles a ellos, sino también a su pequeño hijo de dos años de edad que los acompañaba... Todo ello se produjo aprovechando su estado de indefensión, que no fue obra del simple azar, sino procurado deliberadamente por los acusados quienes buscaron las anteriores circunstancias, que fueron determinantes para la perpetración de los delitos”*¹⁶¹.

Por otra parte, en lo relativo a la participación, la sentencia da por acreditada la participación de algunos como autores directos, pero no así de Lapostol (otro de los imputados, el superior), respecto de quien *“no se logró establecer su intervención en el hecho investigado, al encontrarse fehacientemente acreditado que la orden por él impartida, en su calidad de Comandante del Regimiento... fue la de concurrir al Valle del Elqui con la misión única de detener a los dos ciudadanos extranjeros para que fueran interrogados debidamente”*¹⁶².

Por otro lado, pese al carácter de imprescriptible del ilícito, la sentencia sostiene que ello no cubre la media prescripción, como atenuante, ya que son instituciones que si bien se regulan en un mismo título (argumento que no es concluyente, como ocurre con el aborto) y consideran el tiempo como criterio rector, son diferentes dada su finalidad (una extingue, la otra atenúa); y sin haber norma que lo impida y siendo en cambio norma de

¹⁶⁰ Idem., p. 7.

¹⁶¹ Idem., pp. 8-9.

¹⁶² Idem., p. 12. Respecto del título de imputación de Lapostol, véase FUENTES, Laura, *“Responsabilidad de Ariosto Lapostol y Juan Emilio Cheyre en el caso Caravana de la Muerte. Informe en Derecho”*, Tesis para optar al título de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la UDP, profesor guía COUSO, Jaime.

orden público la que lo establece, debe ser obligatoriamente aplicada, conforme al principio de legalidad.

En cuanto a lo civil, la Corte decide acoger la excepción de incompetencia, dando una interpretación restringida a que solo participen en el proceso penal la víctima y el imputado, no así el tercero civilmente responsable, daño el cual tendrá que acreditarse en sede civil.

Cabe señalar que este fallo fue también en contra de los votos de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger la prescripción por los argumentos que ya hemos desarrollado supra, que en síntesis se refiere a que 1) no se ha comprobado el estado de guerra interna y por lo tanto los CG no aplican, 2) que el PIDCP fue ratificado con posterioridad, y que la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias así como el ER no han sido aprobados aun por el Congreso chileno, de modo que tampoco aplican, 3) que los principios del Derecho Internacional no son suficientes para negar los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad en materia penal, y 4) en cambio, sí aplican los principios generales del Derecho Penal que establecen la prescripción, habiendo transcurrido con creces el tiempo de prescripción en este caso.

Por su parte, el aspecto civil fue adoptado con el voto en contra del Ministro Sr. Kunsemuller, quien afirma la competencia de sede penal al respecto, siendo también imprescriptible, y del Ministro Sr. Hernández, quien sostenía que la imprescriptibilidad no alcanza a cubrir también el aspecto civil, sino solo lo penal, y además porque la CADH y el PIDCP fueron adoptados con posterioridad a los hechos, e incluso más, cuando las acciones ya estaban prescritas, aplicándose por tanto los Arts. 2332 y 2497 del Código Civil. Finalmente, la única norma que tendría validez sería la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias, pero ella no ha sido ratificada por Chile y solo se refiere al ámbito penal, no al reparatorio, de modo que la acción se encontraría prescrita, conforme a la norma interna que por lo demás, nada impide su aplicación.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°5.232-2008**¹⁶³ y fue fallada con fecha 09 de junio de 2009, en la que se decidió invalidar de oficio la sentencia por observar un vicio que facultaba a la Corte a realizar aquello. Sin embargo, más que el fallo de casación, este fallo es relevante por su sentencia de reemplazo¹⁶⁴, en la que luego de tener por acreditada la participación del imputado conforme al Art. 15 N°1 del Código Penal -y con ello arreglar el vicio formal de la sentencia invalidada- decide acoger la prescripción gradual o media prescripción, sin perjuicio de que sea un CLH.

Así, se sostiene en el considerando tercero que *“no obsta a la consideración precedente (que lo favorece la atenuante contemplada en el Art. 103 del Código Penal, es decir, la media prescripción) la calificación del ilícito como de lesa humanidad y, por ende, su carácter de imprescriptible, acorde a los parámetros del Derecho Punitivo Internacional... toda vez que, en nuestra legislación, se permite ponderar por el sentenciador el decurso como una posibilidad facultativa y discrecional de morigeración del reproche, no con la finalidad de extinguir la responsabilidad punitiva, que es el objeto de la prohibición del Derecho Internacional, sino que, con la de atenuar, teniendo en cuenta entre otros aspectos, que el transcurso del tiempo como parámetro del juzgamiento en lo penal no tan solo constituye un paradigma humanista acuñado por el iluminismo, sino que a más, constituye una realidad objetiva según emana de la experiencia, en cuanto los hechos humanos precisamente acontecen dentro del tiempo, sin que resulte concebible que para los efectos por lo demás discrecionales de la determinación del quantum de la pena, deba considerarse que el tiempo ha quedado paralizado”*¹⁶⁵.

Cabe dejar consignado que este fallo tuvo la prevención del Ministro Sr. Dolmestch en orden a rebajar tres grados la pena por la circunstancia recién comentada mientras que el voto mayoritario solo rebajó en dos grados, para luego aumentar uno por la reiteración. Así también, cabe consignar que el fallo fue acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Ballesteros quien estuvo por acoger la prescripción por los argumentos que ya se han analizado supra, es decir, que pese al Decreto Ley N°5, no se ha logrado acreditar que Chile en esa época se encontrara en guerra interna, por lo que no cabe

¹⁶³ Causa Rol N°5.232-2008, Corte Suprema.

¹⁶⁴ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°5.232-2008, Corte Suprema.

¹⁶⁵ Idem., pp. 3-4.

aplicar los CG ni tampoco el ER, que ni si quiera ha sido aprobado por el Congreso chileno, de modo que procedería la prescripción de la acción penal.

La siguiente causa a analizar se siguió bajo el **Rol N°3.956-2007**¹⁶⁶, fallada con fecha 06 de julio de 2009 (luego de la publicación de la reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile a aprobar el Estatuto de Roma, pero que a esta fecha aún no ha sido publicado), que consistió en un recurso de casación en contra del fallo de primera y segunda instancia que rechazó la indemnización de perjuicios por encontrarse prescrita la acción. En el caso, se rechaza el recurso porque al ser una acción patrimonial se le aplican las disposiciones del Código Civil y porque *“en lo que dice relación a la vulneración de tratados internacionales denunciada, cabe señalar que ninguno de los cuerpos normativos citados establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales”*¹⁶⁷, restringiendo así las normas sobre la imprescriptibilidad a solo la acción penal, como lo dice expresamente en los considerando séptimo y octavo de la sentencia, al analizar lo dispuesto por los CG y la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias al respecto.

Así, sin ley que expresamente se refiera a la imprescriptibilidad de la acción civil derivada de las violaciones a los DDHH, correspondería aplicar el Derecho Común y las reglas generales, que establecen la prescripción, que también rige para el Estado conforme al Art. 2497 del Código Civil y que será de cuatro años, conforme al Art. 2332 del mismo código. Al respecto, el plazo de prescripción comenzaría a contarse al momento del hecho, es decir, de la detención, pese a que a la época actual aún no reaparece.

Esta sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito por la naturaleza de la acción -que la haría imprescriptible, al provenir de CLH- y por lo dispuesto en la CADH y los CG, que no pueden ser incumplidas a pretexto de norma interna, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, siendo el derecho a la reparación un derecho fundamental que por su naturaleza es imprescriptible.

¹⁶⁶ Causa Rol N°3.956-2007, Corte Suprema.

¹⁶⁷ Idem., p. 3.

Como se observa, esta sentencia reitera los puntos que ya se han venido desarrollando y que son constantes en la jurisprudencia, particularmente referido a la acción civil y su eventual prescripción, sin haber innovación a partir de la Reforma Constitucional que autoriza al Estado de Chile a aprobar el ER.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°6.349-2008**¹⁶⁸ y fue fallada con fecha 23 de julio de 2009, en la que se decidió invalidar de oficio la sentencia ya que no se pronunció sobre la solicitud de la atenuante de la media prescripción o prescripción gradual, limitándose a rechazarla por los mismos argumentos por los que se rechazó la prescripción, en circunstancias que son instituciones diferentes.

Sin perjuicio de dicho fallo de casación, lo interesante se encuentra en la sentencia de reemplazo¹⁶⁹, la cual pronunciándose sobre la media prescripción señala que *“la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena. En efecto, **el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal**”*¹⁷⁰. Enseguida, en el considerando segundo, señala que *“el profesor don Jaime Náquira Riveros, en un informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que beneficien al protagonista del delito o sujeto condenado, **siendo una cuestión obligada dar aplicación al Art. 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido**”*¹⁷¹, siendo norma de orden público.

Señala asimismo que no hay norma internacional que impida considerar la media prescripción, sino solo sobre la prescripción como causal de extinción de responsabilidad

¹⁶⁸ Causa Rol N°6.349-2008, Corte Suprema.

¹⁶⁹ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°6.349-2008, Corte Suprema.

¹⁷⁰ Idem., pp. 1-2.

¹⁷¹ Idem., p. 3.

penal. En el caso, se computa la prescripción gradual desde el día 91 del secuestro, ya que en esa fecha se califica al delito como secuestro calificado, transcurriendo más de los 5 años que exigiría la media prescripción, considerando que prescribiría en un plazo de 10 años, reconociendo por tanto la atenuante en cuestión. También le reconoce la irreprochable conducta anterior decidiéndose por rebajar en dos grados la pena.

Este fallo fue acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros quienes estuvieron por declarar la prescripción de la acción penal, por los argumentos ya analizados, estos son, que no se acreditaba la situación de guerra interna y por tanto no cabía aplicar los Convenios de Ginebra que establecen la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, además de los argumentos en cuanto a las fuentes jurídicas, todos ya desarrollados.

Fallos posteriores al 01 de agosto del 2009:

La primera causa a estudiar de las vistas luego de la publicación del ER en nuestro país se siguió bajo el ***Rol N°925-2009***¹⁷² y fue fallada con fecha 07 de septiembre de 2009, la cual si bien el fallo de casación no aporta a nuestro análisis por cuanto se acoge por vicio formal de faltarle a la sentencia las menciones que correspondían, sí importa para nuestro análisis la sentencia de reemplazo¹⁷³.

En ésta, el Tribunal señala que la autoría del imputado corresponde a *“el numeral tercero (del Art. 15), toda vez que proporcionó el escenario y facilitó los medios y recursos para que la acción de los ejecutores materiales se verificara en evidente concierto, como consta de los antecedentes probatorios... permiten establecer que en el mes de septiembre del año 1974, Torre Saez, a la sazón Capitán de Carabineros, actuando como jefe de cuartel, era el encargado de mantener en funcionamiento el inmueble de calle José Domingo Cañas N°1367, en que Sergio Pérez Molina junto a otras personas permanecieron privados de su libertad”*¹⁷⁴. Sin embargo, respecto del homicidio de Lumi Videla Moya, *“Torre Saez ya no estaba a cargo del Cuartel José Domingo Cañas, sino*

¹⁷² Causa Rol N°925-2009, Corte Suprema.

¹⁷³ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°925-2009, Corte Suprema.

¹⁷⁴ Idem., pp. 6-7.

que, quien se desempeñaba como tal era Francisco Maximiliano Ferrer Lima, condenado en esta causa como autor del referido homicidio, precisamente por investir tal calidad¹⁷⁵.

Por otro lado, en cuanto al cumplimiento del deber, como otra de las alegaciones de la Defensa, señala el tribunal que “se desestima la pretensión de considerar la eximente de responsabilidad penal regulada en el Art. 10 N°10 del Código Penal, como circunstancia atenuante, porque no se han acreditado los presupuestos facticos exigidos para su concurrencia y por considerar, además, que la expresión **deber** tiene aquí un significado estrictamente jurídico, lo que supone criterios de adecuación y de proporcionalidad, así, **solo sería aplicable en la hipótesis de una orden superior lícita, ya que ante una ilícita esa justificación es inaplicable, por cuanto el acto delictual cometido por orden de un superior conserva su carácter de ilícito respecto del subordinado, por lo que constituyendo el elemento esencial de la justificante, impide su reconocimiento como tal y también como atenuante del Art. 11 N°1 del Código Penal al requerir al menos la concurrencia de su sustrato básico en ejercicio de un derecho lícito**”¹⁷⁶.

En esta misma sentencia hay pronunciamiento sobre la media prescripción, donde se señala que “la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es causal de atenuación de la pena”¹⁷⁷, con fundamentos y consecuencias diversos, si bien ambas reguladas en un mismo título y utilizando como criterio base el paso del tiempo. Una similar a las causales de exculpación, la otra a circunstancias atenuantes.

A mayor abundamiento, citando a Matus, Politoff y Ramírez y Novoa Monreal, continúa el fallo, la prescripción se sustenta en la certeza jurídica extinguiendo la responsabilidad penal y limitando el *ius puniendi* estatal, mientras que la prescripción gradual solo atenúa la responsabilidad que ya existe, igual que las circunstancias atenuantes. Citando a Politoff, Ortiz y Guzmán Dálbora, es una institución que si bien no

¹⁷⁵ Idem., p. 7.

¹⁷⁶ Idem., p. 9.

¹⁷⁷ Idem., p. 10.

está en todo el Derecho Comparado, se estima como una incorporación afortunada en nuestro Derecho.

En el caso en concreto, “*el profesor don Jaime Náquira Riveros, en un informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una cuestión obligada dar aplicación al Art. 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido*”¹⁷⁸, siendo norma de orden público.

Cabe señalar que respecto de esto hubo voto en contra de los Ministros Sres. Rodríguez y Kunsemuller atendido el carácter de permanente del delito de secuestro, naturaleza jurídica que impide fijar fecha cierta para el inicio del cómputo de la prescripción. Segura y Ballesteros, por su parte, estuvieron por acoger la prescripción en su totalidad por los mismos argumentos que ya hemos analizado.

Esta sentencia de reemplazo, por tanto, importa para nuestro trabajo en cuanto hay un pronunciamiento sobre la autoría y participación, sobre el cumplimiento del deber como eximente o atenuante, y por la media prescripción. En lo último la Corte no innova en relación a los fallos ya comentados, pero en lo primero se establece la autoría, aunque sin acudir la llamada Teoría del Dominio de Organización.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°5.847-2008**¹⁷⁹ y fue fallada con fecha 10 de septiembre de 2009, la cual decide casar de oficio la sentencia por un vicio formal toda vez que el Juez rechazó la media prescripción por los mismos argumentos por los que rechazó la prescripción, lo cual la Corte estimó que no correspondía. En efecto, señala la Corte, en el considerando tercero, que “*la circunstancia de esgrimir el mismo razonamiento para denegar la excepción de prescripción de la acción penal y la atenuante establecida en el Art. 103 del estatuto punitivo, determina que los sentenciadores hayan incurrido en un vicio de nulidad formal en su veredicto; en efecto, siendo la prescripción de la acción una causal extintiva de responsabilidad penal, claramente distinguible de la*

¹⁷⁸ Idem., p. 12.

¹⁷⁹ Causa Rol N°5.847-2008, Corte Suprema.

*denominada prescripción gradual o media prescripción, que produce efectos penales totalmente distintos, ya que solo puede conducir a una rebaja de la sanción, los razonamientos dirigidos a rechazar una y otra no pueden ser los mismos*¹⁸⁰.

Esta argumentación la profundiza en el considerando primero de la sentencia de reemplazo¹⁸¹ respectiva, citando a autores como Politoff, Matus y Ramírez, Novoa y Ortíz, señalando que *“la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, de acuerdo al Art. 103 del estatuto punitivo. En efecto, el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos en cuanto al transcurso del tiempo y consecuencias jurídicas son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal*¹⁸². Asimismo, sostiene el fallo, el Art. 103 del Código Penal es norma de orden público, siendo obligatoria su aplicación, por lo que no solo no le alcanza la imposibilidad fijada para la prescripción en este tipo de delitos conforme al Derecho Internacional, sino que además le es obligatorio al tribunal aplicarla, siendo discrecional el quantum de su efecto más no su aplicación.

Enseguida el fallo analiza el cumplimiento de órdenes como circunstancia atenuante cuando no proceda la obediencia debida, exigiendo para esta última que haya una orden del superior, relativa al servicio, en uso de sus atribuciones legítimas y que si notoriamente conlleva a un delito ésta haya sido representada por el inferior e insistida por el superior. Si falta alguno de esos requisitos, será atenuante más no exculpante, pero sin embargo, en el caso la rechazan pues ni si quiera era solicitado por la Defensa, como se consigna en el considerando noveno. Luego el fallo reconoce también la irreprochable conducta anterior para determinar la pena.

Cabe agregar que respecto de la acción civil decide la prescripción, ya que *“la imprescriptibilidad de la acción penal emanada de la comisión de un delito de lesa*

¹⁸⁰ Idem., p. 3.

¹⁸¹ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°5.847-2008, Corte Suprema.

¹⁸² Idem., pp. 1-2.

*humanidad, no puede extenderse, sin más, al conflicto de índole patrimonial*¹⁸³, correspondiendo aplicar las normas del Código Civil al respecto, es decir, los Arts. 2332 y 2497. Sin embargo, acepta la demanda de indemnización respecto de uno de los imputados ya que no alegó la prescripción, sin poderla declarar de oficio.

Cabe señalar que el fallo, nuevamente, fue acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger la prescripción de la acción penal, como principio de aplicación general y porque no se comprobó que se estuviera en guerra interna, y por tanto, los CG no pueden ser aplicados. Así, y considerando que se trata de un secuestro calificado, el plazo debe computarse desde el día 91 del encierro o detención (tiempo que ya permite calificar al delito como secuestro calificado), y de esa fecha a esta, ya transcurrieron los plazos de prescripción.

Valga también señalar que los Ministros Sres. Kunsemuller y Rodríguez estuvieron por negar también la media prescripción, ya que como el delito de secuestro es un delito permanente, y no constando la fecha en que se dejó en libertad o falleció, no es posible comenzar a contar el plazo, ni aun para la media prescripción.

Finalmente, en el aspecto civil, la decisión fue acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Kunsemuller y Dolmestch, quienes estuvieron por rechazar la prescripción alegada porque el daño proviene de un ilícito imprescriptible, siendo ilógico que el Derecho Internacional solo se refiera a la imprescriptibilidad penal, contrariando lo dispuesto en los diversos tratados internacionales.

Esta causa, por tanto, es relevante por varios puntos en que se reitera la jurisprudencia que hemos venido desarrollando, como es la autoría, el cumplimiento de órdenes del superior, la media prescripción y la prescripción civil. Sin embargo, esta sentencia no innova en cuanto a estas temáticas.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°8.117-2008**¹⁸⁴ y fue fallada con fecha 14 de septiembre de 2009. Ella consistía en un homicidio calificado pero que fue, en definitiva, casada de oficio por el Tribunal por considerar que la sentencia no se

¹⁸³ Idem., p. 7.

¹⁸⁴ Causa Rol N°8.117-2008, Corte Suprema.

pronunciaba de todos los aspectos alegados, ya que una de las solicitudes se refería a la media prescripción o prescripción gradual, la cual fue denegada por los mismos argumentos por los que se denegó otra solicitud de la Defensa, que era la prescripción total.

En vista de aquello se decide casar de oficio y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo¹⁸⁵, la cual señala, primero sobre la prescripción, que la situación en Chile de la época llevan a la conclusión de que estaba en guerra interna, dándose aplicación a los CG, que impiden la prescripción, al igual que el resto del Derecho Consuetudinario, indiciario de ello en la Convención de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios de 1970. Enseguida, citando a Jescheck, señala que la prescripción existe en razón de que la finalidad de la pena se va reduciendo con el paso del tiempo hasta desaparecer, además de aumentar los defectos o la dificultad probatoria, así como en la certeza jurídica imponiendo un límite al *Ius Puniendi* del Estado.

Estas situaciones no concurren en los CLH, afirmándose su carácter de imprescriptible. No obstante, sobre la media prescripción, lo anterior no implica que el paso del tiempo no tenga efecto alguno, ya que en los hechos ocurre, siendo un elemento objetivo en el arte de juzgar. Así, continua el fallo, si bien se afirma la imprescriptibilidad, nada obsta a aplicar la media prescripción o prescripción gradual como atenuante, reconociendo el efecto del paso del tiempo, sin que aparezca limitada por norma internacional alguna (considerando octavo). Así, *“la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena”*¹⁸⁶. Tras ello el tribunal analiza largamente la prescripción y la prescripción gradual, para luego continuar con las demás atenuantes.

Al respecto, en el considerando vigésimo primero no se considera la atenuante del cumplimiento de órdenes, ya que era una orden para asesinar y ésta ni si quiera fue representada por el inferior, se reconoce en cambio la irreprochable conducta anterior, determinando en definitiva la pena a aplicar.

¹⁸⁵ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°8.117-2008, Corte Suprema.

¹⁸⁶ *Idem.*, p. 8.

Cabe señalar que la sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros por los argumentos que ya han sido explicados, siendo un voto constante en el tiempo, vale decir, la inaplicabilidad de los CG por no acreditarse el estado de guerra interna (siendo insuficiente el Decreto Ley N°5), porque el PIDCP fue ratificado con posterioridad a la fecha de los hechos, que la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias ni si quiera ha sido ratificado por Chile, y porque *“si bien el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República solo a contar de su publicación en el diario oficial con fecha 01 de agosto pasado... **no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión**, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tacita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal”*¹⁸⁷. De este modo, estas disidencias sostienen la prescripción de la acción penal, por haber transcurrido más de 15 años desde la fecha de los hechos y se pronuncia expresamente sobre la irretroactividad del ER.

El fallo, por consiguiente, es relevante por los pronunciamientos sobre la media prescripción, el cumplimiento de órdenes, y el pronunciamiento expreso en el voto disidente en relación a la irretroactividad del ER, aunque ello no fue objeto de pronunciamiento en el voto mayoritario ya que no se buscaba aplicar el ER.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°8.113-2008**¹⁸⁸ y fue fallada con fecha 24 de septiembre de 2009. Consistió en un recurso de casación en el fondo deducido por la Defensa de los imputados por un delito de tormentos causando lesiones graves, en atención a 1) que no se aplicó el Decreto Ley N°2.191 sobre amnistía, en circunstancias que los CG no debían aplicarse ya que no se estaba en situación de guerra interna, ni aun en virtud del Decreto Ley N°5 que solo tuvo por finalidad permitir la aplicación de la legislación militar, y porque el PIDCP, así como la CADH, fueron ambos aprobados con posterioridad, rigiendo a su respecto el principio de irretroactividad de la ley penal, más aún si no favorece al reo; y 2) porque no se aplicó la prescripción en circunstancias que la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias de 1970 no ha sido ratificada

¹⁸⁷ Idem., pp. 24-25.

¹⁸⁸ Causa Rol N°8.113-2008, Corte Suprema.

por Chile, de modo que no sería aplicable. De esta forma, el recurrente toma como base lo que hemos venido analizando, en especial los votos disidentes de Segura y Ballesteros.

Al respecto, en los considerando séptimo y siguientes la Corte señala que Chile efectivamente se encontraba fáctica y jurídicamente en estado de guerra interna, siendo aplicables los CG, sus prohibiciones y mandatos hacia una persecución de sus infracciones, impidiéndose la autoexoneración, razón por la cual el Decreto Ley N°2.191 no tiene efectos jurídicos, ya que el Estado, si bien puede amnistiar conductas, *“ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional... (de modo que) no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los mencionados convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante esos instrumentos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria”*¹⁸⁹. Así, siendo el Decreto Ley de Amnistía un acto de autoexoneración no tiene validez conforme a los CG, vigentes y ratificados por Chile, y aplicables dado el conflicto bélico no internacional en el cual se encontraban.

Por otra parte, en los considerando undécimo y siguientes la Corte califica los hechos nuevamente como CLH, entendiendo por tales a ***“aquellos injustos que no solo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia de ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana”***¹⁹⁰ (el destacado es nuestro).

¹⁸⁹ Idem., p. 8.

¹⁹⁰ Idem., pp. 8-9.

Así, respecto de esta clase de delitos no procede ni la amnistía ni la prescripción, en razón de los tratados internacionales y Derecho Consuetudinario que tiene primacía sobre la Constitución, ya que se refieren a DDHH, teniendo la obligación de juzgar y castigar a los responsables de las mencionadas infracciones, de modo que el Decreto Ley N°2.191 no tiene efectos jurídicos como tampoco procede la prescripción, conforme a los CG.

Este fallo, nuevamente, se acordó con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros por los argumentos que ya hemos analizado, es decir, la negación de haber estado en situación de guerra y por tanto la inaplicabilidad de los CG, porque el PIDCP es posterior a los hechos y porque la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias no ha sido ratificado por Chile. En definitiva, porque los principios del Derecho Internacional no son suficientes para alterar los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad en materia penal.

Destacamos esta sentencia, más que por la naturaleza jurídica que le asigna a los hechos como crímenes de guerra y de lesa humanidad, porque **aporta una nueva definición de crimen de lesa humanidad**, explicando en qué consiste, aunque sin considerar lo establecido por el Art. 7 del ER.

La siguiente causa estudiada se siguió bajo el **Rol N°5.570-2007**¹⁹¹, fallada con fecha 14 de octubre de 2009, que consistió en un recurso de casación respecto del fallo de segunda instancia que decidió rechazar la acción indemnizatoria de perjuicios contra el Fisco de Chile, derivada de un CLH, por prescripción.

El recurso se sostenía en tres argumentos: 1) que el régimen legal de la responsabilidad extracontractual del Estado excede al solo Código Civil; 2) que también lo rige el Derecho Constitucional, Internacional y Administrativo, como es por ejemplo la CADH que establece el deber del Estado de reparar el daño producido por violación a los DDHH; y 3) que los hechos originadores del daño son calificados como CLH y por tanto, imprescriptibles, característica que también incluye la reparación civil.

¹⁹¹ Causa Rol N°5.570-2007, Corte Suprema.

El fallo, sin embargo, rechaza la casación deducida por los mismos argumentos que ya hemos mencionado, estos son: 1) que la acción intentada es una acción de carácter patrimonial regida por el Derecho Común; 2) que ninguno de los textos internacionales invocados establece la imprescriptibilidad genérica sino solo respecto del ámbito penal, como es el caso de la CADH, los CG y la Convención de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios; y 3) que en ausencia de norma que impida la prescripción, se debe acudir a la regla general, regulada en el Código Civil y particularmente los Arts. 2332 sobre el plazo y 2497 sobre su alcance respecto del Estado.

Asimismo, el fallo fue decidido con el voto en contra de los Ministros Sres. Brito y Muñoz. Este fallo resulta interesante por el voto disidente de este último Ministro, ya que la funda, citando el caso **Rothschild**, en que *“las relaciones, derechos y obligaciones que emergen entre los agentes de la Administración y los particulares que aprovechan sus servicios no pueden estar regidos según los principios y disposiciones del Derecho Civil, que son de particular a particular”*¹⁹², lo cual *“se extiende a toda clase de daño, siempre que sean ciertos, aunque se trate de daños futuros o, incluso, morales, si éstos son valuables en dinero... con tal de que esos daños sean imputables a la Administración en cuanto producidos por personas situadas bajo su autoridad o por cosas colocadas bajo su guarda, y de que entre la actividad del ente público imputable y el perjuicio cuya reparación se solicita exista un nexo causal directo y no roto por una causa extraña, incluyendo expresamente los daños provocados por las fuerzas de policía”*¹⁹³.

Continúa el mismo Ministro fundando su disidencia en que fue en el caso **Hexagón con Fisco** cuando se decidió inaplicar el Código Civil para efectos del contencioso administrativo, aplicando normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. Se acude, a este respecto, al concepto de **indemnización por falta de servicio**, que incluye la actividad ilegal de la Administración, mala organización, servicio defectuoso y omisión cuando debía actuar, todo lo cual haya originado un daño en el administrado. Este régimen es aplicable para las FFAA y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Esta responsabilidad, en todo caso, puede surgir del Derecho Internacional Humanitario.

¹⁹² Idem., p. 9.

¹⁹³ Idem., p. 10.

Por otro lado, continúa señalando que estando en guerra interna en virtud de lo establecido en el Decreto Ley N°5, el Art. 418 del Código de Justicia Militar y la realidad, eran aplicables los CG, que obligan a la persecución y sanción de sus infracciones, sin que *“ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad ha previsto limitación en el tiempo”*¹⁹⁴, conforme lo indica el preámbulo de la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias, que debe ser interpretado y aplicado de buena fe, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Cabe agregar, que este convenio es de tipo declarativo más que constitutivo, declarando algo que ya existe como principio.

Menciona además como directamente aplicable la Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o Crímenes de Lesa Humanidad, de 3 de diciembre de 1973, la cual insta a la persecución de los culpables, cualquiera que sea la fecha, y sanción en caso de ser efectivamente culpable, promoviendo la cooperación internacional al respecto, facilitando el enjuiciamiento, sin poder otorgar asilo. Ello además de otra variada normativa internacional que señala como vinculante, al igual que declaraciones y resoluciones, incluyendo las Resoluciones que dieron pie a los Juicios de Sierra Leona, Ruanda y de la ex Yugoslavia.

Es útil destacar el considerando séptimo de la disidencia que entiende por CLH *“un atentado a nivel nacional en contra de la población civil o de alguno de sus integrantes, por causas o finalidades políticas entre otras, **que no necesariamente deben tener un carácter de sistemático**, pero en todo caso deben ser deliberados y por motivaciones que condicionan una desviación del poder, cuando se atribuyen a agentes del Estado, principalmente por inexistencia o falta de motivos de hecho o de derecho que se han invocado, en atención a que efectivamente se ha tenido en consideración un efecto político, por ejemplo”*¹⁹⁵, pero sin requerir conflicto armado. Continúa señalando que *“existe un conjunto de sucesos, que bajo ciertos parámetros, permiten ser calificados de delitos de lesa humanidad, **como es el atentado a la vida por agentes del Estado, si para ello se tienen en consideración motivaciones políticas...** la represión de los*

¹⁹⁴ Idem., p. 22.

¹⁹⁵ Idem., p. 28.

*crímenes de guerra, lesa humanidad y de naturaleza genocida, indudablemente representa un imperativo del Derecho doméstico, pero, además, si se considera lo normado por los Arts. 55 c) y 56 de la ONU, como por la suscripción de las declaraciones adoptadas por las Naciones Unidas y del sistema americano respecto de la declaración de los derechos del hombre y otros instrumentos internacionales*¹⁹⁶ (el destacado es nuestro).

Así, *“la falta de investigación adecuada de los delitos de lesa humanidad es de competencia preferente del Estado en que sucedieron los hechos, pero de competencia subsidiaria, sino conjunta, de cualquier Estado ante el hecho de que tal investigación no sea eficiente y efectiva. El sistema internacional, ante hechos que pueden afectar la paz mundial, puede crear tribunales especiales para el conocimiento de crímenes de guerra y de lesa humanidad, **sin perjuicio de la jurisdicción penal internacional permanente del Tribunal de Roma. Tales razonamientos y la existencia de un profuso conjunto de declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y otros en proceso de serlo, como de distintas declaraciones suscritas por las autoridades competentes, permiten llegar a la conclusión que existe un Derecho Humanitario que todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar... (como) ius cogens que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales***¹⁹⁷ (el destacado es nuestro).

Y más específicamente sobre el efecto vinculante de las Declaraciones y Resoluciones, señala que *“se puede sostener la vinculación de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, que no tienen el carácter de tratado solemne, ya que les ampara la normativa general del tratado marco que está constituida por la Carta de las Naciones Unidas*¹⁹⁸, además de las disposiciones constitucionales y el Decreto Ley N°247, que distinguen entre tratados solemnes y otros instrumentos, como de ejecución por ejemplo, o acuerdos en forma simplificada; lo mismo ha sido entendido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por el Pleno de la Corte Suprema.

A mayor abundamiento, agrega que los derechos son anteriores al Estado, y en virtud del Art. 5 de la Constitución, la soberanía se limita por ellos, lo cual incluye los

¹⁹⁶ Idem., pp. 28-29.

¹⁹⁷ Idem., p. 29.

¹⁹⁸ Idem., p. 30.

derechos contenidos en tratados internacionales, como normativa imperativa internacional (ius cogens), de modo que la amnistía y prescripción deben ser rechazadas. “*En el mismo sentido la referida Corte (CIDDDH) ha expresado la inadmisibilidad de las disposiciones relativas a la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los DDHH tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas*”¹⁹⁹.

Menciona además que “**mediante la reforma constitucional se autorizó al Estado de Chile para reconocer al Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998... la cual reprime, con carácter imprescriptible, los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y contra la paz, entre otros**”²⁰⁰ (el destacado es nuestro). Así también “*se dictó la Ley N°20.357, que tipifica los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, entre otros. Igualmente se ha legislado sobre la Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada de Personas, mediante Ley N°20.377, de 10 de septiembre de 2009, con lo cual se integra la terminología de instrumentos internacionales a la legislación interna. En este mismo sentido el Código Procesal Penal dispuso en su Art. 250, la imprescriptibilidad de los delitos que constituyan violaciones a los DDHH, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”²⁰¹.

De este modo, “**los agentes del Estado que actuaron en los hechos a que se refiere la demanda han generado la responsabilidad del Fisco de Chile, quien debe indemnizar a los actores**”²⁰². Tras ello, el disidente analiza latamente lo que comprende este deber, pasando luego a la prescripción, que la estima inadmisibles. Al respecto, sostiene que “*la prescripción por ser una sanción no es posible aplicarla por analogía*”²⁰³, sin que sea una institución de general aplicación, más aún para la Administración que tiene un régimen diverso, y aplicando el Art. 1698 sobre onus probandi, indica que a quien le corresponde acreditarlo es al demandado, lo cual no lo ha hecho. Es más, en virtud del Art. 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por principios generales

¹⁹⁹ Idem., p. 37.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem.

²⁰² Idem., pp. 37-38.

²⁰³ Idem., p. 48.

reconocidos por las naciones civilizadas, las acciones producto de violaciones a los DDHH no prescriben.

A mayor abundamiento, *“los hechos en que sustenta la acción tienen el carácter de crímenes de lesa humanidad, cuya imprescriptibilidad se ha dejado justificada. Esta imprescriptibilidad se refiere a toda acción que emana de los hechos, la que resulta indivisible... como se puede observar en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”*²⁰⁴ (Arts. 75, 79 y 110, citados en la sentencia). Así también se observa a partir de la CADH, el PIDCP, la Convención de la Haya, los CG y los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones de DDHH a interponer Recursos y Obtener Reparación (Resolución 60/147 AG ONU). Dicha reparación no solo se impondrá al autor del crimen, sino que también a instituciones y al mismo Estado. Funda esto, además, en la finalidad preventiva general de la pena.

Analizado de la forma precedente, se observa que el voto del Ministro Sr. Muñoz es sumamente relevante, pues se hace cargo de muchos aspectos en debate, como es la naturaleza del crimen y su definición, alude al Estatuto de Roma, y se refiere a la imprescriptibilidad en términos amplios, negando la aplicación analógica de la prescripción en materia civil. Este voto será reiterado en varias sentencias posteriores.

Brito, por su parte, funda su disidencia en los votos disidentes que ya hemos analizado antes, manteniendo la misma argumentación, es decir, es una acción humanitaria y no meramente patrimonial, rige al respecto la CADH y el Derecho Consuetudinario, la CG y la Convención de Viena, siendo el derecho a la reparación un derecho fundamental.

Como se observa, la causa recién analizada tiene mucho contenido, más que nada a partir del voto disidente del Ministro Sr. Muñoz, que incluso menciona expresamente al ER. Asimismo, tiene particular importancia este fallo y la disidencia en materia de prescripción de la acción civil, intentando responder si la imprescriptibilidad comprende solo la acción penal o si también a la acción civil. Por lo tanto, este fallo es relevante para nuestro trabajo por el voto del Ministro Sr. Muñoz y sus referencias al régimen de responsabilidad civil del Estado y la imprescriptibilidad también de la acción civil, las

²⁰⁴ Idem., p. 52.

diversas fuentes jurídicas internacionales vinculantes, incluyendo al ER, y por la definición que da sobre CLH, aunque en ello vuelve a apartarse, parcialmente, del ER, particularmente en la exigencia de la sistematicidad.

La siguiente causa fue seguida bajo el **Rol N°1.597-2008**²⁰⁵ y fallada con fecha 28 de octubre de 2009, la cual consistía en la demanda de indemnización de perjuicios que fue rechazada por prescripción. El recurso alega que no se aplicaron los tratados internacionales ni el Derecho Consuetudinario Internacional que debía aplicarse, en el entendido que por provenir el daño de delitos de lesa humanidad, su indemnización no prescribe. Enseguida, funda el recurso por la CADH, así como por los CG.

Al respecto, la Corte sostuvo que siendo una acción de naturaleza patrimonial corresponde aplicar las normas del Derecho Civil, y respecto de los tratados internacionales invocados, no establecen la imprescriptibilidad genérica denunciada, así, el CG y la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias solo se refieren a la prescripción penal, no así a la civil, y siendo la prescripción un principio general a no ser que se establezca la imprescriptibilidad expresamente, debe entenderse como una acción prescrita, conforme a los Arts. 2497 y 2332 del Código Civil. De esta forma, esta sentencia reitera la jurisprudencia a la que ya nos hemos referido.

Las siguientes causas se siguieron bajo los **Roles N°2.493-2008**²⁰⁶ y **3.078-2008**²⁰⁷ y fueron falladas con fecha 10 de marzo y 05 de abril de 2010 respectivamente, que en lo medular reiteran lo antes dicho, en el sentido de que el recurso se interpone porque 1) aplica el Código Civil desconociendo norma internacional, constitucional y administrativa para el régimen de responsabilidad del Estado; 2) no aplica los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como son los CG y la CADH; y 3) no aplica la característica de imprescriptibilidad del hecho generador del daño, esto es, el CLH.

Por su parte, el fallo rechaza la casación presentada ya que 1) la acción es de naturaleza patrimonial, por lo que corresponde aplicarle el Código Civil; 2) ninguno de los tratados invocados establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones, sino que

²⁰⁵ Causa Rol N°1.597-2008, Corte Suprema.

²⁰⁶ Causa Rol N°2.493-2008, Corte Suprema.

²⁰⁷ Causa Rol N°3.078-2008, Corte Suprema.

limitadas al ámbito penal, como ocurre con la CG y la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias; 3) la prescripción es un principio general que solo no se aplica si expresamente se establece la imprescriptibilidad; y 4) por lo tanto, aplicando los Arts. 2332 y 2497 la acción se encuentra prescrita.

Cabe señalar que el primero de los fallos analizados fue acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Brito por ser una acción de carácter humanitaria y no meramente patrimonial, regulada por la CADH y el Derecho Consuetudinario Internacional, así como por los CG que, si solo se refieren a la prescripción en materia penal, no tendrían sentido, debiendo ser interpretados de forma armónica y sistemática, interpretándolos de buena fe, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Mientras tanto, el segundo de los fallos analizados en conjunto fue acordado con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Chaigneau por entender, por argumento de justicia material y tratados internacionales, que la imprescriptibilidad de la acción derivada de un CLH no solo cubre la acción penal sino que también la civil, aplicando de buena fe los tratados internacionales y por sobre la CPR, conforme al Art. 5 de la misma.

Estas dos sentencias, por lo tanto, son relevantes desde la perspectiva del alcance de la imprescriptibilidad, que no incluye la prescripción civil, sin perjuicio de los dos votos disidentes que están por darle un alcance genérico a dicha característica, tanto por justicia material como por el sin sentido que sería darle una interpretación restringida.

La siguiente causa se siguió bajo el ***Rol N°2.080-2008***²⁰⁸ y fue fallada con fecha 08 de abril de 2010, la cual bajo los mismos argumentos ya señalados sobre la indemnización civil (aplicación del Derecho Civil y no del Derecho Constitucional, Administrativo e Internacional, CG, PIDCP y CADH, y no reconocer carácter de imprescriptible de la acción derivada de un CLH), la Corte decidió acoger la casación y declarar que no ha prescrito, ***cambiando el criterio seguido hasta el minuto.***

Lo anterior ya que “*tratándose de una violación a los DDHH el criterio rector en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de Derecho Internacional de DDHH, y ello ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de*

²⁰⁸ Causa Rol N°2.080-2008, Corte Suprema, adjuntada como Anexo N°6.

*transgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por responder a criterios claramente ligados al interés privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada solo en la segunda mitad del siglo XX*²⁰⁹, de modo que **“la acción indemnizatoria deducida en autos por los actores no es de índole patrimonial como se asegura en la sentencia que se revisa por esta vía, porque los hechos en la que se sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual sino, simplemente, humanitaria”**²¹⁰ (el destacado es nuestro).

Por consiguiente, viniendo el daño desde un CLH y en virtud del acceso a la justicia, conforme a los tratados internacionales que deben aplicarse de buena fe y la norma imperativa internacional (Ius Cogens), así como el Art. 5 de la CPR, *“el derecho de las víctimas y de sus familiares de recibir la reparación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado”*²¹¹, y **“no resultan atinentes las normas de Derecho Interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios en que se funda el fallo, al estar estas reglas en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los DDHH”**²¹².

De esta forma, el Art. 2497 del Código Civil no puede ser aplicado, porque implicaría la infracción a norma internacional, particularmente la CADH, en contradicción con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (ya que establece la prohibición de incumplir la norma internacional a pretexto de norma interna), y del Derecho Consuetudinario. Señala asimismo que la CG no se limita al ámbito penal, siendo el derecho a la reparación un derecho fundamental.

Menciona por su parte, que el sistema de responsabilidad del Estado se funda en la Constitución y en la Ley General de Bases de la Administración del Estado, y fallar a favor de la prescripción implicaría infringir la CPR a raíz de la norma internacional que incorpora el derecho a la reparación como derecho fundamental. *“Se puede, así ciertamente, llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o absoluta del Estado*

²⁰⁹ Idem., p. 3.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Idem., p. 5.

²¹² Idem.

a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los DDHH²¹³, acogiendo el recurso de casación.

Cabe señalar que la sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Pierry y Carreño, quienes estuvieron por rechazar la casación y acoger la prescripción por los mismos argumentos que el voto mayoritario de las sentencias que ya hemos analizado.

Como se observa, esta sentencia es relevante porque **implica un giro en la jurisprudencia en relación a la acción civil indemnizatoria derivada del ilícito penal, ya que niega su prescripción ampliando el alcance de la imprescriptibilidad también a la acción civil**, cuestión que hasta el momento no se había hecho. El voto disidente, en cambio, mantiene lo que hasta antes de esta resolución era la jurisprudencia constante de la CS, existiendo por tanto, un cambio de criterio. Ahora bien, la imprescriptibilidad civil no se hace mención en el ER, aunque sí se relaciona con el DPI en general, más amplio y antiguo que el ER.

En la causa seguida bajo el **Rol N°7.089-2009**²¹⁴, fallada con fecha 04 de agosto de 2010, se decidió casar de oficio la sentencia ya que “en relación con la circunstancia atenuante del Art. 103 del Código Penal -ordinariamente denominada media prescripción o prescripción gradual- invocada por los procesados, el sentenciador de primer grado la rechazo (motivo 9°) por estimar improcedente su aplicación en la medida que no lo es la prescripción de la acción penal, sin hacer referencia alguna a las diferencias estructurales y los efectos que existen entre la prescripción de la acción penal y la media prescripción, desde que él rechaza esta última diciendo que lo hace por los mismos motivos que la anterior”²¹⁵. Así, “siendo la prescripción de la acción penal una causal extintiva de responsabilidad penal, claramente distinguible de la atenuante calificada establecida en el citado Art. 103 del estatuto punitivo, ambas con efectos totalmente dispares, los argumentos dirigidos a denegar una y otra no pueden ser los mismos ni pueden mezclarse”²¹⁶, lo cual hizo suyo el sentenciador de segundo grado, al no corregir el defecto, de modo que se está en presencia de un motivo de nulidad.

²¹³ Idem., p. 8.

²¹⁴ Causa Rol N°7.089-2009, Corte Suprema, adjuntada en Anexo N°7-A.

²¹⁵ Idem., p. 3.

²¹⁶ Idem.

Sin perjuicio del fallo de casación, sobre esta causa resulta útil observar lo dispuesto en la sentencia de reemplazo, ya que califica al crimen del homicidio cometido como **crimen de lesa humanidad** y señala que la situación que se vivía, **si bien no era de guerra interna, era de conmoción interior**, lo cual facultó a la autoridad a decretar el estado de sitio, con lo que ello conlleva en términos de las consecuencias jurídicas sobre las garantías constitucionales. Así, sostuvo el fallo que **“si bien no existía un manifiesto estado de guerra interna o de conflicto armado al interior del país cuando se produjeron esos asesinatos, el estado de sitio que se encontraba vigente y que había sido prorrogado por Decreto Supremo N°138 de 31 de enero de 1985, fue dispuesto precisamente por la existencia de una situación de conmoción interior”**²¹⁷. En esta situación, continúa el fallo, *“resulta imperativo reconocer la plena aplicación de los tratados internacionales de carácter humanitario, como asimismo, la calificación del asesinato de los hermanos Eduardo y Rafael Vergara Toledo como delito de lesa humanidad”*²¹⁸ (los destacados son nuestros).

Estos delitos, continúa la Corte, pueden ser tanto cometidos en tiempos de guerra como de paz, como bien lo ha señalado la Convención de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios de 1970, el Estatuto del Tribunal de Ruanda, el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, y el **Art. 7 del Estatuto de Roma**, e incluso desde 1954. En efecto, ya desde esa fecha se había entendido por CLH **“los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”**²¹⁹, y dichas **“acciones deben ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, cuestión que aparece suficientemente demostrada en los antecedentes si se tiene en cuenta que el gobierno militar llevó adelante una persecución sin tregua contra todos aquellos que eran militantes del PC, del MIR y varios otros más, decisión explicitada en el mismo Art. 8 de la Constitución”**²²⁰ (el destacado es nuestro).

²¹⁷ Sentencia de Reemplazo causa Rol N°7.089-2009, Corte Suprema, pp. 1-2, Anexo N°7-B.

²¹⁸ Idem., p. 4.

²¹⁹ Idem., p. 5.

²²⁰ Idem.

A partir de lo anterior son plenamente aplicables los convenios internacionales, como es el CG y el *Ius Cogens*, teniendo el deber correlativo de persecución y sanción de sus infracciones, como quedó dicho en el caso *Almonacid*, citado en este fallo, para impedir la amnistía pero ahora aplicándolo a la excepción de cosa juzgada y a la prescripción.

No obstante, lo anterior no alcanza a la llamada prescripción gradual o incompleta, que es una atenuante calificada que incide en el quantum de la pena, más no en si ha de ser o no condenado, por lo tanto, subsiste. El fallo cita a autores como Politoff, Matus y Ramírez, o Novoa Monreal para explicar la diferencia que existe entre la prescripción y la media prescripción, en cuanto sus efectos son totalmente diferentes: Una exime, la otra atenúa, pese a que ambas se regulen en el mismo título y tengan como criterio base el paso del tiempo. Así, es una disposición afortunada de nuestro Código el que se contemple esta atenuante, que por lo demás, es de orden público y debe ser aplicada.

Cabe señalar que el fallo fue adoptado con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros, quienes estuvieron a favor de declarar la prescripción de la acción penal ya que “*el delito investigado no tiene el carácter de lesa humanidad*”²²¹, por lo que se aplican las reglas generales, y esto porque “*no existía en el país un manifiesto estado de guerra interna o conflicto armado en el interior del país*”²²², sino que era el ejercicio de las facultades que la Constitución le otorga a la autoridad en el contexto de un estado de sitio. Ello “*no puede interpretarse, por sí sola, como constitutiva de un acto de agresión de naturaleza tal que haga posible encuadrar las figuras penales contra las personas conforme al Derecho Internacional*”²²³, sin dejar de reconocer la gravedad de los hechos.

Esta sentencia, como se observa, es relevante no solo por la diferenciación que se hace entre la prescripción total y la media prescripción o incompleta, sino más bien por un debate anterior, que es sobre la naturaleza jurídica de los crímenes imputados, esto es, de si se trata de un crimen de lesa humanidad o crimen de guerra. Al respecto, tanto el voto mayoritario como el voto disidente están contestes en que ***no existía una situación de guerra interna, lo que excluye al crimen de guerra como posibilidad, dejando***

²²¹ *Idem.*, p. 13.

²²² *Idem.*, p. 14.

²²³ *Idem.*

solo la posibilidad de ser crimen de lesa humanidad, cuestión en la que esta sentencia innova en relación a las ya analizadas.

Lo anterior es relevante porque hasta este momento las sentencias anteriores se referían tanto a los crímenes de guerra como de lesa humanidad, entendiendo que en el periodo en que suceden los hechos habría existido una guerra interna. En cambio, en esta sentencia se sostiene la tesis de que no había guerra interna sino solo una situación de conmoción interior. Esto implica la exclusión de los crímenes de guerra como posibilidad y con ello, debería excluirse también los CG, aunque no el resto del *Ius Cogens*.

Asimismo, esta sentencia da una definición de CLH similar a la entregada por el ER (aunque esta fuente solo a mayor abundamiento, pues se llega a esa definición a partir de las otras fuentes del Derecho Internacional Público, no a partir del Estatuto), y hace aplicable las fuentes de Derecho Internacional Humanitario, aunque también los Convenios de Ginebra, lo cual parece ser una contradicción pues éstos solo se aplican si hay conflicto bélico. Ello no obsta, con todo, a que se pueda aplicar el resto del Derecho Internacional Humanitario.

La siguiente causa implica un retorno a la tesis anterior en cuanto a la prescripción civil, es decir, la tesis sostenida por la causa Rol N°2.080 antes comentada como un giro jurisprudencial fue solo un paréntesis en cuanto a la prescripción de la acción civil. En esta causa, seguida bajo el **Rol N°123-2009**²²⁴ y fallada con fecha 14 de abril de 2011, en la que se interpuso el recurso de casación contra la sentencia que acogió la prescripción toda vez que 1) se aplicó el estatuto del Derecho Común a la responsabilidad del Estado y no la Constitución y la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado; 2) no se aplicaron las normas internacionales del Derecho Consuetudinario así como tampoco la CG, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, ni la CADH; y 3) porque no se le reconoció el carácter de imprescriptible de la acción que emana de CLH, que alcanzaría también a la acción indemnizatoria.

La Corte vuelve a su criterio anterior al sostener 1) que la acción ejercida es de carácter patrimonial, por lo que se aplica el Código Civil; 2) que ninguno de los tratados mencionados establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones derivadas de CLH,

²²⁴ Causa Rol N°123-2009, Corte Suprema.

sino que solo para el ámbito penal, como ocurre con la CADH, el CG y la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias; 3) que la prescripción es un principio general del Derecho aplicable en razón de la certeza jurídica en todo caso salvo que la ley expresamente prevea su imprescriptibilidad o en atención a la naturaleza de la materia; y 4) por tanto, en atención a los Arts. 2332 y 2497 del Código Civil, la acción se encuentra prescrita.

Cabe señalar que el fallo fue adoptado con la prevención del Ministro Sr. Araya y del Abogado Integrante Sr. Mauriz, quienes dejan constancia de la división existente entre quienes piensan que la imprescriptibilidad alcanza a la responsabilidad patrimonial derivada de los CLH o si solo cubre a la responsabilidad penal, además de tener en consideración otros elementos, tales como 1) que a la fecha de los hechos no se encontraban vigentes ni la CADH ni el PIDCP, los cuales solo entraron en vigencia luego de que el plazo de prescripción, de hecho, ya había transcurrido; 2) que la única norma aplicable sería la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias como norma de Derecho Consuetudinario, no ratificado por Chile, aunque igualmente válido, pero circunscrito solo a la acción penal; y 3) que siendo la prescripción la regla general y la imprescriptibilidad la excepción, esta última exige norma expresa, en caso contrario ha de aplicarse la regla general interna de cada Estado, como sería el caso.

Este fallo, por consiguiente, es relevante porque vuelve al criterio anterior y por la prevención recién analizada, ya que hacen ver la división que existe sobre la materia, si acaso la imprescriptibilidad solo afecta a la acción penal o también a la civil proveniente del CLH.

Enseguida, en la causa seguida bajo el **Rol N°254-2009**²²⁵ y fallada con fecha 27 de abril de 2011 la Corte reitera este criterio, pero esta vez a raíz de un recurso de casación intentado por el Fisco, el cual alegaba 1) que no se habían aplicado las normas del Derecho Civil pese a ser una acción de naturaleza patrimonial y que la imprescriptibilidad requería de norma expresa, cuestión que en el caso no ocurría, siendo la prescripción la regla general; 2) que se había dado una falsa aplicación de los tratados internacionales ya que no regulaban expresamente la imprescriptibilidad, dándoles una interpretación más amplia de lo que regulaban y además, para una fecha anterior a su

²²⁵ Causa Rol N°254-2009, Corte Suprema.

publicación; y 3) que ya había recibido indemnización a raíz de la Ley N°19.123, siendo beneficios excluyentes.

La Corte, entonces, en los considerando séptimo y siguientes sostiene que la acción es de naturaleza patrimonial regulándose por el Código Civil, que hubo una falsa aplicación de los tratados internacionales ya que no regulaban expresamente la imprescriptibilidad civil sino solo alcanzaban a la penal, y que siendo la prescripción la regla general corresponde dar aplicación a dichas reglas. En dicho sentido, y conforme a los Arts. 2332 y 2497 del Código Civil, la acción estaría prescrita. No sería necesario, finalmente, pronunciarse sobre la compatibilidad o no de esta indemnización con la reparación prevista en la Ley N°19.123.

Esta sentencia tuvo el voto disidente del Ministro Sr. Brito por las mismas razones que ya hemos analizado, es decir, por ser una acción de naturaleza humanitaria y porque la imprescriptibilidad también cubre la acción civil, bajo una interpretación armónica y sistemática, y de buena fe conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de lo regulado por el Derecho Internacional y el Derecho Consuetudinario; así, proviniendo la acción de un crimen de lesa humanidad, éste no prescribe ni en el ámbito penal ni en el civil.

En concreto, sostiene el voto disidente que *“no resultan atinentes las normas de Derecho Interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, al estar estas reglas en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los DDHH, que protegen el derecho de recibir una reparación... no solo por la Constitución Política sino también de los principios generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia”*²²⁶.

Cabe resaltar de este voto disidente que señala, en su considerando séptimo, que *“debe tenerse presente el carácter consuetudinario de estas normas y que atendida su naturaleza estas **no son creadas sino simplemente reconocidas por los Estados**, de lo que deriva su ineludible aplicación, produciéndose un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las*

²²⁶ Idem., p. 9.

*consecuencias de la violación*²²⁷ (el destacado es nuestro), constituyendo al derecho de reparación como un derecho fundamental. Luego, en la consideración décima, sostiene que “*se puede, así ciertamente, llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o absoluta del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los DDHH*”²²⁸.

Esta sentencia es relevante por este voto disidente, pues da luces sobre los argumentos utilizados para sostener la tesis de la imprescriptibilidad genérica y no solo radicada en el ámbito penal.

Luego, en la siguiente causa, seguida bajo el **Rol N°347-2009**²²⁹ y fallada con fecha 25 de mayo de 2011, la Corte reitera ese entendimiento, en circunstancias que nuevamente es el Fisco el que recurre de casación por no haber aplicado las disposiciones del Código Civil, por una falsa aplicación de los tratados internacionales que no aluden a la imprescriptibilidad genérica de las acciones, y por la incompatibilidad entre la indemnización con la reparación dispuesta por la Ley N°19.123.

La Corte, enseguida, reitera el análisis que hemos venido desarrollando y desde el considerando sexto en adelante señala que la acción es de contenido patrimonial aplicándose las normas del Derecho Común, que los tratados internacionales no establecen la imprescriptibilidad genérica, y que siendo la prescripción la regla general, ésta debe aplicarse, y con arreglo a los Arts. 2332 y 2497 del Código Civil, la acción se encuentra prescrita. Al igual que las causas anteriores, se reitera la prevención del Abogado Integrante Mauriz y el voto disidente, bajo los mismos argumentos analizados supra, del Ministro Sr. Brito.

La misma situación se reitera en la causa **Rol N°2.623-2009**²³⁰ fallada con fecha 26 de julio de 2011 en el entendido que el recurso se interpone 1) porque no se aplicó la Constitución ni la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado como estatuto de responsabilidad del Estado, y en cambio se aplicó el Código Civil; 2) porque no se aplicaron tratados internacionales ratificados y vigentes, como la Convención de Ginebra

²²⁷ Idem., p. 10.

²²⁸ Idem., p. 12.

²²⁹ Causa Rol N°347-2009, Corte Suprema.

²³⁰ Causa Rol N°2.623-2009, Corte Suprema.

o la Americana de DDHH; 3) porque no se le dio el carácter de imprescriptible al CLH generador del daño; y, agrega, 4) porque se acogió la incompatibilidad entre esta indemnización y los montos de reparación por parte de la Ley N°19.123.

En el fallo, la Corte decide rechazar el recurso 1) por ser una acción de naturaleza patrimonial y por tanto regida por el Código Civil; 2) que ninguno de los tratados mencionados establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones sino que solo en el ámbito penal, como ocurre con la CG y la de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios; 3) y siendo la prescripción un principio general y solo su excepción establecida en forma expresa, la causa en cuestión se encuentra prescrita, conforme los Arts. 2332 y 2497 del Código Civil.

La siguiente causa, seguida bajo el **Rol N°7.030-2009**²³¹ y fallada con fecha 17 de noviembre de 2011, trató sobre el exilio de una persona en tiempos de la dictadura militar, y fundaba el recurso de casación en que 1) se habían aplicado disposiciones civiles para la responsabilidad del Estado, regulada por el Derecho Público; 2) se había infringido con ello lo dispuesto en la Constitución y en el Art. 4 de la Ley General de Bases de la Administración del Estado; y 3) se infringió también la CADH al no reparar a la víctima de una violación a los DDHH.

La Corte resuelve, desde el considerando quinto en adelante, 1) que se trata de una acción patrimonial cuya regulación, en cuanto a la prescripción, se observa en la disposición común del Código Civil; 2) que la CADH no establece una imprescriptibilidad genérica ni impide la aplicación de Derecho Interno; 3) que en todo caso, la CG y de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios establecen la imprescriptibilidad solo respecto de la acción penal, no así de la acción civil; y 4) siendo la prescripción una regla general cuya excepción debe estar expresa, y sin que ello ocurra en el caso, la acción se encuentra prescrita, conforme a los Arts. 2332 y 2497 del Código Civil. De este modo, reitera la jurisprudencia antes analizada.

Enseguida, en la causa seguida bajo el **Rol N°6.582-2009**²³² fallada con fecha 13 de abril de 2012 se reitera el mismo debate visto en la causa Rol N°2.623-2009 antes

²³¹ Causa Rol N°7.030-2009, Corte Suprema.

²³² Causa Rol N°6.582-2009, Corte Suprema.

analizada, salvo respecto de la compatibilidad con la reparación dispuesta por la Ley N°19.123, reiterando el mismo fallo bajo los mismos argumentos, con la salvedad que en este caso se falló en contra de lo sostenido por el Abogado Integrante Sr. Medina y por el Ministro Sr. Juica, quienes fueron del parecer de acoger la casación.

Fundan su disidencia en que “**la acción indemnizatoria deducida en autos por los actores, no es de índole patrimonial** como se ha asegurado, porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual sino, simplemente, *humanitaria*”²³³. Enseguida, sostienen que “*la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno. A este respecto, también, debe tenerse presente el carácter consuetudinario de estas normas y que atendida su naturaleza estas no son creadas sino simplemente reconocidas por los Estados, de lo que deriva su ineludible aplicación*”²³⁴.

Finalmente, respecto de la imprescriptibilidad penal pero prescriptibilidad civil señalan que las normas no pueden interpretarse de forma aislada, así, “*vulnera el fallo la norma del artículo 131 de la Convención de Ginebra en la forma que lo sostiene el recurso, porque como se ha venido razonando aquel precepto pretende hacer efectiva la responsabilidad que resulta de esta clase de hechos, y éste no se limita a la de carácter penal*”²³⁵, infringiendo con ello la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ya que invoca norma interna para incumplir la internacional. Se colige, en definitiva, a la reparación como derecho fundamental, que se ve infringido por el Estado.

Esta causa, por tanto, reitera lo ya comentado en torno a la prescripción civil y que hasta el momento es la tendencia jurisprudencial, pero agrega el voto disidente, el cual entiende que la imprescriptibilidad también alcanza a la responsabilidad pecuniaria del Estado, regulada además por un estatuto propio.

Las siguientes causas se siguieron bajo los **Roles N°9.718-2009**²³⁶, **8.593-2009**²³⁷, **8.962-2009**²³⁸, **6.920-2011**²³⁹, **12.055-2011**²⁴⁰, **672-2011**²⁴¹, **12.357-2011**²⁴², **9.660-2011**²⁴³,

²³³ Idem., p. 8.

²³⁴ Idem., p. 9.

²³⁵ Idem., p. 10.

²³⁶ Causa Rol N°9.718-2009, Corte Suprema.

7.495-2012²⁴⁴ y **16.331-2013²⁴⁵**, y fueron falladas con fechas 04 de mayo, 06 de junio, 11 de julio, 12 de septiembre, 28 de septiembre, 23 de noviembre y 07 de diciembre, todas del año 2012; con fechas 16 y 9 de enero de 2013 estas últimas; y con fecha 05 de mayo de 2014 la última, en las cuales se interpuso el recurso de casación por parte del Fisco porque 1) no se habían aplicado las normas del Código Civil sobre la prescripción; 2) había una falsa aplicación de los tratados internacionales como la CADH (posterior a los hechos) y los CG; y 3) había contradicción con lo dispuesto y querido por la Ley N°19.123 en cuanto a la reparación de las víctimas de violaciones a los DDHH.

La Corte sostuvo reiteradamente en estas causas, desde su considerando quinto, que 1) se trata de una acción de carácter patrimonial y por lo tanto cabe aplicar las disposiciones del Código Civil; 2) que no existe norma internacional que establezca la imprescriptibilidad genérica al respecto y la CG así como la de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios solo se refieren a la acción penal; 3) y siendo la prescripción una institución de carácter general, solo es imprescriptible si hay norma expresa al respecto o si por la naturaleza corresponde aquello, que en el caso no la hay, correspondiendo aplicar los Arts. 2332 y 2497 del Código Civil.

De este modo, la Corte reitera lo que ya venía señalando, pero lo interesante de estos fallos está en los votos disidentes del Ministro Sr. Muñoz, voto disidente al cual ya nos hemos referido en extenso más arriba (*ver comentario a la causa Rol N°5.570-2007*), que en síntesis se funda en que 1) la responsabilidad estatal no está regida por el Código Civil sino que tiene un estatuto propio, vinculado al concepto de falta de servicio; 2) que dicha responsabilidad puede fundarse en el Derecho Humanitario, citando al efecto bastantes instrumentos vinculantes para Chile, en estado de guerra a raíz de las mismas disposiciones de los Decretos Leyes de la época, aplicándose por tanto todo el Derecho Internacional Humanitario, siendo también CLH; y 3) por lo anterior, no cabe ni la prescripción ni la amnistía y en el ámbito civil corresponde aplicar la Constitución y la Ley

²³⁷ Causa Rol N°8.593-2009, Corte Suprema.

²³⁸ Causa Rol N°8.962-2009, Corte Suprema.

²³⁹ Causa Rol N°6.920-2011, Corte Suprema.

²⁴⁰ Causa Rol N°12.055-2011, Corte Suprema.

²⁴¹ Causa Rol N°672-2011, Corte Suprema.

²⁴² Causa Rol N°12.357-2011, Corte Suprema.

²⁴³ Causa Rol N°9.660-2011, Corte Suprema.

²⁴⁴ Causa Rol N°7.495-2012, Corte Suprema.

²⁴⁵ Causa Rol N°16.331-2013, Corte Suprema.

de Bases Generales de la Administración, originando la responsabilidad en comento, la cual no prescribe pues es una sanción que no admite ser aplicada por analogía y, a la inversa, desde la perspectiva internacional la imprescriptibilidad también cubriría la acción civil. Cabe resaltar un solo aspecto de este voto disidente -sin perjuicio del análisis del cual se había formulado con anterioridad en extenso-, pues funda lo anterior en instrumentos internacionales como el ER y el PIDCP, entre otros, argumentos que se recogen al acoger en otros fallos la imprescriptibilidad civil.

Otro tanto ocurre en las causas **Roles N°3.216-2011²⁴⁶, 2.724-2010²⁴⁷, 4.734-2012²⁴⁸, 14.576-2013²⁴⁹, 4.700-2013²⁵⁰, 10.435-2014²⁵¹ y 7.888-2014²⁵²**, falladas con fecha 12 de septiembre, 30 de noviembre y 03 de diciembre, todas del año 2012; y con fecha 28 y 30 de enero, 22 de octubre y 19 de noviembre, todas del año 2014 estas últimas, en las que se sostienen las mismas tesis recién analizadas pero esta vez actuando como recurrente el demandante y como recurrido el Fisco, a la inversa de los demás casos recién analizados, pero reiterando la forma de fallar incluyendo la disidencia, de los Ministros Sres. Muñoz y Cerda (cabe señalar que en la causa Rol N°2.724-2010 se agregaba como punto en debate la naturaleza jurídica del crimen como crimen de lesa humanidad, pero que finalmente igual fue rechazado por no tener influencia en lo dispositivo de la sentencia, y que las decisiones en causas Rol N°14.576-2013 y 4.700-2013 fueron tomadas sin votos disidentes, aunque en el primero con una prevención en el sentido de aplicar la prescripción también en materia penal).

Estas causas, por lo tanto, en sus votos mayoritarios reiteran lo dicho por la jurisprudencia mientras que en el voto disidente se aporta el análisis del Ministro Sr. Muñoz y Cerda, análisis previamente comentado, en extenso, a raíz de la causa Rol N°5.570-2007, que lo tenemos por nuevamente reproducido.

²⁴⁶ Causa Rol N°3.216-2011, Corte Suprema.

²⁴⁷ Causa Rol N°2.724-2010, Corte Suprema.

²⁴⁸ Causa Rol N°4.734-2012, Corte Suprema.

²⁴⁹ Causa Rol N°14.576-2013, Corte Suprema.

²⁵⁰ Causa Rol N°4.700-2013, Corte Suprema.

²⁵¹ Causa Rol N°10.435-2014, Corte Suprema.

²⁵² Causa Rol N°7.888-2014, Corte Suprema.

Esta misma jurisprudencia se replica en la causa **Rol N°6.110-2012**²⁵³ fallada con fecha 04 de enero de 2013 pero esta vez con la opinión en contra de la Fiscal Judicial Mónica Maldonado, quien estuvo por rechazar el recurso de casación y con ello prescribir la responsabilidad civil ya que **“tratándose de una violación a los DDHH el criterio rector en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos, y ello ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de transgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por responder a criterios claramente ligados al interés privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX”**²⁵⁴. Así, **“la acción indemnizatoria deducida en autos por los actores no es de índole patrimonial como se ha asegurado, porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual sino, simplemente, humanitaria”**²⁵⁵.

De esta forma, esta disidente funda su opinión en la naturaleza del hecho como CLH, como lo señala en el considerando tercero, lo cual **“hace aplicable también en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares para “conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de marzo de 2001)”**²⁵⁶, interpretando de buena fe a los convenios internacionales así como al Derecho Consuetudinario Internacional, sin poder invocar norma interna para incumplir la obligación internacional. Para interpretar la imprescriptibilidad, no debe hacerse de forma aislada, porque pierde sentido y contradice los derechos fundamentales, como es el derecho a la reparación.

Respecto de las normas invocadas por el recurrente, esta opinión disidente señala que no pueden ser aplicadas, pues contradicen las disposiciones internacionales y con ello sería incumplir la obligación internacional surgida del Derecho Consuetudinario (no creado por el Estado sino simplemente reconocida), a pretexto de aplicar norma interna, cuestión prohibida por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como también lo sostuvo la Corte Interamericana de DDHH en el caso *Velásquez Rodríguez*. Esto queda reforzado con la CG, que no se limita al ámbito penal.

²⁵³ Causa Rol N°6.110-2012, Corte Suprema.

²⁵⁴ Idem., p. 10.

²⁵⁵ Idem., p. 10.

²⁵⁶ Idem., p. 11.

En este caso, “agentes del Estado, transgredieron normas legales, constitucionales y de orden internacional, que estaban obligados a respetar, y causaron daños o perjuicios que el Estado, debe reparar a los afectados. La responsabilidad del Estado, en esta materia proviene de la ley y tratándose de graves violaciones de los derechos humanos, de la propia Constitución Política. En estos casos, el Estado está obligado a soportar el pago de la indemnización reparatoria en forma directa, en virtud de la relación de derecho público entre él y las víctimas y los familiares de ésta, sin que pueda haber reparación por los daños producidos, sin una solución integral para estos”²⁵⁷.

De este modo, esta sentencia reitera la jurisprudencia que hemos venido analizando pero lo interesante es la opinión disidente, pues da luces sobre la imprescriptibilidad que también alcanzaría el aspecto civil patrimonial, siendo una acción de índole humanitaria.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°4.742-2012**²⁵⁸, fallada con fecha 30 de enero de 2013, en donde tanto la parte demandante como la demandada interpusieron recursos de casación. Por un lado, respecto del recurso de la parte demandante, éste se funda en los mismos argumentos que ya se han expresado supra, pero agrega otro punto más que se debatió, que es la **prueba del daño moral**, señalando y citando a la Corte Interamericana de DDHH, que en esta clase de casos éste no debe probarse, pues se subentiende. Por otro lado, respecto del recurso deducido por el Fisco, éste se funda en que 1) no había renuncia a la prescripción por parte del Estado a partir de la Ley N°19.123 de Reparación, sino que a la inversa, 2) hay incompatibilidad entre la reparación de dicha ley con la indemnización de perjuicios que se intenta en autos.

Al respecto, la Corte señaló como presupuesto, en el considerando décimo, que se está en presencia de una acción de naturaleza patrimonial, aplicando por lo tanto el Código Civil. Enseguida, sostiene que ninguno de los tratados mencionados establece la imprescriptibilidad genérica y que los Convenios de Ginebra y el de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios solo se refieren a la acción penal, y siendo la prescripción regla general, debe estarse a ella, conforme a los Arts. 2497 y 2332 del Código Civil. Por lo

²⁵⁷ Idem., p. 16.

²⁵⁸ Causa Rol N°4.742-2012, Corte Suprema.

anterior, la Corte no estima necesario pronunciarse sobre la prueba del daño moral, ya que la acción estaría prescrita.

En cuanto a lo solicitado por el Fisco, la Corte sostiene que *“aquellos beneficios legales (los recibidos a partir de la Ley N°19.123) tienen el mismo fundamento y análoga finalidad reparatoria de daño moral que la aquí reclamada y son financiados con recursos fiscales, según se desprende del Título VI de dicha ley, circunstancias todas que impiden acoger la pretensión de la actora por contraponerse con la idea básica que una misma causa no puede dar origen a una doble indemnización”²⁵⁹*, de manera que se afirma la incompatibilidad entre la indemnización con la reparación de la Ley N°19.123 de Reparación. De esta forma, es innecesario pronunciarse sobre si se renunció o no a la prescripción.

Esta sentencia decide, finalmente, rechazar el recurso de casación deducido por la demandante y acoger la casación deducida por el Fisco, la primera por las razones ya dichas que reiteran el mismo criterio jurisprudencial que hemos venido desarrollando, y la segunda por entender como incompatibles los beneficios de la Ley N°19.123 con la indemnización que acá se pretendía, siendo innecesario pronunciarse sobre la renuncia a la prescripción.

Cabe señalar que esta decisión fue adoptada con el voto en contra de los Ministros Sres. Cerda y Muñoz, quienes estuvieron por acoger la casación de la demandante y rechazar el intentado por el Fisco, por los mismos argumentos que han sido sostenidos reiteradamente por estos disidentes.

Se agrega, en todo caso, 1) que *“este hecho (la Ley N°19.123) constituye una renuncia expresa a cualquier prescripción y se genera un reconocimiento expreso de los derechos de las víctimas, el que no puede ser posteriormente negado, dado que de éste deriva el reconocimiento del Estado de la calidad de víctimas de violaciones a los DDHH”²⁶⁰*, situación que también ocurre (interrupción o suspensión de la prescripción) con la acción penal correspondiente, habiéndose interrumpido o al menos suspendido la prescripción civil si ella operara; y 2) que *“frente a un hecho como éste, la normalidad*

²⁵⁹ Idem., p. 13.

²⁶⁰ Idem., p. 102.

consiste en que familiares tan cercanos como los descritos, experimenten una tristeza y dolor semejante al de la madre por el desaparecimiento del joven familiar ocurrido en el norte de Chile cuando cumplía su servicio militar obligatorio, sin que exista antecedente alguno que permita si quiera presumir que tal dolor no ha existido, de manera que la sentencia también se equivoca al desechar la demanda por estos actores por falta de prueba de su pesar”²⁶¹.

De esta forma, esta sentencia reitera la tendencia jurisprudencial pero agrega el punto de la incompatibilidad entre la indemnización y la reparación de la Ley N°19.123 y el punto de la prueba del daño moral, aunque son dos aspectos en los que no ahondaremos por no ser objeto de nuestro trabajo.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°4.300-2014**²⁶² y fue fallada con fecha 04 de septiembre de 2014, consistente en un secuestro calificado, en la que se interpuso el recurso de casación por parte de la Defensa ya que no se consideró la media prescripción por ser “*accessoria*” de la prescripción, en circunstancias que la jurisprudencia ha sido consistente en el tiempo en orden a considerarla, contabilizando el plazo ya sea desde el retorno de la democracia, desde la muerte presunta o desde el día 91 desde el secuestro. Otra de las Defensas, según lo consigna el considerando cuarto, interpuso la casación por no haber acogido la prescripción total y en subsidio, por no haber acogido la media prescripción.

Por su parte, el Querellante interpuso el recurso de casación en contra de haber considerado la atenuante de irreprochable conducta anterior como muy calificada, ya que solo lo era por el régimen de impunidad reinante en ese tiempo, por no considerar la extensión del daño producido, y por no haber considerado la reiteración de delitos, en circunstancias que fueron dos secuestros calificados. A su vez, deduce el recurso de casación en contra de la decisión civil de incompetencia, señalando que se es competente para conocer de la causa civil como consecuencia del CLH y que se infringió el principio de inexcusabilidad. Señala, entonces, que se rige bajo un régimen jurídico propio que no puede ser desconocido, también imprescriptible al igual que la acción penal, sobre la base de los tratados internacionales.

²⁶¹ Idem., pp. 103-104.

²⁶² Causa Rol N°4.300-2014, Corte Suprema, adjuntada como Anexo N°8.

En la sentencia, la Corte sostiene desde el considerando octavo, que “se trata de crímenes contra la humanidad, toda vez que los ilícitos pesquisados ocurrieron en un contexto de violaciones a los DDHH graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas a quienes en la época inmediata y posterior al 11 de septiembre de 1973 se les sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fueran considerados sospechosos de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario”²⁶³. Enseguida, prosigue la misma sentencia señalando que estos CLH pueden ser cometidos tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, a raíz de lo señalado en la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias, el Estatuto de Ruanda, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, y el ER.

Luego, citando al Primer Proyecto de Código de 1954, entiende por delito de lesa humanidad a “**los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia**”. Al referido concepto se ha agregado que las acciones deben ser “**parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque**”, cuestión que aparece **suficientemente demostrada en los antecedentes de esta causa**”²⁶⁴.

²⁶³ Idem., pp. 10-11.

²⁶⁴ Idem., p. 12.

Define al delito de lesa humanidad como “*aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, de suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente*”²⁶⁵.

Luego, en el considerando undécimo plantea que una de las características del régimen jurídico regulatorio de esta clase de hechos es que ellos no prescriben y no pueden ser objeto de amnistía, por lo que se rechaza el recurso en ese aspecto. No obstante, lo que resulta más interesante es el pronunciamiento sobre la media prescripción. Al respecto, sostiene la sentencia que “***dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como los de la especie***”²⁶⁶, por lo que se rechaza el recurso también en ese sentido.

En lo que respecta a la solicitud del querellante, el fallo señala que el tener por acreditada la irreprochable conducta anterior es facultativo para el Tribunal de instancia, pero se advierte, en todo caso, que el tribunal no la calificó, de modo que no se observa el vicio denunciado por el querellante. Por su parte, se rechaza también el recurso en cuanto a la extensión del mal producido pues ello también es facultativo del tribunal, salvo que se

²⁶⁵ Idem., pp. 12-13.

²⁶⁶ Idem., p. 14.

alegara infracción a normas regulatorias de la prueba, cosa que no se hizo. Si acoge, en todo caso, la casación en su aspecto civil, es decir, en la competencia del Juez del Crimen para determinar la indemnización civil que le corresponde al Fisco como tercero civilmente responsable, aunque por no ser el objeto de nuestro estudio se omitirá su análisis.

Cabe señalar que el voto mayoritario lo fue con la prevención del Ministro Sr. Kunsemuller considerando además que es imposible contabilizar el plazo de la media prescripción frente a un delito de carácter permanente, ya que se necesita saber el momento en que cesó el estado antijurídico o la muerte del sujeto, y como no se tiene dicha fecha exacta, no se puede determinar la fecha de inicio del cómputo de la prescripción gradual.

A su turno, la decisión fue adoptada con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación en lo relativo a la media prescripción ya que es una institución de naturaleza diferente a la prescripción, una atenúa la pena, la otra la extingue, teniendo efectos diferentes pese a que ambas usen el criterio del tiempo como criterio base. Así, se interpreta a la media prescripción como una morigerante de responsabilidad penal de orden público, es decir, de aplicación obligatoria, sin tener tampoco ninguna restricción constitucional, legal o internacional para aplicarla. Por su parte, para poderla aplicar el plazo comenzaría a contarse desde el día 91 del secuestro, ya que en esa fecha se califica como secuestro calificado. Dicho de otra forma, los disidentes fallan como había sido hasta el minuto la tendencia mayoritaria jurisprudencial.

Esta sentencia tiene bastante importancia porque implica un giro jurisprudencial, en el sentido que ***antes se acogía la media prescripción pero desde esta fecha ya no se reconoce, aplicando lo mismo tanto para la prescripción como para la prescripción gradual.*** Lo anterior considerando que ambas instituciones se basan en el transcurso del tiempo como criterio base, están regulados en el mismo título, e impidiéndose una se impide la otra. En el caso, al tratarse de CLH, queda prohibida tanto la consideración de la prescripción como también de la prescripción incompleta.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°17.037-2013**²⁶⁷ y fue fallada con fecha 08 de octubre de 2014, consistente en un secuestro calificado, en la que se interpuso el recurso de casación por parte de la Defensa por no haber considerado la media prescripción como atenuante al considerarla como una institución accesoria a la prescripción, y por tanto, como la prescripción no procede por Derecho Internacional, tampoco procedería la media prescripción, en circunstancias que serían instituciones de naturaleza y efectos diferentes y por tanto independientes, como lo ha sostenido la jurisprudencia, y a su vez, se interpuso por no haber considerado tampoco la atenuante de haber obrado en cumplimiento de una orden de un superior.

Por su parte, el Consejo de Defensa del Estado intentó la casación porque la víctima ya había sido reparada en virtud de la Ley N°19.123 y porque hubo una falsa aplicación de tratados internacionales que no regulan la imprescriptibilidad genérica y en fechas anteriores a la de su promulgación.

Respecto de lo primero, la Corte sostiene en el considerando quinto que ***“por ser el secuestro un delito permanente, en que el estado antijurídico creado por la acción delictiva se mantiene en el tiempo, no es posible determinar con precisión el momento a partir del cual se puede contar el plazo”***²⁶⁸, así, *“sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentran las víctimas podría comenzar a contarse el plazo de prescripción, y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el indicado cómputo. Pero al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, como se dijo, no procede aplicar el instituto en estudio”*²⁶⁹.

En cuanto a lo segundo (atenuante de órdenes de servicio), señala en el considerando séptimo que *“no es posible prestar acogida a la atenuante de que se trata ya que al negar el hecho específico por el cual se le ha condenado, no ha esgrimido haber recibido la orden de un superior, al que tampoco identifica”*²⁷⁰, lo cual luego profundiza citando jurisprudencia y al profesor Kai Ambos, rechazando este punto del recurso.

²⁶⁷ Causa Rol N°17.037-2013, Corte Suprema.

²⁶⁸ Idem., p. 9.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Idem., p. 11.

Finalmente, en cuanto a lo tercero (sección civil del recurso), desde el considerando décimo en adelante señala que **“toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que no sólo trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado”**²⁷¹, así, la imprescriptibilidad establecida por el Derecho Internacional Humanitario no solo se refiere a la prescripción penal sino también a la civil, no pudiendo invocar norma interna (Código Civil) para incumplir la norma internacional, conforme al Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y al principio de supremacía constitucional, conforme a los Arts. 5 y 6 de la CPR. La reparación debida incluye la reparación de todo daño sufrido. Finalmente se pronuncia sobre la compatibilidad entre la indemnización civil y la reparación en virtud de la Ley N°19.123, que por no ser objeto de estudio de este trabajo, no será analizado.

Cabe señalar que el fallo fue acordado con la prevención de los Ministros Sres. Juica y Brito, quienes sostienen que la media prescripción ha de ser rechazada además porque considera, al igual que la prescripción, al tiempo como criterio base, de manera que si se rechaza una por el Derecho Internacional Humanitario, también se rechaza la otra.

Por otro lado, fue acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas, quienes estuvieron por acoger la media prescripción por considerarla de naturaleza y efectos diferentes que la prescripción, y como norma de orden público sin otra norma que impida su aplicación, ha de ser aplicada, disminuyendo la pena de los condenados, bajo la tendencia jurisprudencial que ya hemos desarrollado.

Esta sentencia también es relevante ya que implica un cambio en la tendencia jurisprudencial, particularmente en cuanto a la prescripción civil, señalando que el CLH impide su procedencia incluso en el ámbito civil patrimonial. También es relevante pues la

²⁷¹ Idem., p. 13.

media prescripción no es posible aplicarla en el entendido que se trata de un secuestro como delito permanente, sin tener fecha cierta para iniciar su cómputo.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°1001-2015**²⁷² y fue fallada con fecha 26 de enero de 2015, la cual consistió en una apelación de un recurso de amparo en razón del rechazo a la rebaja de condena a la que tendría derecho el condenado por un CLH, al cumplir con los requisitos establecidos en la legislación al respecto, es decir, los requisitos establecidos en la Ley N°19.856.

En el fallo, la Corte sostiene que es claro que el condenado fue juzgado y sancionado por un secuestro calificado en el marco de la Operación Colombo como parte de la DINA, siendo un delito de lesa humanidad y habiendo sido juzgado bajo ese régimen. Así, en el considerando séptimo sostiene que *“la obligación impuesta a la jurisdicción por el estatuto de derecho internacional de derechos humanos, referido a crímenes de lesa humanidad, se encuentra satisfecha desde que justamente juzgó y sancionó a un sujeto por la responsabilidad que le cupo en dicho delito”*²⁷³.

Sin embargo, sostiene en el considerando octavo que *“el otorgamiento de los beneficios regulados por la Ley N° 19.856 quedan supeditados a los requisitos que en ella se establecen, adquiriendo especial relevancia las causales de exclusión contempladas en el artículo 17 de la misma, en los cuales no se contempla como excepción penas por delitos de lesa humanidad. Lo anterior, por lo demás, se encuentra el perfecta consonancia con lo que fue la discusión en el Congreso Nacional, pues no existió referencia alguna a excluir a ese tipo de delitos de la aplicación de la ley en comentario”*²⁷⁴, y cumpliendo con los requisitos, se confirma la sentencia apelada, acogiendo el recurso de amparo.

Esta causa es relevante pues innova en cuanto a los beneficios carcelarios para los condenados por CLH, sin referirse a crímenes de guerra pero admitiendo los beneficios, sometiéndolos a la legislación común, cuestión diferente a lo dispuesto en el Art. 110 del Estatuto de Roma que si bien los admite, establece un régimen más estricto para su procedencia.

²⁷² Causa Rol N°1.001-2015, Corte Suprema.

²⁷³ Idem., pp. 4-5.

²⁷⁴ Idem., p. 5.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°30.163-2014**²⁷⁵ y fue fallada con fecha 28 de enero de 2015, que consistía en un secuestro calificado por el cual la Defensa presentó recurso de casación fundado en 1) que no se aplicó la prescripción en circunstancias que no se estaba en un conflicto de la naturaleza exigida para que el hecho fuera imprescriptible; 2) que no se aplicó la amnistía del Decreto Ley N°2.191; y 3) que tampoco se aplicó la minorante de responsabilidad de la media prescripción, en circunstancias que ya había transcurrido con creces el tiempo de la misma.

La Corte consideró que se estaba en presencia de un CLH *“toda vez que los ilícitos perseguidos ocurrieron en un contexto de violaciones a los DDHH graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas a quienes en la época inmediata y posterior al 11 de septiembre de 1973 se le sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atinentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario”*²⁷⁶.

Luego, continua el fallo, **“los delitos de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempo de guerra como de paz**, como expresamente se ha reconocido en el artículo 1 letra b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad de 26 de noviembre de 1968; y, más tarde, en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal para Ruanda de 1994 y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, así como en el **artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998**. A propósito del primer proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954, ya entonces se

²⁷⁵ Causa Rol N°30.163-2014, Corte Suprema.

²⁷⁶ Idem., p. 4.

concedió autonomía al delito de lesa humanidad, desvinculándolo del contexto bélico. Para esa fecha había sido conceptualizado como **“los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”**. Al referido concepto se ha agregado que las acciones deben ser **“parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”**, cuestión que aparece suficientemente demostrada en los antecedentes de esta causa... Atendiendo a las reflexiones anteriores puede decirse que son crímenes de lesa humanidad aquellos ilícitos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad del hombre, de suerte tal que para su configuración existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, que contraría de forma evidente y manifiesta el más básico concepto de humanidad, destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente²⁷⁷.

Luego, al ser CLH no se le aplica ni la prescripción ni la amnistía, de modo que **“resulta inconcuso que las infracciones denunciadas por la defensa del acusado Contreras Sepúlveda respecto al error de derecho cometido al no declarar extinguida su responsabilidad por prescripción o por amnistía carecen de asidero fáctico y jurídico, desde que la calificación que han recibido los sucesos delictuosos, que este tribunal comparte, hacen improcedente la concurrencia de las causales de extinción de responsabilidad penal reclamadas a favor del acusado, de manera que al proceder los jueces de la instancia acorde a ello, no han errado en la aplicación del derecho”**²⁷⁸.

Finalmente, respecto de la media prescripción, sostiene que **“por ser el secuestro un delito permanente, en que el estado antijurídico creado por la acción delictiva se**

²⁷⁷ Idem., pp. 5-6.

²⁷⁸ Idem., p. 7.

mantiene en el tiempo, no es posible determinar con precisión el momento a partir del cual se puede contar el plazo²⁷⁹. Así, “*esta Corte Suprema ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentran las víctimas podría comenzar a contarse el plazo de prescripción, y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el indicado cómputo. Pero al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, como se dijo, no procede aplicar el instituto en estudio*”²⁸⁰.

El rechazo de este recurso fue con la prevención de los Ministros Sres. Juica y Cerda, quienes señalaron que la media prescripción se excluye, además, porque “*tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como los de la especie*”²⁸¹.

Por su parte, los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas fueron votos disidentes en lo relativo a la media prescripción, porque es una institución de naturaleza y efectos diferentes a la prescripción, pues solo atenúa la responsabilidad, sin extinguirla como la prescripción, por lo que solo está prohibida la prescripción, más no la media prescripción. Esta institución, a su vez, es una norma de orden público y fundada en lo insensato que sería una pena tan alta para hechos acaecidos tanto tiempo atrás. Señalan, asimismo, que no habría ningún impedimento constitucional, legal o internacional para la aplicación de la atenuante de la media prescripción.

Esta sentencia es relevante por la definición que aporta sobre el crimen de lesa humanidad como naturaleza jurídica del crimen imputado en la causa, así como también por negar la prescripción y la amnistía, al igual que la media prescripción, aunque ello en razón de que el secuestro es un delito permanente que en el caso impide iniciar su cómputo.

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Idem., p. 8.

²⁸¹ Idem., p. 9.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°25.657-2014**²⁸² y fue fallada con fecha 11 de mayo de 2015, que consistió en un homicidio en el que estando con toque de queda el sujeto lo incumplió, y cuando se hizo uso del arma disparando al aire, el sujeto no se detuvo, hasta que finalmente le dio muerte. La razón de esta situación fue que el sujeto era sordo mudo, sin entender lo que el Carabinero le estaba diciendo. La disputa jurídica, por tanto, fue sobre la naturaleza del crimen, si fuera posible considerarlo crimen de lesa humanidad o no.

Al respecto, la Corte señaló que *“se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, de suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente”*²⁸³.

Así, *“tanto la preceptiva internacional como nacional relativa a la materia en estudio, en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Ley N° 20.357 del año 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, respectivamente, así como la jurisprudencia de los Tribunales y organismos internacionales que el recurrente reseña en su libelo, hoy es conteste en considerar como elementos típicos del crimen contra la humanidad -en lo que aquí interesa-, el que las acciones que los constituyen sean parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y el conocimiento de dicho ataque por el agente”*²⁸⁴.

A mayor abundamiento y citando doctrina, señala que *“con ocasión del estudio del elemento de contexto del crimen de lesa humanidad, contenido en el preámbulo del*

²⁸² Causa Rol N°25.657-2014, Corte Suprema.

²⁸³ Idem., p. 5.

²⁸⁴ Idem., pp. 5-6.

artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la doctrina más autorizada ha señalado que dicho precepto convierte en crimen de lesa humanidad **los actos individuales enumerados en dicha disposición, en tanto cumplan con el test sistemático-general**. Esta prueba se propone para garantizar que los actos individuales, aislados o aleatorios, no lleguen a constituir un crimen de lesa humanidad. Mientras que el término “generalizado” implica un sentido más bien cuantitativo: que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas, la expresión “sistemático” tiene un significado más bien cualitativo que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica. Sin perjuicio que la jurisprudencia siempre ha optado por una lectura disyuntiva o alternativa de estos elementos, se ha destacado que lo más importante ya no es el significado aislado que aporta cada uno de estos elementos expresados de modo alternativo, sino el que adquieren al interconectarse, en la medida en que la “comisión múltiple” debe basarse en una “política” de actuación, sólo su existencia convierte múltiples actos en crimen de lesa humanidad. Este elemento -de la política- deja claro que es necesario algún tipo de vínculo con un Estado o un poder de facto y, por lo tanto, la organización y planificación por medio de una política, para categorizar de otro modo los delitos comunes como crimen de lesa humanidad”²⁸⁵.

En el caso concreto, estos hechos “deben ser calificados como delito de lesa humanidad, pues es incuestionable, no sólo en atención a los hechos del proceso sino, además, por lo que ha sido demostrado por diferentes informes, que en la época se implementó una política estatal que consultaba la represión de posiciones ideológicas contrarias al régimen, la seguridad al margen de toda consideración por la persona humana -precisamente el “toque de queda” que autorizaba el empleo de las armas de fuego-, el amedrentamiento a los civiles y, sobretodo, la garantía de impunidad que el mismo régimen generó ante las responsabilidades penales y de todo orden, entre otras actuaciones”²⁸⁶.

Respecto de la sistematicidad, sostiene que los hechos son sistemáticos ya que “claramente se inscribe como parte del patrón de atentados que se ejecutaban diariamente por agentes estatales contra esa población, los que no eran desaprobados,

²⁸⁵ Idem., p. 6.

²⁸⁶ Idem., pp. 7-8.

reprochados ni menos perseguidos por las autoridades estatales, como quedó demostrado con la precaria investigación de la justicia militar de la época, ello como parte de su política de seguridad, de todo lo cual tenían conciencia los policías involucrados, al no darse por acreditado por los juzgadores de la instancia ninguna circunstancia que permita representarse algún motivo de justificación o proporcionalidad ante la transgresión del horario”²⁸⁷.

Cabe señalar que el fallo fue acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas, ya que el CLH exige *“que sea el resultado de la actividad ilícita de algún grupo o sector de poder -usualmente el Estado o el gobierno que tiene el mando del mismo-, tendiente a la afectación, disminución o eliminación de los integrantes de todo o parte de un sector o grupo que aquel considera contrario a sí mismo o a determinados intereses que declara superiores, de manera sistemática y sin límite en el uso de los instrumentos o medios encaminados a ese fin”²⁸⁸*. En este caso, no es posible encuadrar los hechos a dicha calificación y por tanto aplicarle dicho régimen jurídico, es decir, *“el mérito de autos no permite concluir que el toque de queda y su control, en los hechos aquí investigados, sean medios o instrumentos de una actividad sistemática de la unidad policial correspondiente -o de agentes determinados del Estado o de este mismo- encaminada a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo; sino, más bien, la implantación de un mecanismo general de seguridad y control de la población, que suele utilizarse en estados de excepción, como lo es el estado de sitio, y que es ordenado por la autoridad -jefe de plaza- que regula el funcionamiento o desarrollo del estado de excepción específico”²⁸⁹*.

Esta sentencia resulta relevante por la definición y análisis que se hace de los CLH como concepto, utilizando el ER, y particularmente sus elementos de generalidad y sistematicidad en el ataque, más allá de solo un mero pronunciamiento a mayor abundamiento, es decir, esta vez hace el análisis del Estatuto de Roma más en extenso que su sola mención. Conviene precisar, además, que el voto disidente ahonda en los mismos puntos, pero sin estimar el hecho de autos como un crimen de lesa humanidad, por carecer precisamente de dichos elementos característicos de los CLH.

²⁸⁷ Idem., pp. 8-9.

²⁸⁸ Idem., p. 10.

²⁸⁹ Idem., p. 11.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°27.960-2014**²⁹⁰ y fue fallada con fecha 19 de mayo de 2015, que consistió en la imputación de secuestro y homicidio calificado reiterados. La casación se entabló por parte de la Defensa tanto en la forma como en el fondo teniendo como teoría del caso la absolución por falta de participación, mientras que el Ministerio del Interior y la parte Querellante entablaron sus recursos de casación en el fondo porque la Corte había estimado la media prescripción como atenuante para quienes fueron condenados, en circunstancias que dada la proporcionalidad exigida por el delito y que no haya norma que reconozca la prescripción en estos casos, dicha posibilidad está vedada, y por infracción a las leyes reguladoras de la prueba dada la valoración que se había realizado respecto de quienes resultaron absueltos.

Respecto de lo primero, la Corte decide rechazar el recurso de casación en la forma pues los Jueces no se basaron en la prueba que se alega como constitutiva del vicio y el de fondo porque no hay regla de la prueba infringida sino un mero descontento con la forma en que ésta se valoró, contrario a la naturaleza del recurso de casación.

Lo interesante del fallo está, en cambio, en el recurso de casación del Ministerio del Interior y el Querellante, por cuanto por un lado se desestima en aquella parte que se invocaba una infracción a las leyes regulatorias de la prueba, siendo facultad del tribunal en cuestión, pero por otro lado, respecto de la prescripción gradual, se sostiene que *“constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante halla su razón de ser en lo excesivo que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, resultando de su reconocimiento una pena menor”*²⁹¹, siendo una institución de orden público, es decir, obligatoria de aplicar por parte del Juez, sobre la base del principio de legalidad, sin existir tampoco impedimento constitucional, legal o internacional.

²⁹⁰ Causa Rol N°27.960-2014, Corte Suprema.

²⁹¹ Idem., p. 11.

No obstante, se decide casar de oficio la sentencia por haber observado un vicio procesal que anulaba la sentencia, particularmente en normas de determinación de pena, ya que no se había considerado la reiteración (Art. 509 del Código de Procedimiento Penal o 74 del Código Penal) sino que solo la irreprochable conducta anterior y la media prescripción, según queda consignado en el considerando décimo tercero.

Cabe señalar que el rechazo de los recursos del Ministerio del Interior y del Querellante fue adoptado con el voto en contra del Ministro Sr. Juica quien estuvo por acoger la alegación en cuanto a la media prescripción y no concederla ya que *“por aplicación de las normas del Derecho Internacional, y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como los de la especie”*²⁹².

Por su parte, la decisión de invalidar de oficio la sentencia tuvo el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch porque el vicio no tendría influencia sustancial en lo dispositivo del fallo ya que se habría podido llegar a la misma pena por la media prescripción.

Esta causa es relevante porque vuelve al criterio anterior de conceder la media prescripción, olvidando el cambio jurisprudencial que se había visto desde la causa Rol N°4.300-2014 antes analizada y reiterada en la causa Rol N°30.163-2014 también ya analizada.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°1.092-2015**²⁹³ y fue fallada con fecha 14 de septiembre de 2015, en la que se interpuso el recurso de casación ya que 1) la demandante ya habría recibido una compensación a raíz de las leyes N°s 19.123 y 19.992 que sería incompatible con la indemnización de perjuicios, y 2) por no haber acogido la prescripción de la acción civil, que prescribe en 4 años considerando las disposiciones del

²⁹² Idem., p. 16.

²⁹³ Causa Rol N°1.092-2015, Corte Suprema.

Código Civil y que el Derecho Internacional no establecería la imprescriptibilidad genérica sino solo la penal, y por la fecha de aprobación de algunos de esos tratados.

Respecto de lo primero omitiremos su análisis, señalando simplemente que se rechazó porque las compensaciones de esas leyes eran simplemente simbólicas de reconocimiento de responsabilidad, más no agotaban el derecho a la reparación. Sin perjuicio de ello, lo relevante está en el segundo punto del recurso, esto es, el alcance de la prescripción a la acción civil. Al respecto, la Corte sostuvo que, dada la imprescriptibilidad penal, ***“no resulta coherente entender que la correlativa acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción contempladas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional, en armonía con el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que instauro el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito”***²⁹⁴. Así, *“cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento desigual resulta discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad indispensables en un Estado de derecho democrático. Entonces, pretender el empleo de las disposiciones del Código Civil en la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el régimen jurídico, hoy resulta improcedente”*²⁹⁵, y dicho deber de reparación no solo recae en quien cometió directamente el crimen, sino que se prolonga hacia el Estado.

Enseguida, en el considerando quinto la Corte menciona los tratados que aceptarían estas ideas, tal como la CADH, que no puede incumplirse a pretexto de norma interna, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Esto, además, como lo señala el considerando séptimo, importa aspecto de justicia material y de interés público hacia la reparación integral del daño provocado, interpretando el Derecho Internacional y el *Ius Cogens* de buena fe, primando esto sobre la norma interna. Por lo demás, el régimen jurídico aplicable sería el Derecho Internacional, Constitucional y

²⁹⁴ *Idem.*, pp. 6-7.

²⁹⁵ *Idem.*, p. 7.

Administrativo. Este fallo, en todo caso, permite prescindir del ER para efectos de la imprescriptibilidad de la acción civil.

Esta sentencia es relevante porque en el aspecto de la prescripción de la acción civil reitera la jurisprudencia que analizamos con ocasión de la causa Rol N°17.037-2013 en cuanto a que no procede la prescripción civil, así como tampoco la penal.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°5.706-2015²⁹⁶** y fue fallada con fecha 22 de septiembre de 2015, en la que se interpuso por parte de la Defensa un recurso de casación fundado en que se aplicó el Art. 164 del Código Orgánico de Tribunales en circunstancias que resultaba aún más desfavorable que los Arts. 509 del Código de Procedimiento Penal y el 74 del Código Penal; mientras que la parte querellante y el Ministerio del Interior interpusieron los recursos en cuestión considerando que se aplicó en la especie la media prescripción rebajándose la pena en tres grados en circunstancias que por compartir naturaleza jurídica con la prescripción y al estar ésta vedada por disposiciones internacionales, también ha de estar vedada la media prescripción. El Fisco, por su parte, dedujo casación porque no se aplicaron las disposiciones civiles sobre la prescripción de la acción civil, hubo una falsa aplicación de los tratados internacionales y porque ya se habría pagado en virtud de la Ley N°19.123.

Respecto de lo primero la Corte sostuvo que no había infracción formal ya que la Corte había justificado la aplicación del Art. 164 del COT, de modo que por casación en la forma no sería revisable.

Respecto del recurso sobre la media prescripción, sostuvo en el considerando noveno que *“el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos. Sin embargo, como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo impugnado declaró expresamente en sus fundamentos 4º y 5º, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria en el motivo 6º, cabe sostener que **por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento***

²⁹⁶ Causa Rol N°5.706-2015, Corte Suprema.

*justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie*²⁹⁷ (el destacado es nuestro). Además, “la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó”²⁹⁸. Por estas razones acoge el recurso de casación en el fondo. En este caso, se puede prescindir del ER y llegar a la misma conclusión, como lo hace el fallo en cuestión.

Finalmente, respecto de la casación por la prescripción de la acción civil, sostuvo que “*tratándose de un delito de lesa humanidad -lo que en la especie ha sido declarado-, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito*”²⁹⁹. De este modo, “*cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento desigual es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama. Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente*”³⁰⁰.

²⁹⁷ Idem., p. 10.

²⁹⁸ Idem.

²⁹⁹ Idem., pp. 11-12.

³⁰⁰ Idem., p. 12.

Este deber de indemnizar se extiende hacia el Estado, recogido en la CADH y que no puede ser desconocido a pretexto de norma interna, tal y como se señala en el considerando décimo quinto. Por lo demás, esto compromete interés público y aspectos de justicia material que no deben ser desconocidos. Finalmente, el régimen de responsabilidad del Estado se rige por disposiciones internacionales, constitucionales y administrativas, no solo por el Derecho Civil.

Cabe señalar que el haber acogido la casación en el fondo del querellante y del Ministerio del Interior fue adoptado con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas, quienes estuvieron por confirmar en ello el fallo ya que la media prescripción es de naturaleza y efectos diferentes a la prescripción, una atenuando y la otra eximiendo, siendo norma de orden público que debe obligatoriamente ser aplicada sin tener impedimento legal, constitucional ni internacional alguno que obste a su aplicación. Dicho de otra forma, estos disidentes recogen el voto que era mayoritario hasta hace poco antes de esta sentencia.

Esta sentencia es relevante porque se pronuncia sobre el alcance amplio de la imprescriptibilidad, afectando tanto a la prescripción penal (punto que no es debatido en ninguna de las sentencias analizadas) como la media prescripción, volviendo al criterio de la causa Rol N°4.300-2014 olvidado por la causa Rol N°27.960-2014, y así también respecto de la indemnización civil, afirmando la tendencia comenzada por la causa Rol N°17.037-2013.

Las siguientes causas se siguieron bajo los **Roles N°s 11.208-2015³⁰¹** y **9.652-2015³⁰²** y fueron falladas con fecha 09 y 21 de diciembre de 2015, en la que se interpuso casación en el fondo por parte de los demandantes por haber acogido en segunda instancia la prescripción, sin aplicar el Derecho Internacional respectivo y aplicando mal las disposiciones internas, pues siendo un delito permanente no puede comenzar a correr el plazo de prescripción.

Al respecto, la Corte sostuvo que *“en esta clase de delitos, en que la acción penal persecutoria es imprescriptible, **no resulta coherente entender que la acción civil***

³⁰¹ Causa Rol N°11.208-2015, Corte Suprema.

³⁰² Causa Rol N°9.652-2015, Corte Suprema.

*indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, la que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito*³⁰³. Enseguida, “*cualquier pretendida diferenciación entre ambas acciones y otorgarles un tratamiento desigual es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama. Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes como los de la especie, posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, resulta improcedente, por cuanto la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4º que las disposiciones especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código, lo que es pertinente a las nuevas realidades y situaciones emergentes, como sucede en este caso*”³⁰⁴.

Luego, el tribunal debe integrar este vacío normativo, y haciendo uso de lo dispuesto por el Art. 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que alude a los principios generales, se estima que las acciones reparatorias provenientes de violaciones a los DDHH son imprescriptibles, teniendo un derecho de reparación que alcanza al mismo Estado, habiendo sido reconocido más no creado por el Derecho Internacional, como se consigna en el considerando cuarto.

En virtud de la CADH se tiene derecho a una reparación integral, normativa que no puede dejar de ser aplicada en virtud de norma interna, por lo que en este aspecto el Código Civil es inaplicable, además de por comprometer aspectos de interés público y justicia material. Así, esta responsabilidad está regulada por el Derecho Internacional y el *Ius Cogens*, así como por disposiciones constitucionales y administrativas, que impiden la aplicación del Código Civil en cuanto a la prescripción, por lo que se acoge el recurso, sin tener que acudir al ER al efecto.

³⁰³ *Idem.*, p. 5.

³⁰⁴ *Idem.*, p. 6.

Esta sentencia viene a reafirmar la tendencia jurisprudencial actual, en orden a que la imprescriptibilidad alcanza también a la acción civil y no es únicamente referida a la acción penal, como se ha tenido ocasión de desarrollar.

Otro tanto pero a la inversa ocurre en la causa **Rol N°22.856-2015**³⁰⁵, que fue fallada con fecha 29 de diciembre de 2015, en la que es el Fisco quien dedujo casación siendo ésta rechazada por los mismos argumentos recién considerados.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°12.527-2015**³⁰⁶ y también fue fallada con fecha 09 de diciembre de 2015, la cual consistió en un homicidio simple por el cual se dedujo recurso de casación, ya que al ser homicidio simple y no calificado no podría calificarse como CLH y por tanto, estaría prescrito.

Al respecto, la Corte sostuvo que ***“no solo el homicidio calificado es crimen de lesa humanidad, también puede serlo un homicidio simple, pues tanto la preceptiva internacional como nacional relativa a la materia, en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Ley N° 20.357, son contestes en considerar que las acciones que los constituyen deben formar parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, además del conocimiento de dicho ataque por parte del agente. Como afirmó el fallo en estudio, el delito de la especie claramente se inscribe como parte del patrón de atentados que se ejecutaban diariamente por agentes estatales contra esa población, los que no eran desaprobados, reprochados ni menos debidamente perseguidos por las autoridades estatales. Estas circunstancias se hallan sobre los criterios contenidos en el numeral 1° del artículo 391 del Código Penal***³⁰⁷.

Cabe señalar, en todo caso, que el rechazo de la casación fue acordado con el voto en contra de Cisternas y Dolmestch, quienes estuvieron por acoger el recurso y declarar por consiguiente la prescripción del ilícito ya que *“el mérito de autos no permite concluir que el toque de queda y su control, en los hechos aquí investigados, sean medios o instrumentos de una actividad sistemática de la unidad policial correspondiente -o de agentes determinados del Estado o de este mismo- encaminada a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo; sino, más bien, la implantación*

³⁰⁵ Causa Rol N°22.856-2015, Corte Suprema

³⁰⁶ Causa Rol N°12.527-2015, Corte Suprema.

³⁰⁷ Idem., p. 4.

*de un mecanismo general de seguridad y control de la población, que suele utilizarse en estados de excepción, como lo es el estado de sitio, y que es ordenado por la autoridad - jefe de plaza- que regula el funcionamiento o desarrollo del estado de excepción específico, del todo diferente de aquellas que dirigen los grupos u organizaciones que han desarrollado actividades delictivas de lesa humanidad*³⁰⁸.

Esta sentencia es relevante porque incluye al homicidio simple como posible crimen de lesa humanidad, adhiriéndose con ello a la tendencia anglosajona que interpreta el Art. 7 del Estatuto de Roma, no así la tendencia francesa, para quien solo sería posible el crimen de lesa humanidad con un homicidio calificado. Esta distinción deriva de cómo las delegaciones interpretaron el homicidio como crimen de lesa humanidad, si acaso solo es homicidio calificado o si también incluye al homicidio simple como opción.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°7.741-2015**³⁰⁹ y fue fallada con fecha 11 de enero de 2016, la cual consistió en una causa civil de indemnización de perjuicios por la cual la parte demandante dedujo recurso de casación en la forma por haber disminuido el monto de la indemnización sin que ello haya sido solicitado, y por decisiones contradictorias, y un recurso de casación en el fondo por incumplir los tratados internacionales, disposiciones constitucionales y de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que regulan la reparación integral del daño ocasionado (y no parcial) sin discriminaciones (sin distinguir entre parentesco o relación con la víctima, por ejemplo, al ser ex conviviente y madre de dos hijos no matrimoniales, como ocurrió en el caso).

Por su parte, el Fisco dedujo casación en el fondo por haber ya recibido compensación a raíz de la Ley N°19.123 y porque no se aplicaron las normas de prescripción civil (Arts. 2497 y 2332) y en cambio se aplicó falsamente las disposiciones internacionales (PIDCP, CADH, CG y Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias) que no establecen la imprescriptibilidad genérica sino solo de la acción penal.

³⁰⁸ Idem., p. 6.

³⁰⁹ Causa Rol N°7.741-2015, Corte Suprema.

En cuanto a lo primero, la Corte rechaza el recurso porque no habría ultrapetita considerando que el Fisco demandado objetó el monto de la indemnización a raíz de la compensación dispuesta en paralelo por la Ley N°19.123, por lo que el monto si era objeto de debate. Asimismo, se rechaza la casación en la forma fundada en las decisiones contradictorias ya que lo que se alega es una diferencia entre el considerando y lo resolutivo, y no una contradicción en la decisión.

En cuanto a lo segundo, el recurso de casación en el fondo resulta rechazado ya que si se les reconoció la calidad de víctima y se le indemnizó, aunque en un monto inferior del demandado, pero igualmente hubo resarcimiento. Asimismo, se rechazó la casación en el fondo por el desconocimiento de la relación de la ex conviviente con la víctima ya que ello no fue probado en el juicio.

Finalmente, en cuanto a lo tercero (casación del Fisco), se sostiene que no hay incompatibilidad alguna con la reparación de la Ley N°19.123 y que la prescripción civil de un CLH no resultaría coherente con la imprescriptibilidad que ordenan las disposiciones internacionales, incorporadas en Chile vía Art. 5 CPR, por lo que no es posible aplicar disposición interna (Código Civil). Por lo tanto, *“cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento desigualado es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama”*³¹⁰. Esta reparación afecta también al Estado, no siendo posible alegar ni la prescripción penal ni la civil, como ha sido reconocido por el orden internacional y, conforme al control de convencionalidad, la judicatura debe adecuarse a ello, sin que pueda aplicarse el Código Civil sin contradecir la legislación internacional. Lo anterior compromete además un asunto de interés público y de justicia material que no puede ser desconocido. Por lo tanto, se rechaza la casación en el fondo deducida por el Fisco.

Como se observa, esta sentencia reitera la tendencia jurisprudencial en orden a rechazar la prescripción civil, dándole un alcance amplio a la imprescriptibilidad dispuesta por los tratados internacionales.

³¹⁰ Idem., p. 12.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°3.975-2016**³¹¹, fallada con fecha 29 de marzo de 2016, en la que el Fisco de Chile deduce recurso de casación en el fondo por los mismos argumentos que hemos venido desarrollando, vale decir, incompatibilidad de la indemnización con la compensación de la Ley N°19.123, inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil, falsa aplicación de los tratados internacionales e infracción a las normas reguladoras de la prueba en cuanto al daño moral alegado.

Al respecto, la Corte falla sosteniendo nuevamente lo ya indicado, es decir, que no resulta coherente someter el régimen de prescripción penal y civil a regulaciones diferentes proviniendo ambas acciones de un mismo hecho (CLH) que conforme a las disposiciones internacionales resulta imprescriptible, extendiéndose además al Estado mismo, como se consigna en los considerando quinto y sexto de la sentencia. Así, el deber de reparación se establece en las disposiciones internacionales, que no pueden quedar sin aplicación a pretexto de norma interna, pues han sido incorporados al Derecho chileno y no aplicarlo comprometería la responsabilidad internacional del Estado de Chile, por lo que no resultan aplicables las normas de prescripción de la acción civil. Finalmente, al igual que el resto de la jurisprudencia antes analizada, se menciona que esto compromete el interés público y la justicia material, debiendo procederse a la indemnización y reparar íntegramente el daño, dando preferencia a la disposición internacional por sobre la nacional.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°2.289-2015**³¹², fallada en la misma fecha que el recurso anterior, que consistió en un recurso de casación interpuesto por la parte demandante fundada en que no se dio aplicación a la reparación integral que ordena la Convención contra la Tortura y por no considerar el Art. 108 del Código Procesal Penal en cuanto al concepto de víctima y la legitimación activa para proceder. Por su parte, el Fisco dedujo casación por la incompatibilidad entre la indemnización solicitada y la compensación recibida en virtud de las leyes N°s 19.992 y 19.123, y por la no aplicación de las disposiciones sobre prescripción de la acción civil conforme al Código Civil, y la falsa aplicación de los tratados internacionales en cuestión.

³¹¹ Causa Rol N°3.975-2016, Corte Suprema.

³¹² Causa Rol N°2.289-2015, Corte Suprema.

La Corte, en cuanto a lo primero, sostiene que la determinación del monto a indemnizar corresponde al juez de la instancia, de modo que sobre ello se rechaza el recurso de casación, como se expresa en el considerando cuarto, así como también se rechaza la casación en cuanto a la falta de legitimación activa por falta de agravio.

Por su parte, respecto de la casación del Fisco, la Corte sostiene la misma tesis que hemos venido desarrollando, desde el considerando séptimo, es decir, que proviniendo el daño de un CLH no resulta coherente dar una regulación diferente a la prescripción civil y penal, ambas incorporadas en el derecho a reparación que consignan los tratados internacionales, incorporados en el Derecho interno, y que se extiende este deber de indemnizar al Estado mismo y no solo al victimario. De esta forma, se reconoce el deber de reparación integral e imprescriptible, cuyo rechazo haría incurrir al Estado de Chile en responsabilidad internacional, comprometiendo además el interés público y justicia material, teniendo preferencia la norma internacional por sobre la norma interna. Por este motivo y porque no hay incompatibilidad alguna con las demás compensaciones recibidas, la Corte decide rechazar también el recurso del Fisco.

Cabe señalar que la decisión fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Fuentes y del Abogado Integrante Sr. Prado, quienes estuvieron por acoger el recurso del Fisco y dar aplicación a las normas del Código Civil sobre la prescripción de la acción patrimonial intentada, recogiendo lo que hasta hace poco era la tendencia jurisprudencial, como se ha analizado supra. Señalan además que la CADH y el PIDCP entraron en vigencia después de la comisión de los hechos, que además no establecen la imprescriptibilidad genérica. Es más, las CG y la Convención de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios solo se refieren a la acción penal, y siendo la prescripción un principio general, entienden estos disidentes que se deben aplicar los Arts. 2497 y 2332 del Código Civil y declarar prescrita la acción.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°19.624-2016**³¹³, fallada con fecha 16 de mayo de 2016, que consistió en una solicitud de extradición activa a tramitarse en EEUU por la responsabilidad de los imputados en los delitos de homicidio y de asociación ilícita, en el contexto de CLH. Al respecto, la Corte concedió la extradición por el delito de homicidio más no el de la asociación ilícita ya que este último no se encontraba en el

³¹³ Causa Rol N°19.624.2016, Corte Suprema.

listado de ofensas extraditables dispuestas por el tratado entre ambos países. Sin perjuicio de ello, es interesante este fallo porque señala que el delito de homicidio no se encuentra prescrito al ser un CLH, cumpliéndose también con dicho requisito, y porque afirmó la participación de los imputados sobre la base del Art. 15 N°3 del Código Penal.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°14.283-2015**³¹⁴, fallada con fecha 18 de mayo de 2016, que consistió en un homicidio calificado siendo condenados los imputados como autores y otros como cómplices del referido ilícito, mientras que otros absueltos del mismo. Luego, se interpuso un recurso de casación en el fondo por parte de la Defensa ya que no se acogieron las excepciones de prescripción y de amnistía ni tampoco la atenuante de la media prescripción, fundándolo en que no eran CLH pues no fueron cometidos en razón del pensamiento político y porque no resultan aplicables los CG al no existir conflicto bélico no internacional, debiendo declararse la prescripción o el sobreseimiento por la amnistía, o bien al menos la media prescripción.

Por su parte, el Consejo de Defensa del Estado interpuso casación por la incompatibilidad de la indemnización con la compensación recibida en virtud de la Ley N°19.123 y además, porque no se declaró la prescripción conforme a la norma civil dando una falsa aplicación a los tratados internacionales que no establecen la imprescriptibilidad genérica y que fueron aprobados con posterioridad a los hechos.

Finalmente, el Ministerio del Interior dedujo recurso de casación fundado en que la participación que le cabía a los imputados era de autores, no así de cómplices, ya que siendo choferes de los vehículos sabían a donde se dirigían y con qué objeto, contribuyendo con ello al hecho.

Al respecto, la Corte sostuvo que efectivamente se trata de un homicidio calificado por la circunstancia calificante de la alevosía, y que se trata de un CLH *“toda vez que el ilícito pesquisado ocurrió en un contexto propio de tal categoría de ilícitos. En efecto, se encuentra establecido en el proceso la existencia de un conflicto armado, sin carácter internacional, situación que torna aplicable plenamente los Convenios de Ginebra y que impone la prohibición de precisas y determinadas conductas (en lo que interesa para este proceso, los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en*

³¹⁴ Causa Rol N°14.283-2015, Corte Suprema.

todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios) respecto de las personas que no participen en las hostilidades”³¹⁵, cuya característica principal “es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente”³¹⁶.

Enseguida, continúa el fallo, “tanto la preceptiva internacional como nacional relativa a la materia en estudio, en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Ley N° 20.357 del año 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, respectivamente, así como la jurisprudencia de los Tribunales y organismos internacionales hoy es conteste en reconocer la existencia de cada vez mayores y más complejos escenarios en los que se cometen delitos contra la humanidad y que exceden a los conflictos armados o de guerras declaradas, precisamente, porque tales enfrentamientos ya no son lo que fueron al nacimiento de los conceptos de crimen de guerra y delitos de lesa humanidad, fraguados hacia la década de 1940, en plena segunda guerra mundial y usados en sentido no técnico desde antes, en 1915. Esta evolución, marcada por las innumerables formas que han ido adquiriendo los delitos que atentan contra el ser humano, ha llevado a diversos autores a precisar que los delitos de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempo de guerra como de paz”³¹⁷, como ha sido reconocido en la Convención de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios, el Estatuto del Tribunal de Ruanda y el ER.

En 1954 se definía al CLH como “los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”. Al referido concepto se ha agregado que las acciones deben ser “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, cuestión que aparece suficientemente demostrada en los

³¹⁵ *Idem.*, p. 10.

³¹⁶ *Idem.*, pp. 10-11.

³¹⁷ *Idem.*, p. 11.

*antecedentes de esta causa*³¹⁸. Así, los hechos de la causa encuadran como CLH, y por tanto, imprescriptibles e inamnistiables.

En cuanto a la media prescripción, sostiene el fallo, que *“por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, **la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como los de la especie**”*³¹⁹.

Por su parte, respecto del recurso deducido por el Ministerio del Interior, se rechaza por no ser pertinente su debate en sede de casación, mientras que respecto a la casación civil del Fisco, sostiene que *“tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, **no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta contrario a derecho declarar prescrita la acción intentada por la actora contra el Estado de Chile**”*³²⁰. Así, no es posible invocar norma interna para incumplir disposiciones internacionales, conforme al Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Cabe señalar que la sentencia se adoptó con el voto en contra de los Ministros Sres. Kunsemuller y Cisternas, quienes estuvieron por acoger la media prescripción por los argumentos que antes eran el voto mayoritario, según hemos analizado más arriba, es decir, la independencia de la media prescripción como institución en relación a la prescripción, con fundamentos y finalidades diferentes, una para eximir, la otra para

³¹⁸ Idem., p. 12.

³¹⁹ Idem., p. 13.

³²⁰ Idem., p. 15.

atenuar, en razón de lo irracional que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, sin que ello importe la eximición de la pena, y porque siendo norma de orden público y sin obstáculo constitucional o internacional para aplicar esta atenuante, debe aplicarse.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°14.343-2016**³²¹, fallada con fecha 08 de junio de 2016, la cual consistía en una demanda de indemnización de perjuicios que había sido rechazada por prescripción, deduciéndose el respectivo recurso de casación en el fondo por haber aplicado el Código Civil en circunstancias que la responsabilidad del Estado en esta materia se regula por la Constitución, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y por disposiciones internacionales, como los CG y la CADH.

Al respecto, la Corte falla reiterando la jurisprudencia que es ahora la tendencia en orden a que siendo CLH, no corresponde la prescripción (ni de la acción penal, ni la civil), ya que *“no resulta coherente entender que la acción civil que de ellos deriva esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, la que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito”*³²². Enseguida, la Corte reitera el mismo razonamiento al que ya nos hemos referido supra, rechazando la prescripción de la acción civil. Asimismo, la decisión también fue adoptada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Lagos por las mismas consideraciones de los que ahora son voto disidente, que antes eran mayoría, es decir, que la acción es de naturaleza patrimonial rigiendo a su respecto el Código Civil, y que no hay norma internacional que establezca la imprescriptibilidad genérica, de modo que la acción está prescrita sobre la base de los Arts. 2332 y 2497 del Código Civil.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°11.198-2015**³²³, fallada con fecha 20 de junio de 2016, la cual consistió en un secuestro calificado por el cual se interpuso casación en el fondo dada la obediencia debida y por la media prescripción, que es una institución diferente a la prescripción. Por su parte, el Consejo de Defensa del Estado

³²¹ Causa Rol N°14.343-2016, Corte Suprema.

³²² Idem., p. 4.

³²³ Causa Rol N°11.198-2015, Corte Suprema.

dedujo casación por la incompatibilidad de la indemnización con la compensación de la Ley N°19.123 y por no haber aplicado la prescripción del Código Civil existiendo una falsa aplicación de las disposiciones internacionales.

Respecto de lo primero, la Corte rechaza la casación porque la alegación se basa en hechos ya asentados en el fallo, en cuanto a las órdenes, mientras que en cuanto a la media prescripción se indica que se rechazó por la imposibilidad de contabilizarla dado el secuestro como delito permanente, y por ser CLH, cuestiones que el fallo ratifica en el considerando sexto, sin haber infracción jurídica.

Respecto de la casación en su aspecto civil, la Corte ratifica la actual tendencia señalando que la imprescriptibilidad alcanza a la acción civil, por los argumentos que ya hemos comentado y que la sentencia reitera.

Cabe señalar que la decisión se acordó con la prevención de los Ministros Sres. Juica y Brito quienes estuvieron por rechazar la media prescripción no solo por la imposibilidad de contabilizar el plazo sino que también porque no resulta aplicable para CLH, por los argumentos que ya se han analizado. A su turno, el Ministro Sr. Fuentes fue de la tesis de aplicar la media prescripción, por los argumentos que antes eran mayoritarios, como hemos analizado, quien estuvo además por acoger la casación del Fisco.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°173-2016**³²⁴, fallada con la misma fecha que el fallo recién analizado, y consistió en un secuestro calificado por el cual una de las Defensas presentó un recurso de casación fundado en la falta de pruebas para condenar y en subsidio por no haber aplicado ni la prescripción ni la media prescripción, sin que el hecho sea crimen de lesa humanidad. A su vez, otra de las Defensas presentó casación por vicio formal de no consignar todas las pruebas tenidas a la vista para condenar y por tener por acreditada la participación careciendo de prueba al respecto. Por su parte, el Consejo de Defensa del Estado dedujo casación contra la decisión civil por su incompatibilidad con las compensaciones de la Ley N°19.123, falta de aplicación de las disposiciones del Código Civil sobre la prescripción y falsa aplicación de los tratados

³²⁴ Causa Rol N°173-2016, Corte Suprema.

internacionales que no alcanzan a cubrir la acción civil y que son posteriores a la fecha de los hechos.

Al respecto, la Corte decidió rechazar el primero de los recursos por defectos formales pero además, porque al ser un delito de lesa humanidad éste no prescribe, lo cual alcanza también a la media prescripción por compartir un mismo origen, como se consigna en el considerando décimo. Así, *“dado que la prescripción y la media prescripción se fundan en el transcurso del tiempo, y que el Derecho Internacional Humanitario proscribe la extinción de la responsabilidad penal con tal justificación, no puede sino concluirse que el impedimento también alcanza necesariamente a la reducción de la pena, pues no se advierte razón para que en este último caso el tiempo pueda producir efectos sobre el castigo”*³²⁵.

En cuanto al segundo de los recursos, se rechazó por falta de preparación del mismo y por no incluir infracciones a las normas reguladoras de la prueba, siendo realmente una discrepancia en cuanto a la valoración de la prueba, punto que no es objeto del recurso de casación, como se consigna en el considerando décimo tercero.

Finalmente, en cuanto al recurso deducido por el Fisco, reitera la misma jurisprudencia que ya hemos analizado, estableciendo la imprescriptibilidad también de la acción civil por provenir de un delito de lesa humanidad, regulándose por disposiciones internacionales, sin que proceda diferenciar entre acción penal y civil y sin que se pueda invocar norma interna para incumplir la obligación internacional, a riesgo de incurrir en responsabilidad internacional, considerando además el interés público asociado y aspectos de justicia material.

Cabe señalar que el fallo se adoptó con la prevención del Ministro Sr. Kunsemuller en orden a que la media prescripción no puede contabilizarse tratándose de un delito permanente, en que no consta ni el deceso ni la puesta en libertad, sin tener una fecha clara para el inicio del cómputo. Por su parte, el Ministro Sr. Fuentes estuvo por casar de oficio y reconocer la media prescripción por los argumentos que anteriormente eran la postura mayoritaria de la Corte, y así también estuvo por acoger la casación del Fisco por prescripción, ya que los tratados internacionales, posteriores a la fecha de los hechos, no

³²⁵ Idem., p. 13.

establecen la imprescriptibilidad genérica sino solo del aspecto penal, y siendo la prescriptibilidad la regla general, la acción se encontraría prescrita conforme a los Arts. 2497 y 2332 del Código Civil.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°28.650-2016**³²⁶, fallada con fecha 28 de septiembre de 2016, que consistió en una causa por tormentos por la cual una de las Defensas dedujo recurso de casación por fallarse en contra de otra sentencia pasada en cosa juzgada y por no considerar ni la media prescripción ni el cumplimiento de órdenes como atenuante, y otra de las Defensas lo interpuso por demencia (Art. 10 N°1).

Al respecto, la Corte sostuvo que no había cosa juzgada por no cumplirse con la doble identidad entre el hecho punible y el sujeto imputado por cuanto no se comprobó que haya sido el mismo sujeto el investigado en dicha causa. En segundo lugar, en relación a la media prescripción y el cumplimiento de órdenes, la Corte sostuvo que no procedía la media prescripción por ser hechos imprescriptibles, siendo ambas instituciones reguladas en el mismo título y considerando el mismo elemento como criterio base. Por su parte, se rechaza la atenuante de órdenes superiores porque no se comprobó y porque *“acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto de servicio’, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar). Las mismas consideraciones impiden atender la alegación de la defensa fundada en la contravención del artículo 214 del Código de Justicia Militar”*³²⁷, lo cual acoge al menos materialmente parte del tratamiento que el ER otorga a las órdenes superiores.

Finalmente, en cuanto a la demencia, la Corte sostuvo que no se había comprobado aquella y que por lo demás, se exigiría que lo fuera en el momento del delito, en circunstancias que la demencia alegada se habría producido con posterioridad, situación prevista por la ley penal diferente a la inimputabilidad por locura o demencia.

³²⁶ Causa Rol N°28.650-2016, Corte Suprema.

³²⁷ Idem., p. 15.

Cabe señalar que el fallo fue con la prevención del Ministro Sr. Kunsemuller que estuvo por no aplicar la media prescripción por las particularidades del caso y con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas que estuvo por acoger la prescripción gradual.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°28.581-2016**³²⁸, fallada con fecha 24 de octubre de 2016, que consistió en unos recursos de casación fundados en que no se aplicó la media prescripción y en infracciones a las leyes reguladoras de la prueba. Respecto de lo primero, la Corte reitera la tendencia jurisprudencial rechazando la media prescripción por estar regulada en un mismo título que la prescripción y basándose en el mismo elemento: el tiempo. Así, están vinculadas, lo cual lleva a que si por ser CLH no prescriben, tampoco procede la prescripción gradual, dada además la proporcionalidad de la pena. A su turno, rechaza además el otro recurso por no comprobarse infracción a las leyes reguladoras de la prueba sino simplemente una discrepancia en cuanto a su valoración.

Cabe señalar que el fallo también lo fue con la prevención del Ministro Sr. Kunsemuller en el mismo sentido que el fallo recién analizado, y con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas y del Abogado Integrante Sr. Lagos, quienes estaban por acoger la prescripción gradual por los mismos argumentos ya desarrollados.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°88.995-2016**³²⁹, fallada con fecha 22 de noviembre de 2016, que consistió en una apelación de un recurso de amparo dada la negativa a la libertad condicional solicitada por un interno condenado por CLH, respecto a lo cual la Corte sostuvo que *“todo individuo condenado a una pena privativa de libertad de más de un año de duración, “tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional”, siempre que cumpla con los requisitos objetivos que enuncia: 1° Haber cumplido -como regla general- la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva; 2° Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena; 3° Haber aprendido bien un oficio; y, 4° Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten*³³⁰. No obstante, en relación a los condenados a presidio perpetuo, debe cumplirse al menos los

³²⁸ Causa Rol N°28.582-2016, Corte Suprema.

³²⁹ Causa Rol N°88.995-2016, Corte Suprema, adjuntada en Anexo N°9.

³³⁰ Idem., p. 1.

20 años de presidio. De esta forma, la Corte entiende que no se ha contravenido la norma, confirmando la sentencia.

Lo interesante del caso radica además en el voto disidente del Ministro Sr. Muñoz y el Abogado Integrante Sr Pizarro, quienes consideraron que al ser CLH, “**impide otorgarle el beneficio de la libertad condicional, por contrariar los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que señalan que la ausencia de “penas apropiadas” aplicadas a personas que han cometido aquella clase de delitos, es uno de los elementos que caracterizan la impunidad, extendiendo dicha premisa a la falta del efectivo cumplimiento de las condenas que se le hayan impuesto en un juicio en que han operado las garantías legales en plenitud**”³³¹.

Además, el Sr. Pizarro consideró además que el “**informe psicológico elaborado con motivo de este proceso de postulación a la libertad condicional, da cuenta que el amparado tiene insuficiente conciencia del delito y mediana conciencia del daño y mal causado con ese delito que, como ya se ha dicho, es calificado como de lesa humanidad, lo que obsta a concluir que éste se encuentre corregido y rehabilitado para la vida en sociedad como demanda el artículo 1° del D.L. N°321 para acceder a la libertad condicional**”³³².

Este análisis se asemeja más a lo dispuesto en el Art. 110 del Estatuto de Roma, que si bien no impide la aplicación de beneficios, es más exigente que cualquier caso común, aunque el análisis se hace a partir de la norma internacional general, sin mencionar si quiera esta disposición.

La siguiente causa se siguió bajo el **Rol N°15.963-2016**³³³, fallada con fecha 01 de diciembre de 2016, que consistió en un recurso de casación por no aplicar la media prescripción y la atenuante del cumplimiento de órdenes del Art. 211 y 214 del CJM, por un lado (interpuesto por la Defensa), y en la incompatibilidad de la indemnización con la compensación de la Ley N°19.123, la falta de aplicación de las disposiciones del Código Civil relativas a la prescripción y la falsa aplicación de tratados internacionales, por el otro lado (interpuesto por el Fisco).

³³¹ Idem., pp. 2-3.

³³² Idem., p. 3.

³³³ Causa Rol N°15.963-2016, Corte Suprema.

La Corte, al respecto, no innova, rechazando la media prescripción penal y el cumplimiento de órdenes, una por basarse en el tiempo y estar reguladas en el mismo título que la prescripción, y siendo improcedente ésta, también lo es aquélla, en relación al homicidio calificado por alevosía y premeditación conocida en el contexto de CLH, y la otra por no tenerse por acreditado. Por su parte, en cuanto a la casación del Fisco, tampoco innova, siguiendo la tendencia jurisprudencial de rechazarlo por los mismos argumentos que ya hemos desarrollado y que se tienen por reproducidos.

La sentencia, a su turno, fue acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Kunsemuller y Cisternas, quienes estuvieron por acoger la prescripción gradual, por los mismos argumentos que también ya han sido desarrollados en extenso, a lo cual nos remitimos, en el sentido de que es una institución diferente a la prescripción, con fundamentos y efectos diferentes, de orden público y sin impedimento para su aplicación.

Esto luego es confirmado en la causa **Rol N°62.032-2016**³³⁴, fallada con fecha 14 de diciembre de 2016, con la salvedad que concurre al voto con la prevención del Ministro Sr. Kunsemuller considerando que el secuestro es un delito permanente cuya fecha de origen para el computo de la media prescripción no es posible fijar, y con la prevención del Abogado Integrante Sr. Matus de que tampoco tenía influencia sustantiva en lo dispositivo del fallo, por ser facultativo del tribunal. Finalmente, fue con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas, por las mismas razones ya señaladas.

Así también fue confirmado en la causa **Rol N°95.095-2016**³³⁵, fallada con fecha 05 de diciembre de 2017, en la que se desestimó la media prescripción por los mismos argumentos ya analizados, es decir, porque considera el tiempo como criterio base, se regula en el mismo título que la prescripción total, y si una no es posible en el CLH, tampoco lo es la otra.

A su vez, los Ministros Sres. Kunsemuller y Cisternas fueron del parecer de acoger la media prescripción por fundarse y tener efectos diferentes e independientes a la

³³⁴ Causa Rol N°62.032-2016, Corte Suprema.

³³⁵ Causa Rol N°95.095-2016, Corte Suprema.

prescripción, y como norma humanitaria y de orden público, sin impedimento para su aplicación, correspondería aplicarla.

Finalmente, la última causa analizada se siguió bajo el **Rol N°30.328-2017**³³⁶, fallada con fecha 12 de julio de 2017, que consistía en la solicitud de un indulto por parte de condenados en Punta Peuco al Gobierno de la entonces Presidenta Michelle Bachelet. Al respecto, se interpuso recurso de protección y luego apelación, confirmándose su rechazo ya que no había ilegalidad alguna en su actuar, fundando la demora y utilizando las facultades que son privativas del Presidente de la República.

Sin perjuicio de todas las sentencias ya estudiadas que agotaban la búsqueda por el criterio de “*crímenes de lesa humanidad*” en los dos buscadores utilizados, estimamos prudente incluir en nuestro análisis las causas **Roles N°s 16.817-2018**³³⁷, **16.819-2018**³³⁸, **16.820-2018**³³⁹, **16.821-2018**³⁴⁰, **16.822-2018**³⁴¹, **16.958-2018**³⁴² y **16.961-2018**³⁴³, falladas con fecha 30 y 31 de julio de 2018, ya que originaron cierta polémica pública incluyendo la interposición de una acusación constitucional en contra de los Ministros Sres. Dolmestch, Valderrama y Kunsemuller.

La polémica surgió porque en dichas causas la Sala Penal de la Corte Suprema decidió revocar o confirmar, según sea el caso, los recursos de amparo interpuestos por los condenados por CLH luego de que les denegaran sus solicitudes de acceder a la libertad condicional. Con la revocación o afirmación en su caso, pudieron salir en libertad. Lo anterior originó un debate en torno al alcance del deber de persecución, la aplicación e interpretación de los tratados internacionales de buena fe, el control de convencionalidad, el no provocar la impunidad de crímenes contra los DDHH, y las posibilidades de acceder a beneficios de los internos.

³³⁶ Causa Rol N°30.328-2017, Corte Suprema.

³³⁷ Causa Rol N°16.817-2018, Corte Suprema, adjuntada en Anexo N°10.

³³⁸ Causa Rol N°16.819-2018, Corte Suprema.

³³⁹ Causa Rol N°16.820-2018, Corte Suprema.

³⁴⁰ Causa Rol N°16.821-2018, Corte Suprema.

³⁴¹ Causa Rol N°16.822-2018, Corte Suprema.

³⁴² Causa Rol N°16.958-2018, Corte Suprema.

³⁴³ Causa Rol N°16.961-2018, Corte Suprema.

Como punto final se presentó con fecha 22 de agosto de 2018 una acusación constitucional contra los Ministros indicados por notable abandono de deberes, en cuanto 1) no aplicaron el control de convencionalidad necesario de los tratados y la jurisprudencia internacional, conforme a la buena fe, interpretación pro homine y evolutiva, y sin poder invocar norma interna para incumplir el tratado en cuestión, dejando sin aplicar el Art. 110 del ER, y 2) por facilitar la impunidad en contra de los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de DDHH. En paralelo, se presentaron las consultas respectivas a la Comisión Interamericana de DDHH. Esta acusación fue luego rechazada en la Cámara de Diputados.

Analizando estos fallos, se sostiene en uno de ellos que *“aun cuando el párrafo 3 del Art. 110 del Estatuto de Roma establece restricciones para la reducción de la pena a quienes hayan sido condenados, entre otros, por crímenes de lesa humanidad -como se califica el cometido por el amparado-, tales limitaciones rigen solo para la rebaja de sanciones impuestas por la Corte Penal Internacional establecida por dicho Estatuto”*³⁴⁴, y a su vez, *“que el legislador nacional, en diversas oportunidades, la última de ellas mediante la Ley N°20.931 de 05 de julio de 2016, ha aumentado el tiempo mínimo de la pena que se debe servir para acceder a la libertad condicional, tratándose de diversos delitos en que estima necesaria tal restricción, sin incluir los delitos tratados en el Estatuto de Roma o en la Ley N°20.357 de 18 de julio de 2009”*³⁴⁵. Asimismo, tampoco se han introducido nuevos elementos o requisitos en el Decreto Ley N°321 sobre Libertad Condicional como si se hizo en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios para efectos de los permisos de salida (aportar antecedentes serios y efectivos). Por otro lado, se afirma que *“las Convenciones suscritas por Chile en materias de DDHH no impiden reconocer a los condenados su derecho a reincorporarse a la sociedad mediante mecanismos como la Libertad Condicional”*³⁴⁶.

A mayor abundamiento, sostienen los fallos que *“lo que se ha venido reflexionando no conlleva desconocer la particular gravedad de los crímenes de lesa humanidad como aquel por el que cumple condena el amparado, sin embargo, tal carácter ya fue considerado para excluir la extinción de la responsabilidad penal -y civil- que operaría en delitos comunes, por causales como la amnistía y la prescripción, así como para fijar la*

³⁴⁴ Causa Rol N°16.817-2018, Corte Suprema, p. 2.

³⁴⁵ Idem.

³⁴⁶ Idem., p. 4.

*cuantía de la pena y, por consiguiente, determinar su cumplimiento efectivo, de manera que, no resulta razonable considerarlo nuevamente, esta vez, para negar de manera absoluta el acceso a la libertad condicional*³⁴⁷.

Así, estas sentencias son relevantes porque se pronuncian sobre el último criterio que observaremos en el presenta trabajo, cual es los beneficios y la libertad condicional, ya que la legislación del ER varía un poco en relación a la legislación nacional, tal y como se hace notar en los fallos en cuestión, según se ha mencionado.

³⁴⁷ Idem., p. 6.

CAPÍTULO III

Contrastación de la Jurisprudencia con la Hipótesis de Trabajo **Análisis de Argumentos**

Consideramos que la mejor forma de comenzar este capítulo es con un análisis esquematizado de la jurisprudencia analizada en extenso en el capítulo anterior. Para ello, cabe recordar los criterios por los que serán analizados, cuales son la naturaleza del crimen como CLH o crímenes de guerra, el tipo penal por el que se sanciona, la forma de participación y la doctrina del dominio del aparato organizado de poder, improcedencia de la prescripción y la amnistía y su alcance, y los beneficios carcelarios y normas de ejecución de pena.

Las sentencias antes analizadas pueden esquematizarse de la siguiente forma:

CAUSA ROL N°	IMPORTANCIA
3.125-2004	Naturaleza de los crímenes como crímenes de guerra y de lesa humanidad No procede ni prescripción penal ni amnistía
6.525-2006	Naturaleza de los crímenes como crímenes de guerra y de lesa humanidad Procede media prescripción
6.188-2006	Naturaleza de los crímenes como crímenes de guerra y de lesa humanidad No procede ni prescripción penal ni amnistía Problema en torno al inicio del cómputo del plazo de prescripción frente a delito permanente Si procede prescripción gradual y civil
2.257-2007, 6.349-2008, 27.960-2014	Procede media prescripción
3.907-2007	Tipo penal de secuestro o desaparición forzada como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra

	No procede ni prescripción penal ni amnistía, tampoco prescripción civil
4.691-2007	Naturaleza de crimen de guerra y de lesa humanidad. Recoge dominio de organización No procede ni prescripción penal ni amnistía, ni prescripción civil Si procede prescripción gradual
695-2008	Naturaleza de los crímenes como crímenes de guerra y de lesa humanidad No procede ni prescripción penal ni amnistía, ni tampoco civil Problema en el cómputo frente a delito permanente Si procede media prescripción
4.163-2007, 5.097-2007, 3.220-2007, 3.956-2007, 5.570-2007, 1.597-2008, 2.493-2008, 3.078-2008, 123-2009, 254-2009, 347-2009, 2.623-2009, 7.030-2009, 6.582-2009, 9.718-2009, 8.593-2009, 8.962-2009, 6.920-2011, 12.055-2011, 672-2011, 12.357-2011, 9.660-2011, 7.495-2012, 16.331-2013, 3.216-2011, 2.724-2010, 4.734-2012, 14.576-2013, 4.700-2013, 10.435-2014, 7.888-2014, 6.110-2012, 4.742-2012	Si procede prescripción civil
696-2008	Naturaleza de los crímenes (homicidio) como crímenes de guerra y de lesa humanidad No procede ni amnistía ni prescripción penal Pronunciamiento sobre autoría con disposiciones del Código Penal Si procede media prescripción

5.232-2008	Naturaleza de los crímenes como crímenes de lesa humanidad No procede ni prescripción ni amnistía Si procede prescripción gradual
925-2009	Pronunciamiento sobre autoría con disposiciones del Código Penal Si procede media prescripción
5.847-2008	Si procede prescripción gradual y prescripción civil
8.117-2008	Naturaleza de los crímenes como crímenes de guerra y de lesa humanidad Si procede media prescripción
8.113-2008	Naturaleza de los crímenes como crímenes de guerra y de lesa humanidad. Definición de crimen de lesa humanidad No procede ni prescripción ni amnistía
2.080-2008, 1.092-2015, 11.208-2015, 9.652-2015, 22.856-2015, 7.741-2015, 3.975-2016, 2.289-2015, 14.343-2016	No procede prescripción civil
7.089-2009	Naturaleza de los crímenes como crímenes de lesa humanidad, NO hay guerra Definición crimen de lesa humanidad Si procede media prescripción
4.300-2014	Naturaleza del crimen como crimen de lesa humanidad y su definición No procede ni prescripción penal ni amnistía Tampoco procede media prescripción
17.037-2013	Naturaleza del crimen como crimen de lesa humanidad No procede prescripción, ni aun civil Problema de cómputo de la media prescripción frente a un delito permanente

1.001-2015	Naturaleza del crimen como crimen de lesa humanidad Si proceden beneficios carcelarios
30.163-2014	Naturaleza del crimen como crimen de lesa humanidad y su definición No prescribe ni es amnistiable Media prescripción no puede contabilizarse en delito permanente
25.657-2014	Naturaleza del crimen como crimen de lesa humanidad y su definición
5.706-2015	No procede ni media prescripción ni prescripción civil
12.527-2015	Homicidio simple como crimen de lesa humanidad
19.624-2016	Homicidio como crimen de lesa humanidad No prescribe Autoría del Art. 15 N°3
14.283-2015	Homicidio calificado como crimen de guerra y de lesa humanidad y su definición No procede prescripción penal ni amnistía Tampoco procede media prescripción ni prescripción civil
11.198-2015	Media prescripción no procede por ser crimen de lesa humanidad y delito permanente Prescripción civil tampoco procede
173-2016	No procede ni prescripción penal, ni media prescripción ni civil.
28.650-2016, 28.581-2016	Media prescripción no procede
88.995-2016, 16.817-2018, 16.819-2018, 16.820-2018, 16.821-2018, 16.822-2018, 16.958-2018 y 16.961-2018	Libertad condicional procede
15.963-2016	Homicidio como crimen de lesa humanidad

	No proceden prescripción gradual ni civil
62.032-2016, 95.095-2016	No procede prescripción gradual ni civil
30.328-2017	Indulto
16.817-2018, 16.819-2018, 16.820-2018, 16.821-2018, 16.822-2018, 16.958-2018 y 16.961-2018	Libertad Condicional

La tabla precedente busca destacar los aspectos relevantes de cada fallo, aunque lo más provechoso será analizar según criterio utilizando como argumentos la jurisprudencia, lo cual haremos a continuación.

Primer Criterio: Naturaleza Jurídica del Delito:

El punto que interesa dilucidar bajo este criterio es si la jurisprudencia ha aplicado o no al tipo penal en cuestión, ya sea homicidio, aplicación de tormentos o secuestro, la naturaleza jurídica de ser CLH o crímenes de guerra. Ya desarrollamos en el primer capítulo que se entiende por uno y otro, pero valga ahora hacer la precisión que ninguno de los dos conceptos se encuentra en el Código Penal vigente a la época de la comisión de los hechos, sino solo el delito común por el que se sanciona.

Por lo anterior, si se aplica a estos tipos penales la naturaleza jurídica en cuestión, estaremos frente a la aplicación del DPI en general en la jurisprudencia interna, mientras que en caso contrario, de solo quedarse en el tipo penal en específico, se estaría aplicando solo el Código Penal.

A este respecto, y observando la jurisprudencia recién analizada en el capítulo anterior, la CS ha tenido una evolución, primero considerando los delitos tanto como crímenes de guerra como CLH y luego solo este último, lo cual parece razonable.

Así, en las primeras sentencias, como eran las causas Roles N°s 3.125-2004, 6.525-2006, 6.188-2006, 3.907-2007, 4.691-2007, 695-2008, 696-2008, 8.117-2008 y

8.113-2008 ya analizadas, la CS entiende estar presente tanto ante crímenes de guerra así como también ante CLH.

Lo anterior planteaba un conflicto de normas, a nuestro parecer, que debiera resolverse utilizando las normas sobre concursos de delitos, cuestión que podría ser profundizado en otra investigación. Esto porque no puede ser lo uno y lo otro al mismo tiempo, existiendo ya sea un concurso ideal o aparente de leyes penales.

Como una consecuencia positiva de lo anterior es que siendo crímenes de guerra se da aplicación a los CG, lo cual tiene una regulación bastante clara en orden a impedir la prescripción y la amnistía, siendo tratados internacionales vigentes a la fecha de los hechos, mientras que si es un CLH, las fuentes son menos claras, invocando el Derecho Consuetudinario y el *Ius Cogens* principalmente, aunque también algunas disposiciones de la CADH, el PIDCP, la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH, aunque con el problema de que algunos de esos tratados son posteriores a la fecha de los hechos y en otros casos Chile no es parte de ellos.

Sin perjuicio de ello, la Corte, entendiendo que estaba frente a crímenes de guerra, da aplicación a los CG, y entendiendo que está frente a CLH, da aplicación a los demás tratados internacionales, el Derecho Consuetudinario y el *Ius Cogens*, aunque todo ello son fuentes menos claras de sus disposiciones.

Ahora bien, este error de entender a los delitos en cuestión con una doble naturaleza tanto como crimen de guerra como CLH, es corregido luego por la CS, la cual va poco a poco excluyendo a los crímenes de guerra como opción posible.

Así, en la causa Rol N°5.232-2008 la Corte solo hace referencia al CLH, no así a los crímenes de guerra, aunque ello se induce por como falla. Más expreso resulta ser en la causa Rol N°7.089-2009 en el que indica que Chile no se encontraba en guerra, por lo que no era crimen de guerra, sino que era CLH, aportando a su respecto una definición de qué entender por ello. Luego este criterio es confirmado en las causas Roles N°s 4.300-2014, 17.037-2013, 1.001-2015, 30.163-2014, 25.657-2014, 12.527-2015, 19.624-2016, 11.198-2015 y 15.963-2016.

De esta forma, se puede señalar que hay un cambio de criterio. ***Desde el año 2007 hasta el año 2009 se sostenía que los tipos penales en cuestión eran tanto crímenes de guerra como crímenes de lesa humanidad, salvo un fallo que solo alude a crimen de lesa humanidad. Mientras tanto, desde el año 2010 en adelante, se sostiene que los tipos penales eran crímenes de lesa humanidad, no crímenes de guerra, salvo también por el fallo en causa Rol N°14.283-2015 que reitera la tendencia jurisprudencial anterior.***

Segundo Criterio: Tipo Penal por el que se Sanciona:

Lo primero a aclarar es que este criterio es diferente al anterior, pues una cosa dice relación con la naturaleza jurídica del delito en cuestión, si acaso es delito común, terrorista, político o de DPI, como es el caso, y otra cosa es el delito en específico en cuestión, que puede ser la figura del homicidio, los secuestros, etcétera. El tipo penal en específico es uno de los elementos o modalidades de ejecución del crimen de guerra o de lesa humanidad en cuestión, como se explicó.

Dicho de otra forma, el CLH exige el ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil, con conocimiento de dicho ataque, que se lleva a efecto por algún otro delito en específico, por ejemplo, homicidios o desapariciones forzadas.

Bajo este criterio la Corte no ha innovado y no se observa una aplicación del DPI, ya que los tipos penales por los que sanciona todos se encuentran en el Código Penal, sin necesitar acudir a las fuentes del Derecho Internacional Público ni al ER para solucionarlo, a diferencia de la naturaleza jurídica del delito, criterio bajo el cual era necesario acudir al DPI.

Bajo este criterio la Corte ha resuelto sancionar por los delitos de homicidio, aplicación de tormentos y secuestros, principalmente, y comúnmente secuestro calificado que, dada la fecha de los hechos, era aquel del que derivaba una grave consecuencia para la víctima o si duraba más de 90 días. También sancionaba por el delito de homicidio

calificado, usualmente concurriendo en la especie la alevosía como circunstancia calificante.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena hacer algunos comentarios respecto de algunas sentencias en específico, así:

- 1) Se plantea la duda en las causas Roles N°s 6.188-2006, 3.907-2007, 695-2008, 17.037-2013 y 30.163-2014 sobre la presencia del delito de secuestro como **delito permanente** y la imposibilidad de contar el plazo de prescripción o de media prescripción a raíz de ello, prevención que realiza el Ministro Sr. Kunsemuller en otra serie de causas;
- 2) En la causa Rol N°3.907-2007 se habla de un tipo penal inexistente en el Código Penal, como es la **desaparición forzada**, delito que es CLH si cumple con los requisitos, pero que no se encuentra tipificado en el Código Penal chileno, aunque sanciona finalmente por el delito de secuestro; y
- 3) En la causa Rol N°12.527-2015 se admite la posibilidad de incurrir en un CLH por vía de **homicidio simple**, no así de calificado, como es la postura francesa interpretando el CLH en el ER, apegándonos, en este aspecto, a la interpretación anglosajona, cuestiones que ya profundizamos en el primer capítulo, a lo cual nos remitimos.

Sin perjuicio de estos tres comentarios, **la Corte en este aspecto ha sancionado mayoritariamente por los delitos de homicidio calificado (salvo uno en que sanciona por homicidio simple), secuestro calificado (con las dudas sobre el cómputo para la media prescripción y el problema con el delito de desaparición forzada) y por aplicación de tormentos, sin necesitar acudir a disposiciones internacionales para ello ya que los tres delitos estaban tipificados en el Código Penal de la época de los hechos.**

Tercer Criterio: Participación.

Este criterio presenta una dificultad mayor, porque puede ser resuelto sin acudir a normas internacionales. No obstante, el único elemento diferenciador es la doctrina sustentada por Claus Roxin y Kai Ambos en torno al ***dominio de aparatos organizados de poder*** como una forma de autoría mediata; forma que no se encuentra en nuestro Código Penal, ya que la autoría mediata nuestra se refiere a las hipótesis tradicionales de instrumento inimputable, coaccionado o errado, más no el instrumento en aparatos organizados de poder.

Al respecto todos los fallos sustentan la forma de participación conforme a las disposiciones de los Arts. 15, 16 y 17 del Código Penal, sin acudir a esta otra doctrina, salvo un caso, seguido bajo el Rol N°4.691-2007 que recogió expresamente la teoría del dominio de organización por dominio de voluntad en los aparatos organizados de poder, recibiendo el desarrollo dogmático alemán en Chile. Las otras sentencias que se pronuncian sobre el punto son las causas Roles N°s 696-2008, 925-2009, 5.847-2008, 8.117-2008, 19.624-2016 y 28.650-2016, todas utilizando el Código Penal chileno.

Cuarto Criterio: Prescripción y Amnistía:

Esta es la materia que ha tenido un mayor desarrollo jurisprudencial en el marco de la justicia transicional, siendo una tendencia claramente marcada la de negar la prescripción penal y la amnistía dado el carácter de crimen de guerra y de lesa humanidad primero, para luego solo mantener el criterio pero por ser CLH.

Así, podemos observar este criterio en numerosos fallos ya analizados, como son las causas Roles N°s 3.124-2004, 6.188-2006, 3.907-2007, 4.691-2007, 695-2008, 696-2008, 5.232-2008, 8.113-2008, 4.300-2014, 17.037-2013, 30.163-2014, 19.624-2016, 14.283-2015, entre otras.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que no ha sido tan claro es el pronunciamiento sobre la media prescripción y sobre la prescripción civil. Así, la primera se aprobaba por las

causas Roles N°s 6.525-2006, 6.188-2006, 2.257-2007, 4.691-2007, 695-2008, 696-2008, 5.232-2008, 6.349-2008, 925-2009, 5.847-2008, 8.117-2008, 7.089-2009 y 27.960-2014. Sin embargo, el año 2014 la tendencia cambia, rechazando la media prescripción. Así se pronuncian las causas Roles N°s 4.300-2014, 17.037-2013, 30.163-2014, 5.706-2015, 14.283-2015, 11.198-2015, 173-2016, 28.650-2016, 28.581-2016, 15.963-2016, 62.032-2016 y 95.095-2016, sea que dichas sentencias lo rechacen por estar frente a un delito permanente que impide contar la prescripción, o por darle una interpretación amplia a la imprescriptibilidad que emana del *Ius Cogens*.

Por otro lado, en cuanto a la prescripción civil, se aprobaba en las causas Roles N°s 6.188-2006, 4.163-2007, 5.097-2007, 3.220-2007, 3.956-2007, 5.570-2007, 1.597-2008, 2.493-2008, 3.078-2008, 123-2009, 254-2009, 347-2009, 2.623-2009, 7.030-2009, 6.582-2009, 9.718-2009, 8.593-2009, 8.962-2009, 6.920-2011, 12.055-2011, 672-2011, 12.357-2011, 9.660-2011, 7.495-2012, 16.331-2013, 3.216-2011, 2.724-2010, 4.734-2012, 14.576-2013, 4.700-2013, 10.435-2014, 7.888-2014, 6.110-2012 y 4.742-2012.

Sin embargo, durante ese período encontramos también jurisprudencia que la rechaza, siendo ella la tendencia actual. Así se observa en las causas Roles N°s 3.907-2007, 4.691-2007, 695-2008, 2.080-2008, 17.037-2013, 1.092-2015, 5.706-2015, 11.208-2015, 9.652-2015, 22.856-2015, 7.741-2015, 3.975-2016, 2.289-2015, 14.283-2015, 14.343-2016, 11.198-2015, 173-2016, 15.963-2016 y 62.032-2016.

Por lo tanto, si bien el negar la prescripción penal y la amnistía ha sido una tendencia clara de toda la justicia transicional desde la fecha estudiada, siendo ello una constante aunque exista la variante de que primero se aplicaba aquello por ser crímenes de guerra y de lesa humanidad y luego solo de este último, no se puede afirmar lo mismo en cuanto a la media prescripción y la prescripción civil.

En referencia a la media prescripción, es posible desprender una tendencia clara en primer lugar en orden a acoger la atenuante, más luego, desde el año 2014, se decide por rechazar también la media prescripción. Algo similar ocurre con la prescripción civil, acogándose primero aunque con algunas sentencias que la rechazaban, para luego, hoy en día, rechazarla mayoritariamente.

Quinto Criterio: Beneficios Carcelarios y Libertad Condicional:

Sobre esto la jurisprudencia es más bien escasa, pero consistente. Podemos citar a este respecto las causas Roles N°s 1.001-2015 sobre rebaja de condena, aprobándose, y las causas Roles N°s 88.995-2016, 16.817-2018, 16.819-2018, 16.820-2018, 16.821-2018, 16.822-2018, 16.958-2018 y 16.961-2018, todas sobre libertad condicional, concediéndola. Sin embargo, se conoce por la prensa que hay casos en que aquella se ha rechazado. Se puede comentar también la causa Rol N°30.328-2017 sobre indulto, en donde se señaló que era una facultad privativa del Presidente de la República, desechándose el recurso de protección en cuestión.

Sin perjuicio de la escasa jurisprudencia sobre este punto, esto resulta ser del todo relevante pues el Art. 110 del ER establece los criterios o requisitos que se deben cumplir si acaso se busca una rebaja de la condena, requisitos que serían diferentes a los contenidos en el Decreto Ley N°321 sobre Libertad Condicional pero que serían aplicables dado el control de convencionalidad y la interpretación y aplicación de buena fe de los tratados internacionales, así como el deber de persecución que recae sobre el Estado.

Esto plantea la duda de dos puntos: Por un lado, sobre el alcance de este deber (persecución, interpretación de buena fe y control de convencionalidad), y por otro lado, los requisitos que han de cumplirse para acceder a la libertad condicional. Sin perjuicio de ello, se puede sostener por la jurisprudencia revisada que la tendencia es a conceder estos beneficios y la libertad condicional, aunque no el indulto.

Contrastación con Argumentos de la Hipótesis:

Recordemos en este punto la hipótesis original: Estaba compuesta de tres premisas, a saber: 1) **Tanto el Tribunal Constitucional como el legislador de la época buscaron evitar la aplicación retroactiva del ER y sus instituciones principalmente**

por razones políticas y justificado en el principio de reserva legal tanto para el delito como para la pena y el proceso; 2) Pese a lo anterior, desde la jurisprudencia, se puede observar una evolución a ir acogiendo parcial y paulatinamente las diversas instituciones reguladas por el ER y el DPI en general, pese a no invocarlo expresamente pero sí acogiendo el fondo de las mismas invocando el Derecho Internacional Público en general y otros Tratados Internacionales, en el entendido que el ER recoge, en cierta medida, el desarrollo consuetudinario, jurídico y político-legislativo que se venía desarrollando; y 3) No obstante lo anterior, su acogida aun no es total, sea porque la Corte lo ha rechazado o bien porque no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto.

Sobre la primera de las premisas ya nos pronunciamos en el primer capítulo, correspondiendo ahora pronunciarse sobre las otras dos premisas. Para ello, en primer lugar, se debe poder concluir con la jurisprudencia analizada que ha habido una recepción parcial y paulatina de las instituciones del DPI. La pregunta por tanto es si es posible sostener esto.

Revisada la jurisprudencia creemos que sí es posible sostener una acogida paulatina y parcial. Lo primero que se acogió sin duda alguna fue la naturaleza del delito y la imprescriptibilidad e inamnistiabilidad, lo cual es tendencia jurisprudencial desde el principio.

No obstante, hubo a su respecto dos cambios sutiles pero sumamente relevantes: Por un lado, entender que no se trataban de crímenes de guerra sino que solamente de CLH, y por otro lado, que la imprescriptibilidad alcanzaba también a la media prescripción y a la prescripción civil, tendencia que es más novedosa.

En cuanto a los tipos penales y la forma de participación como criterios no se observa mayor influencia del DPI, dado que se aplica el tipo penal de homicidios, secuestros o tormentos (aunque haya cierta jurisprudencia que se detenga en la definición de crimen de lesa humanidad y en el pronunciamiento de la desaparición forzada), todos los cuales están recogidos en el Código Penal (sin perjuicio de que en una causa se admita el homicidio simple como crimen de lesa humanidad), al igual que las formas de participación del Art. 15 N°s 1 y 3 del mismo código, con la salvedad de una sentencia que

se pronuncia sobre la autoría mediata por dominio de organización (siempre hablando solo de la jurisprudencia revisada, pudieran haber más fallos en este sentido).

Finalmente en cuanto a los beneficios, se observa que se ha aplicado la ley chilena y no así el Derecho Internacional, por cuanto se ha aceptado la libertad condicional y la rebaja de la pena bajo la legislación común, sin aplicar el Art. 110 del ER.

Por lo tanto, lo primero que podemos sostener es que ***ha habido una aplicación paulatina y progresiva del Derecho Penal Internacional solo en cuanto a la media prescripción y al alcance de la imprescriptibilidad también para la acción civil, siendo tendencia permanente la naturaleza del delito y la imprescriptibilidad e inamnistiabilidad. Por su parte, en materia de tipo penal, de participación y de libertad condicional, no se ve mayor influencia, aplicándose a su respecto el Código Penal.***

Lo segundo a dilucidar es si en ese aspecto en que si ha existido un recibimiento paulatino y progresivo del DPI (media prescripción y prescripción civil), descartando lo que ha sido tendencia permanente (naturaleza del delito e imprescriptibilidad e inamnistiabilidad) y lo que ha sido aplicación solo de la ley interna (tipo penal, participación y beneficio), lo ha sido sobre la base del ER o no.

La respuesta en este punto es que ***no lo ha sido sobre la base del Estatuto de Roma sino que sobre la base del Derecho Penal Internacional general, ya sea en virtud de otros tratados como la Convención Americana de DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre Inaplicabilidad de Límites Estatutarios, el Derecho Consuetudinario Internacional y el Ius Cogens, fuentes que han sido directamente aplicadas en el cambio de jurisprudencia observado.***

Se puede sostener, por tanto, que ***efectivamente ha existido una aplicación paulatina y progresiva del Derecho Penal Internacional en la justicia transicional chilena, pero solo en cuanto a la media prescripción y la prescripción civil, no así respecto de la naturaleza del delito ni de su imprescriptibilidad ni su inamnistiabilidad***, que han sido tendencia clara desde el principio. ***Tampoco se puede***

sostener esta aplicación paulatina y progresiva respecto del tipo penal específico y su forma de participación, cuyos pronunciamientos han sido escasos (en solo un par de sentencias, sin que se pueda hablar de tendencia) **así como tampoco de los beneficios**, que han sido acogidos en su mayoría.

Respecto de lo que sí es posible sostener esta aplicación progresiva y paulatina (media prescripción y prescripción civil), no es posible sostener que lo sea en razón del Estatuto de Roma, pues es inaplicable a situaciones previas de su entrada en vigencia, como se analizó en el primer capítulo; **sino que se ha aplicado ahora en virtud de otros tratados internacionales como la Convención Americana de DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Inaplicabilidad de Limitaciones Estatutarias, y en virtud del Derecho Consuetudinario Internacional y el *Ius Cogens*, de modo que lo que se ha aplicado es el Derecho Penal Internacional más en general que el Estatuto de Roma en particular.**

Finalmente, la premisa N°3 consiste en que **no obstante lo anterior, su acogida aun no es total, sea porque la Corte lo ha rechazado o bien porque no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto.**

Sobre este punto podemos sostener que la Corte no se ha pronunciado sobre todos los temas. Así, haciendo un catastro, se puede decir que se ha pronunciado respecto de la naturaleza del delito (primero como crimen de guerra y de lesa humanidad y luego solo de lesa humanidad), del delito en cuestión (homicidio, secuestro como delito permanente, tormento o desaparición forzada), de la forma de participación (autoría del Art. 15 N°1 y 3 y cómplice, así como autoría mediata por dominio de organización en solo un fallo de todos los revisados), sobre la imprescriptibilidad e inamnistiability de estos delitos y su alcance en la media prescripción y la prescripción civil, y sobre los beneficios carcelarios y libertad condicional, en donde solo en este último tema la inaplicabilidad del ER fue por decisión expresa.

No obstante, no se ha pronunciado sobre muchos otros temas, tales como el nivel de exigencia del principio de reserva legal en cuanto al tipo penal y la pena en el Estatuto de Roma, que es diferente a la ley chilena; sobre las exigencias sobre la intención

establecidas en el Estatuto de Roma que son también diferentes a la ley chilena; sobre las defensas admisibles; forma de participación como autoría mediata por dominio de organización salvo una sentencia revisada; y menos aún del Derecho Procesal Penal Internacional.

Por lo tanto, se puede sostener que ***la acogida efectivamente no es total pero no por decisión expresa (salvo para los beneficios y la libertad condicional), sino que porque no ha tenido ocasión de pronunciarse, como es sobre la exigencia de la legalidad, del tipo penal y de la pena, el dolo y la culpa, las defensas posibles y la forma de participación, ni tampoco las normas procesales penales.*** Con ello podemos dar por terminada esta investigación y ya estar en condiciones de destacar algunas conclusiones.

CONCLUSIONES

Recordando que este trabajo se planteaba como uno de análisis jurisprudencial *exploratorio y descriptivo*, creemos necesario destacar diez ideas a modo de conclusión:

PRIMERO: Que el Derecho Penal Internacional tiene ciertas regulaciones que marcan una diferencia con el Derecho Penal interno, así ocurre, por ejemplo, con la naturaleza jurídica de los crímenes de lesa humanidad, de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de agresión, al menos hasta la Ley N°20.357. Más ejemplos de una regulación diferente se observa en la imputabilidad mixta, las fuentes amplias que se pueden aplicar en esta rama del Derecho y no en el Derecho Penal interno, algunos de los tipos penales específicos como es la desaparición forzada, la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización y las doctrinas de responsabilidad plena del inferior en crímenes de lesa humanidad, y la imprescriptibilidad e inamnistiabilidad de estos delitos;

SEGUNDO: Que el Estatuto de Roma es solo un aspecto del Derecho Penal Internacional, no agotando su regulación, formado con grandes dificultades históricas, políticas y académicas. Sin perjuicio de ello, este tratado recoge el desarrollo que se venía gestando como Derecho Consuetudinario Internacional, los *Cogens* y principios recogidos en los Convenios de Ginebra, la Convención Americana de DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios, entre otros tratados;

TERCERO: Que el Estatuto de Roma expresamente estableció su irretroactividad *ratione personae* en los Arts. 11 y 24 del mismo, en relación a los delitos que tengan su principio de ejecución posterior a su entrada en vigencia, así como siguiendo las Recomendaciones del Comité Preparatorio, específicamente para los delitos de desaparición forzada de personas en donde el elemento de contexto (fundamento de la imputabilidad mixta) sea anterior a la entrada en vigencia del Estatuto;

CUARTO: Que el Tribunal Constitucional chileno, en causa Rol N°346-2002, sostuvo que el principio de legalidad no se vería vulnerado frente a la aplicación directa del Estatuto de Roma en la medida que una Reforma Constitucional previa lo autorice y considerando el Art. 21 regla 3° del mismo Estatuto de Roma; aunque puede haber problemas en cuanto a

la cosa juzgada de algunas causas y las facultades de indultar o amnistiar dichos ilícitos, aunque también salvable vía reforma constitucional;

QUINTO: Que la Ley N°20.352 de Reforma Constitucional para autorizar al Estado de Chile a incorporar el Estatuto de Roma a la legislación interna estableció expresamente la irretroactividad del Estatuto de Roma para situaciones cuyo principio de ejecución sea anterior a su entrada en vigencia, de lo cual da cuenta la historia de la ley, en atención al principio pro reo y la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, dado un acuerdo político para disipar dudas;

SEXTO: Así, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no aplica para hechos cuyo principio de ejecución sea anterior a su entrada en vigencia, tanto por lo dispuesto por el mismo Estatuto de Roma en sus Arts. 11 y 24, como por la recomendación del Comité Preparatorio respecto del delito de desaparición forzada, como por la disposición constitucional que impide la retroactividad de la ley penal y la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, como, en fin, por la Ley N°20.352 en donde quedó plasmada la irretroactividad como acuerdo político para disipar dudas y resguardar el principio de legalidad. Se agrega, además, que en el caso chileno el Poder Judicial está funcionando, por lo que por principio de complementariedad no correspondería aun así a la CPI pronunciarse, además de la irretroactividad;

SÉPTIMO: Que de los 93 fallos analizados es posible desprender:

- A) Que desde el 2007 hasta el 2009 se sostenía que la naturaleza jurídica de los delitos en cuestión eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, aplicando por tanto los Convenios de Ginebra y la Convención Americana de DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios, el Derecho Consuetudinario Internacional y la norma *ius cogens*; sin embargo, desde el 2010 en adelante se sostiene que son solo crímenes de lesa humanidad, descartando los crímenes de guerra y las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Esto podría investigarse en otra oportunidad, en relación a las reglas concursales;

- B) Que en cuanto al tipo penal en específico se ha aplicado el Código Penal, particularmente el homicidio calificado, el secuestro y la aplicación de tormentos, aunque se ha debatido en torno al secuestro como delito permanente para efectos de contar el plazo de la media prescripción o evaluar si están prescritos o amnistiados, en una oportunidad se indicó estar ante un delito de desaparición forzada (inexistente en el Código Penal) y en otra oportunidad se admitió el homicidio simple como crimen de lesa humanidad, similar a la visión anglosajona a ese respecto;
- C) Que en cuanto a la participación se ha aplicado los numerales 1º y 3º del Art. 15 del Código Penal complementado, en un caso, con la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización, doctrina que no ha sido fácilmente recibida, como en el caso Orlando Letelier, pudiendo abarcar un análisis más detallado sobre este punto en particular en otra investigación;
- D) Que invariablemente se ha sostenido la imprescriptibilidad e inamnistiabilidad de los delitos en cuestión, como tendencia clara y expresa, pero ha existido un cambio de criterio en cuanto a la media prescripción desde el año 2014 rechazándola ahora, al igual que la prescripción de la acción civil, aunque acá con más jurisprudencia contradictoria;
- E) Que en cuanto a los beneficios y la libertad condicional se ha aplicado la ley común, concediéndose en muchos casos y pronunciándose en contra de la aplicación del Estatuto de Roma en forma expresa, ya que solo aplicaría para casos condenados por la Corte Penal Internacional;

OCTAVO: Así, ha habido una aplicación paulatina y progresiva del Derecho Penal Internacional en cuanto a la media prescripción y la prescripción civil, no en cuanto a la imprescriptibilidad e inamnistiabilidad que han sido tendencia clara y expresa e invariable desde el principio, ni en cuanto al tipo penal, participación, beneficios y libertad condicional, donde se ha aplicado el Derecho Interno;

NOVENO: Que en esta aplicación paulatina y progresiva no se ha aplicado el Estatuto de Roma como tal sino que el Derecho Penal Internacional en general, invocando para ello la

Convención Americana de DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Convenios de Ginebra, la Convención de Inaplicabilidad de Límites Estatutarios, el Derecho Consuetudinario Internacional y la normativa *Ius Cogens*; y

DÉCIMO: Que la acogida efectivamente no es total pero no por decisión expresa (salvo para los beneficios y la libertad condicional), sino que porque no ha tenido ocasión de pronunciarse, como es sobre la exigencia de la legalidad, del tipo penal y de la pena, el dolo y la culpa, las defensas posibles y la forma de participación, ni tampoco las normas procesales penales.

Sin perjuicio de estas conclusiones quedan algunos temas pendientes para futuras investigaciones. Desde ya, la valoración de las conclusiones acá indicadas, si ello es correcto o no, así como la profundización en más jurisprudencia. Asimismo quedan pendientes otras investigaciones como por ejemplo, las normas concursales o sobre la autoría mediata por dominio de organización, entre otros diversos temas.

Esperamos que toda esta investigación haya sido de utilidad en el análisis siempre presente de la justicia transicional chilena en casos de la mayor envergadura pública y política como son las violaciones a los DDHH. Esperamos, asimismo, haber contribuido a la formación de una opinión personal fundada en la ley, doctrina y en la jurisprudencia. Queda abierta la posibilidad de futuras investigaciones.

ANEXOS

- a) El Anexo N°1 es la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma;
- b) El Anexo N°2 es la causa Rol N°3.125-2004, importante por calificar los delitos como crímenes de lesa humanidad y como crímenes de guerra.
- c) El Anexo N°3 es la causa Rol N°6.525-2006, importante porque señala que la media prescripción procede como atenuante.
- d) El Anexo N°4 es la causa Rol N°3.907-2007, importante porque da el carácter de delito permanente al secuestro, pronunciándose también sobre la desaparición forzada y la prescripción civil.
- e) El Anexo N°5 es la causa Rol N°4.163-2007, importante porque señala que la acción civil proveniente del crimen de lesa humanidad prescribe.
- f) El Anexo N°6 es la causa Rol N°2.080-2008, importante porque señala que la acción civil proveniente del crimen de lesa humanidad no prescribe.
- g) El Anexo N°7 es la causa Rol N°7.089-2009, importante porque califica al hecho como crimen de lesa humanidad, descartando los crímenes de guerra.
- h) El Anexo N°8 es la causa Rol N°4.300-2014, importante porque señala que la media prescripción no procede como atenuante.
- i) El Anexo N°9 es la causa Rol N°88.995-2016, importante porque se pronuncia sobre la libertad condicional.
- j) El Anexo N°10 es la causa Rol N°16.817-2018, importante porque es una de las causas que dio origen a la acusación constitucional recientemente presentada, sobre libertad condicional.

BIBLIOGRAFÍA:

DOCTRINA CONSULTADA:

1. CAMPUSANO y ACEVEDO, “*Naturaleza Jurídica de los Atentados en París: ¿Terrorismo o Crímenes de Guerra*”, Revista Tribuna Internacional de la Universidad de Chile, Vol. 6, N°11, 2017.

2. CAMPUSANO y ACEVEDO, “*Inclusión de Delitos Ambientales en el Estatuto de Roma*”, Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N°37, Enero 2018, pp. 227-256.
3. CÁRDENAS y FERNÁNDEZ, “*La Corte Penal Internacional y sus Primeros Diez Años: Un enfoque práctico*”, Thompson Reuters, Chile, 2013.
4. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “*Problemas de Política Criminal y Otros Estudios*”, Universidad de Talca, Legal Publishing, 2009.
5. CASSESE, GAETA and JONES, “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*”, Volume IA, IB and II, Oxford University Press, 2009.
6. CURY, Enrique, “*Derecho Penal Parte General*”, Ediciones Universidad Católica, Décima Edición, 2011, Santiago.
7. FUENTES, Laura, “*Responsabilidad de Ariosto Lapostol y Juan Emilio Cheyre en el caso Caravana de la Muerte*”, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales, 2017, profesor guía Sr. Jaime Couso Salas.
8. KAI AMBOS, “*Temas de Derecho penal internacional y europeo*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid-Barcelona, 2006.
9. KAI AMBOS, “*La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*”, traducción de Ezequiel Malarino, Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2005.
10. KAI AMBOS, “*Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo*”, Thompson Reuters, Chile, 2013.
11. KAI AMBOS, “*¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*”, U. Externado de Colombia, 2008.
12. KAI AMBOS, “*Dominio por Organización. Estado de la Discusión*”, en “*Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal*”, pp. 71-105
13. KAI AMBOS y GUERRERO, “*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, Universidad Externado de Colombia, 1999.
14. LATORRE, Adolfo Paúl, “*Procesos sobre Violación de Derechos Humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*”, Editorial El Roble Ltda., Santiago, Chile, 2015 (con anexos de jurisprudencia).

15. LORENZETTI y KRAUT, *“Derechos humanos: Justicia y reparación. La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad”*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2011.
16. MATUS, Jean Pierre, *“La transformación de la teoría del delito en el Derecho Penal Internacional”*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.
17. MATUS, Jean Pierre, *“El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el Régimen Militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional. Apuntes a propósito de la obra del Profesor Dr. Kai Ambos”*, y *“Justicia, perdón y compromiso: Sobre el surgimiento de la media prescripción como atenuante en la sanción de las violaciones a los DDHH cometidos en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990”*, ambos en *“Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el cambio de siglo”*, Colección de Ciencias Penales, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 89-144 y 283-289.
18. MIR PUIG, Santiago, *“Derecho Penal Parte General (Fundamentos y Teoría del Delito)”*, PPU, 1985, Barcelona.
19. NOVOA, Eduardo, *“Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General”*, Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 2016, Santiago.
20. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *“Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General”*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, 2015, Santiago.
21. ROXIN, Claus, *“Derecho Penal Parte General”* Tomos I y II, traducción de la Segunda Edición por LUZÓN, DÍAZ Y GARCÍA, y REMESAL, Civitas, 2004.
22. ROXIN, Claus, *“El Dominio de Organización como forma independiente de Autoría Mediata”* en Revista de Estudios de la Justicia N°7, 2006, pp. 11-22
23. SCHWEITZER, Miguel (Co), *“Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos”*
24. SZCZARANSKI, Clara, *“Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos. Otra clase de delitos”*, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2004.
25. VAN SLIEDREGT, Elies, *“Individual Criminal Responsibility in International Law”*, Oxford Monographs in International Law, 2012.

JURISPRUDENCIA CITADA:

1. *“Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional”*, Fundación para el Debido Proceso Legal, USA, 2009.
2. *“Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg”*
3. Causa Rol N°346-2002, Tribunal Constitucional.
4. Historia de la Ley N°20.352.
5. Causa Rol N°3.125-2004, Corte Suprema.
6. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°3.125-2004, Corte Suprema.
7. Causa Rol N°6.525-2006, Corte Suprema.
8. Sentencia de Reemplazo en causa Rol N°6.525-2006, Corte Suprema.
9. Causa Rol N°6.188-2006, Corte Suprema.
10. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°6.188-2006, Corte Suprema.
11. Causa Rol N°2.257-2007, Corte Suprema.
12. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°2.257-2007, Corte Suprema.
13. Causa Rol N°3.907-2007, Corte Suprema.
14. Causa Rol N°4.691-2007, Corte Suprema.
15. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°4.691-2007, Corte Suprema.
16. Causa Rol N°695-2008, Corte Suprema.
17. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°695-2008, Corte Suprema.
18. Causa Rol N°4.163-2007, Corte Suprema.
19. Causa Rol N°5.097-2007, Corte Suprema.
20. Causa Rol N°3.220-2007, Corte Suprema.
21. Causa Rol N°696-2008, Corte Suprema.
22. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°696-2008, Corte Suprema.
23. Causa Rol N°5.232-2008, Corte Suprema.
24. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°5.232-2008, Corte Suprema.
25. Causa Rol N°3.956-2007, Corte Suprema.
26. Causa Rol N°6.349-2008, Corte Suprema.
27. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°6.349-2008, Corte Suprema.
28. Causa Rol N°925-2009, Corte Suprema.
29. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°925-2009, Corte Suprema.
30. Causa Rol N°5.847-2008, Corte Suprema.

31. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°5.847-2008, Corte Suprema.
32. Causa Rol N°8.117-2008, Corte Suprema.
33. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°8.117-2008, Corte Suprema.
34. Causa Rol N°8.113-2008, Corte Suprema.
35. Causa Rol N°5.570-2007, Corte Suprema.
36. Causa Rol N°1.597-2008, Corte Suprema.
37. Causa Rol N°2.493-2008, Corte Suprema.
38. Causa Rol N°3.078-2008, Corte Suprema.
39. Causa Rol N°2.080-2008, Corte Suprema.
40. Causa Rol N°7.089-2009, Corte Suprema.
41. Sentencia de Reemplazo causa Rol N°7.089-2009, Corte Suprema.
42. Causa Rol N°123-2009, Corte Suprema.
43. Causa Rol N°254-2009, Corte Suprema.
44. Causa Rol N°347-2009, Corte Suprema.
45. Causa Rol N°2.623-2009, Corte Suprema.
46. Causa Rol N°7.030-2009, Corte Suprema.
47. Causa Rol N°6.582-2009, Corte Suprema.
48. Causa Rol N°9.718-2009, Corte Suprema.
49. Causa Rol N°8.593-2009, Corte Suprema.
50. Causa Rol N°8.962-2009, Corte Suprema.
51. Causa Rol N°6.920-2011, Corte Suprema.
52. Causa Rol N°12.055-2011, Corte Suprema.
53. Causa Rol N°672-2011, Corte Suprema.
54. Causa Rol N°12.357-2011, Corte Suprema.
55. Causa Rol N°9.660-2011, Corte Suprema.
56. Causa Rol N°7.495-2012, Corte Suprema.
57. Causa Rol N°16.331-2013, Corte Suprema.
58. Causa Rol N°3.216-2011, Corte Suprema.
59. Causa Rol N°2.724-2010, Corte Suprema.
60. Causa Rol N°4.734-2012, Corte Suprema.
61. Causa Rol N°14.576-2013, Corte Suprema.
62. Causa Rol N°4.700-2013, Corte Suprema.
63. Causa Rol N°10.435-2014, Corte Suprema.
64. Causa Rol N°7.888-2014, Corte Suprema.

65. Causa Rol N°6.110-2012, Corte Suprema.
66. Causa Rol N°4.742-2012, Corte Suprema.
67. Causa Rol N°4.300-2014, Corte Suprema.
68. Causa Rol N°17.037-2013, Corte Suprema.
69. Causa Rol N°1.001-2015, Corte Suprema.
70. Causa Rol N°30.163-2014, Corte Suprema.
71. Causa Rol N°25.657-2014, Corte Suprema.
72. Causa Rol N°27.960-2014, Corte Suprema.
73. Causa Rol N°1.092-2015, Corte Suprema.
74. Causa Rol N°5.706-2015, Corte Suprema.
75. Causa Rol N°11.208-2015, Corte Suprema.
76. Causa Rol N°9.652-2015, Corte Suprema.
77. Causa Rol N°22.856-2015, Corte Suprema.
78. Causa Rol N°12.527-2015, Corte Suprema.
79. Causa Rol N°7.741-2015, Corte Suprema.
80. Causa Rol N°3.975-2016, Corte Suprema.
81. Causa Rol N°2.289-2015, Corte Suprema.
82. Causa Rol N°19.624.2016, Corte Suprema.
83. Causa Rol N°14.283-2015, Corte Suprema.
84. Causa Rol N°14.343-2016, Corte Suprema.
85. Causa Rol N°11.198-2015, Corte Suprema.
86. Causa Rol N°173-2016, Corte Suprema.
87. Causa Rol N°28.650-2016, Corte Suprema.
88. Causa Rol N°28.582-2016, Corte Suprema.
89. Causa Rol N°88.995-2016, Corte Suprema.
90. Causa Rol N°15.963-2016, Corte Suprema.
91. Causa Rol N°62.032-2016, Corte Suprema.
92. Causa Rol N°95.095-2016, Corte Suprema.
93. Causa Rol N°30.328-2017, Corte Suprema.
94. Causa Rol N°16.817-2018, Corte Suprema.
95. Causa Rol N°16.819-2018, Corte Suprema.
96. Causa Rol N°16.820-2018, Corte Suprema.
97. Causa Rol N°16.821-2018, Corte Suprema.
98. Causa Rol N°16.822-2018, Corte Suprema.

MAGÍSTER DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL 2017-2018
FACULTAD DE DERECHO - UDP

- 99. Causa Rol N°16.958-2018, Corte Suprema.
- 100. Causa Rol N°16.961-2018, Corte Suprema.
- 101. Causa Rol N°16.817-2018, Corte Suprema.