

Liliana Galdámez Zelada\*

# Incidencia de los tratados y del *ius cogens* internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile

## Incidence of treaties and *ius cogens* in the treatment of serious human rights violations in Chile

### Resumen

Este trabajo analiza la influencia de los tratados y el *ius cogens* internacional en la jurisprudencia sobre violaciones graves a los derechos humanos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto al valor de los tratados y la presentación de un proyecto de ley para la sanción de la negación, minimización o justificación de los crímenes de lesa humanidad en Chile.

### Palabras clave

Tutela judicial reforzada; impunidad, apología, justificación y negación de los crímenes de lesa humanidad.

### Abstract

This paper analyzes the influence of treaties and *ius cogens* jurisprudence on gross violations of human rights, the Chilean Constitutional Court's jurisprudence on the value of treaties and the presentation of a bill to sanction denial, minimization or justification of crimes against humanity in Chile.

\* *Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Abogada y profesora del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca.*  
lgaldamez@utalca.cl

### Keywords

Enhanced judicial protection, impunity, apology, justification and denial of crimes against humanity.

## Introducción.

Abordar las violaciones graves a los derechos humanos y sus consecuencias ha sido una tarea compleja que cada cierto tiempo da lugar a nuevos problemas en el ámbito jurídico y también político. En este trabajo analizaremos su tratamiento en sede jurisdiccional y la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los criterios de los jueces<sup>1</sup>.

Antes de analizar estos criterios explicaremos las razones, aunque puedan parecer evidentes, por las que desde una perspectiva jurídica ha sido complejo su tratamiento.

En primer lugar, nada más y nada menos, nos encontramos con los debates de la doctrina sobre el valor de los tratados internacionales en el ordenamiento interno. El sentido y alcance del inciso segundo del artículo 5 de la CPR ha dado lugar a verdaderos *ríos de tinta*, primero con polémicas sobre su jerarquía, luego sobre su aplicación directa, su valor, control de convencionalidad y las obligaciones que recaen sobre los jueces y la obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos de un tratado.

Ha sido complejo, también, porque en Chile las violaciones graves a los derechos humanos sólo han sido investigadas, juzgadas y sancionadas en democracia. Cuando los crímenes ocurrieron el país estaba sometido a un régimen de facto distinto de aquel bajo el cual estos hechos se han juzgado.

Las dificultades dogmáticas que ha supuesto el desarrollo del deber de prevenir, juzgar y sancionar violaciones graves a los derechos humanos, no pueden ser explicadas si esta brecha en el tiempo no es considerada, por eso es fundamental regresar al contexto en el que ocurrieron esas violaciones. Cuando ellas se produjeron no existía el Estado de Derecho en Chile.

Además, a las transformaciones del ordenamiento jurídico nacional se agrega el mayor desarrollo del Derecho Internacional en tres vertientes: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional.

Asimismo, la invocación de las normas del *ius cogens*, concebidas como normas inexcusables para los Estados, ha incorporado nuevos elementos que hacen el análisis más complejo. Más cuando, por ejemplo, Chile no ha ratificado aún la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y ella es invocada por los jueces por su carácter imperativo y obligatorio de manera independiente a la ratificación del tratado que contiene una norma del *ius cogens*.

<sup>1</sup> En adelante usaremos indistintamente DIDH o Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En cuanto al legislador, se produce además otra cuestión, que no está presente en el poder judicial o lo está de manera menos visible, y es que los integrantes del Congreso Nacional suelen tomar posición sobre el juzgamiento de los crímenes más graves ocurridos durante la dictadura desde el clivaje autoritarismo/democracia y hasta ahora no hubo acuerdo para desarrollar límites normativos a la amnistía y la prescripción<sup>2</sup>.

Por último, también debemos tener presente que el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, no ha estado ajeno a esta polémica y ha evolucionado en sus criterios en relación a los tratados internacionales, asunto al que también nos referiremos en este trabajo.

Estructuraremos este trabajo en los siguientes apartados: I.-Derecho Internacional y jurisprudencia sobre graves violaciones a los derechos humanos; II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el valor de los tratados; III. Límites a la libertad de expresión provenientes del DIDH y sanción de la apología, justificación o negación de los crímenes de lesa humanidad.

### *I. Derecho Internacional y jurisprudencia sobre graves violaciones a los derechos humanos*

#### I. 1. El contexto de excepción como escenario de las violaciones graves a los derechos humanos en Chile.

La etapa que vivió Chile entre 1973 y 1989, es lo que Kai Ambos ha llamado el *contexto de la macrocriminalidad*<sup>3</sup>; noción que hace referencia a la estructura de un poder organizado para reprimir al adversario, que se vale de ese control para procurar la impunidad de actos atroces y que ha eliminado o limitado la activación de mecanismos jurídicos para defensa o protección de los derechos vulnerados.

A partir del golpe de Estado se restringieron sistemáticamente las garantías y libertades individuales. Mediante la reiterada y sucesiva declaración del Estado de Sitio y otros estados de excepción constitucional, muchos derechos individuales fueron suprimidos<sup>4</sup>.

Según datos del Ministerio del Interior, durante la dictadura 1183 personas fueron detenidas y desaparecidas, 2008 personas fueron ejecutadas por razones políticas. Además, según el informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, se registraron 35.868 denuncias por tortura<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Galdámez (2010).

<sup>3</sup> Ambos Kai. *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons. Madrid, 2006.

<sup>4</sup> En 1985, Informe País "Los Derechos Humanos y su Protección en el Sistema Normativo de Chile". Vid: [www.cidh.oas.org/countryrep/Chile85sp/cap2](http://www.cidh.oas.org/countryrep/Chile85sp/cap2)

<sup>5</sup> Vid: [http://www.ddhh.gov.cl/DDHH\\_estadisticas.html](http://www.ddhh.gov.cl/DDHH_estadisticas.html)

Los historiadores Simon Collier y William F. Sater, describen un acertado retrato de la época: “La mano dura de una represión inclemente golpeó de inmediato después del golpe. Se cerró el Congreso. Los partidos de la UP fueron prohibidos; otros declarados “en receso” (hasta 1977, cuando también fueron prohibidos). Se impuso un estricto toque de queda nocturno que duró varios años. Los periódicos y las revistas de izquierda desaparecieron de los quioscos. La administración pública fue purgada concienzudamente. En la etapa inicial del régimen, prácticamente todas las instituciones nacionales importantes (incluida la Federación de fútbol) quedaron en manos de oficiales militares o navales, algunos de ellos que ya estaban en retiro y fueron llamados de nuevo al servicio. Uniformados “rectores designados” fueron puestos a la cabeza de las Universidades (también purgadas con minuciosidad)”<sup>6</sup>.

El 11 de septiembre de 1973 la Junta Militar asumió “el Mando Supremo de la Nación”<sup>7</sup>. Sobre esa época, el informe especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1974 dice que a partir del golpe se creó un nuevo sistema normativo. Según el DL N°1 la Junta Militar garantizaría “...y respetaría “la Constitución y las leyes de la República en la medida que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone”. El mismo 11 de septiembre la Junta, invocando el art. 72 N° 17 de la Constitución y el Código de Justicia Militar, decretó el Estado de Sitio en todo el territorio.

Al día siguiente del golpe, la Junta dictó el DL N° 5 y declaró “que el estado de sitio decretado por conmoción interna... debe entenderse ‘estado o tiempo de guerra’ para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar .. y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”. Posteriormente el DL N° 5 va a ser invocado para probar que en el país había existido un conflicto armado interno y que las Convenciones de Ginebra eran aplicables a los crímenes cometidos en esa época.

## I. 2. Las etapas de la jurisprudencia

Se pueden distinguir tres etapas en los criterios de los tribunales nacionales respecto a la invocación del Derecho Internacional. En la primera se niega valor a los tratados y aplica preferentemente la legislación nacional; en la segunda, los tribunales matizan su posición e introducen algunas reflexiones sobre posibles límites provenientes de obligaciones contraídas por el Estado en el ámbito Internacional. En la tercera y actual etapa, la mayoría de la jurisprudencia, invocando tratados internacionales, considera inaplicables la amnistía y la prescripción. Las Convenciones de Ginebra y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad juegan un rol central en este desarrollo.

<sup>6</sup> Collier, Simon; Sater, William F. Historia de Chile 1808–1994. The Press Syndicate of the University of Cambridge, 1998, pp. 307.

<sup>7</sup> DL N°1, de 11 de septiembre de 1973, artículo 1.

1ª Etapa: aplicación de la amnistía y la prescripción.

Me referiré enseguida a dos sentencias de 1974 dictadas por la justicia militar constituida como Tribunal Militar en Tiempos de Guerra, durante la época más difícil de la represión. Ambas negaron la aplicación de las Convenciones de Ginebra en el juzgamiento de los hechos por dos razones: a) no existía ni había existido un conflicto armado interno en los términos del artículo 3 común de los Convenios; y, b) el contenido y alcance de las obligaciones desarrolladas en las Convenciones de Ginebra no contravenían el derecho interno<sup>8</sup>.

Los fallos, dictados durante la vigencia “subsidiaria” de la Constitución de 1925, son una clara muestra de la primera posición de los tribunales frente a la aplicación del Derecho Internacional.

En otra sentencia de 1992, dictada ya al inicio de la transición, la Corte Suprema Rol 63.148 de 1992<sup>9</sup> revocó la prisión preventiva a que había sido sometido el autor de un homicidio calificado cometido en 1973, dado que: “en tales circunstancias concurren en la especie todos los requisitos exigidos por el señalado D.L. N° 2.191 de 1978 que en su artículo 1° concede amnistía a las personas que se encuentran en la situación descrita en el razonamiento precedente, sin que exista razón valedera para no aplicar tal causal de extinción de responsabilidad penal”<sup>10</sup>.

La primera doctrina de la Corte Suprema consideró que la Amnistía debía ser aplicada una vez configurados sus supuestos sin que fuera necesario avanzar en la investigación del delito<sup>11</sup>. Una vez que aparecían indicios de que el hecho había ocurrido durante

<sup>8</sup> Dicen los sentenciadores: “el tribunal rechaza la aplicación, que quiere hacer la defensa, del artículo 93 de la Convención Internacional sobre prisioneros de guerra, pues este Tratado ratificado por Chile sólo se aplica a conflictos internacionales y no al caso de guerra interna como ocurre en la especie, y dentro de las normas de excepción consignadas en el artículo 3 de dicha Convención no hay ninguna aplicable a los hechos de autos. Finalmente, aun cuando fuera aplicable esta Convención al caso, no se cumplen todos los requisitos del citado artículo 90, pues el reo utilizó violencia en contra de las personas con su conducta de atacar al cabo que lo custodiaba”, Sentencia Rol 57-74<sup>a</sup>, de 25 de abril de 1974, Consejo de Guerra de Valparaíso. La segunda sentencia rechaza la aplicación de las Convenciones: “por cuanto la aprobación de este texto normativo como ley de la República se hizo con la reserva de que predominan sobre él las disposiciones de nuestra legislación, la cual dice relación con una guerra exterior; además, los reos se encuentran procesados por infracciones legales vigentes y carecen, por tanto, de la calidad de prisioneros de guerra para estos efectos”, Sentencia Rol 6-73, de 28 de noviembre de 1974, Consejo de Guerra de San Fernando.

<sup>9</sup> Corte Suprema, Rol 63.148 de 1992, conociendo de un recurso de Apelación, respecto del amparo presentado en favor de Raúl Gajardo Leopold como autor del delito de homicidio simple de Héctor Arturo Santana Gómez, hecho ocurrido el 16 de septiembre de 1973, y por el cual su autor fue privado de libertad. Al respecto la Corte Suprema resolvió: “Por estas consideraciones y de acuerdo con lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, se revoca la resolución apelada de 31 de enero último escrita a fojas 8, y se declara que se acoge el amparo deducido en favor de Raúl Gajardo Leopold, dejándose sin efecto, en consecuencia, el auto de reo dictado en su contra”, Considerando N° 2.

<sup>10</sup> Rol 63.148, sentencia de 2 de junio de 1992, párrafo 2.

<sup>11</sup> “3°.- que el art. 1° del decreto ley N° 2.191, de 1978, concedió amnistía a todas las personas que hayan participado en hechos delictuosos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, ... 4°.- Que la exigencia de los arts. 279 bis y 413 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto disponen que la investigación debe ser agotada antes de dictar sobreseimiento definitivo o temporal, debe entenderse en concordancia y armonía con el art. 107 del mismo cuerpo legal que preceptúa: Antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten

su vigencia, el juez estaba obligado a aplicarla y dictar el sobreseimiento definitivo, como había instruido un Pleno de la Corte Suprema<sup>12</sup>. Ni tampoco consideraba necesario que la investigación llegara hasta encontrar el cuerpo de una persona detenida y desaparecida antes de aplicar la amnistía<sup>13</sup>.

La Corte valoró la amnistía como señal de “alta política”, la definió como un “fenómeno histórico milenar” y necesario para la convivencia luego de etapas de crisis interna<sup>14</sup>.

En cuanto a la contradicción entre la amnistía y obligaciones contenidas en tratados ratificados por Chile, la sentencia de la Corte Suprema Rol 5.566–95<sup>15</sup>, consideró que no hubo un conflicto armado interno en términos del art.3 común de los Convenios: “del precitado decreto ley N° 5, se colige que dicho precepto interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el sólo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra, sin que en realidad concurrieran los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra”<sup>16</sup>. Y, además, los jueces

establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio”. Sentencia Rol 28–97 de 20. 08.1998.

<sup>12</sup> “El Pleno de la Corte Suprema, dando estricto cumplimiento a lo ordenado en el antedicho artículo 107, ha expresado en los antecedentes PR N° 7.230, PR N° 7.231, PR N° 7.634 y PR N° 7.655, con fecha 30 de abril de 1992, lo siguiente: Que en conformidad a lo establecido en el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el Juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer si se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio; y Que atendida la fecha de ocurrencia de los hechos denunciados –durante el período cubierto por el D.L. N° 2.191, de Amnistía– el Juez de la causa ha debido dar aplicación a esta última disposición legal, por lo que no resulta procedente la diligencia dispuesta en la resolución antes referida (de que se remitiera antecedentes relativos a un operativo de Carabineros)”. Sentencia Rol 28–97 de 20. 08.1998.

<sup>13</sup> “Que el argumento esgrimido, de que antes de sobreseer es previo ubicar los cadáveres de las personas cuyo desaparecimiento se ha denunciado, no es óbice para respetar la amnistía, no es legítimo impedimento para que ésta cumpla su misión más que milenaria, de 25 siglos, y dictar sobreseimiento definitivo, pues, además de que ya han transcurrido cerca de 20 años desde que acaecieron los hechos amnistiados, existen otros medios para procurar encontrarlos...”. Sentencia Rol 28–97 de 20. 08.1998.

<sup>14</sup> Y señaló: “La amnistía es más que el perdón del delito. Es un acto de alta política, por el que los gobiernos, después de las perturbaciones o trastornos de los pueblos, hacen nula la acción de las leyes, echando el velo de un eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan el orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado... Que siendo efecto de la esencia de la amnistía borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido, como categóricamente lo expresó la Comisión Redactora del Código Penal chileno...” Corte Suprema, Sentencia Rol 4771, de 19.11.1993. En el mismo sentido: Corte Suprema, Rol 614–97, Sentencia de 8 de septiembre de 1998, considerando 6 y 7; Corte Suprema, Rol 2725–96 de 11 de marzo de 1998, considerandos 5 y 6; Corte Suprema, Rol 28–97, sentencia de 20 de agosto de 1998, considerandos 3 a 7; Corte Suprema Rol 973–97, sentencia de 19.08.1998, considerandos 5 y 6.

<sup>15</sup> En esta sentencia de 26.10.1995, la Corte Suprema acogió un recurso de Queja presentado contra una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, y declara sobreseimiento parcial y definitivo de la causa, por esta razón revoca la orden de detención contra Osvaldo Romo, tristemente célebre por ser responsable de numerosas atrocidades cometidas durante la dictadura.

<sup>16</sup> Corte Suprema Rol 5.566: “Lo que ocurre, es que las autoridades de la época, al concentrar amplias potestades constituyentes y legislativas, resolvieron enfrentar la situación de conmoción interna con especial rigurosidad para reprimir y sancionar con una mayor penalidad los delitos contra la seguridad interior del país declarando el estado de sitio por la causal de guerra interna, entre otras razones, para activar la jurisdicción militar de tiempos de guerra. Por ello no se puede estimar fundadamente que a la época de la comisión del delito existiera efectivamente en el territorio nacional un conflicto bélico entre fuerzas contendientes de aquellas a las que aluden los Convenios de Ginebra”.

afirmaron que los Convenios no contenían ninguna prohibición que impidiera la aplicación de la Amnistía<sup>17</sup>.

De 1998 es la sentencia Rol 28-97, donde la Corte Suprema señaló: “por las circunstancias en que se desarrollaron los hechos con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, no es posible sostener que al interior del país existieron fuerzas armadas disidentes o grupos organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercieran sobre una parte del territorio nacional un control suficiente que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, por lo que resulta inaplicable la preceptiva contenida en los tratados internacionales ratificados por Chile ... como son las Convenciones de Ginebra de 1949”<sup>18</sup>.

Pero en los finales de la década de los 90 estas posiciones comenzaron a matizarse. Tres factores incidieron en este cambio: a) en enero de 1998 se produce la designación del Ministro de Fiero, Juan Guzmán, para el juzgamiento de Pinochet y otros en Chile, causa Rol 2182-98; b) en Londres, el 16 de octubre de 1998, se produjo la detención del General Pinochet a raíz de una orden emanada de la Audiencia Nacional española; c) una nueva composición de la Sala Penal de la Corte Suprema, responsable en última instancia de estas causas, promovió el traspaso de los procesos desde la jurisdicción militar a la civil.

El 9 de septiembre de 1998 la Corte Suprema dictó el fallo del caso Poblete Córdova, a partir del cual se inició una segunda etapa, que si bien no unificó la jurisprudencia, permitió que paulatinamente se instalara otra corriente que consideró que la aplicación de los tratados era preferente y que en ellos se contenían prohibiciones para aplicar la amnistía y la prescripción a procesos por graves violaciones a los derechos humanos.

2ª Etapa: las bases de la apertura.

Jean Pierre Matus<sup>19</sup>, sostiene que hasta 1997 los tribunales superiores dieron aplicación *irrestringida* al DL de Amnistía, pero que a partir de 1998 con la sentencia del caso por la desaparición forzada de Enrique Poblete Córdova<sup>20</sup>, las Cortes introdujeron algunas reflexiones que mesuraron su aplicación.

<sup>17</sup> “Que, en otro orden de ideas cabe destacar que ninguno de los Convenios de Ginebra señala que los delitos allí indicados no serán amnistiados y, por ende, que a los Estados obligados por ellos les esté expresamente prohibido dictar leyes de amnistía”. Corte Suprema Rol 5.566.

<sup>18</sup> Corte Suprema Rol 28-97 de 20.08.1998. En el mismo sentido, Corte Suprema: Rol 614-97, sentencia de 08.09.1998; Rol 973-97, sentencia de 19.08.1998.

<sup>19</sup> Matus Jean Pierre. “Informe Pericial para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006” en *Ius et Praxis* [online]. 2006, vol. 12, n°.1 [citado 10 diciembre 2008], p. 275-296. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100012&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100012&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012.

<sup>20</sup> La Corte Suprema en el Caso Poblete Córdova, Rol 469-98 sentencia de 9 de septiembre de 1998, acogiendo recurso de Casación en el Fondo, ordenó revocar la sentencia dictada por la Corte Marcial que había sobreseído definitivamente el conocimiento de la causa por encontrarse extinguida la responsabilidad penal por amnistía, y señaló: “en el caso de autos la investigación no se encuentra concluida, correspondiendo proseguir las pesquisas para indagar la forma en que ocurrieron los hechos y determinar la identidad de quienes participaron criminalmente en

En esta segunda etapa los jueces introdujeron tres cuestiones relevantes: 1) Previa aplicación del DL. de Amnistía debe estar determinada la persona del responsable, así que aquellos procesos sobreesidos (temporal o definitivamente) debían ser repuestos a la etapa del sumario<sup>21</sup>; 2) Por haber existido un conflicto armado interno (en los términos del art. 3 común de los Convenios) los tratados internacionales suscritos por Chile, son de aplicación “preeminente”<sup>22</sup>; 3) En el caso de la desaparición forzada de personas, se está ante un ilícito de carácter permanente ya que aunque su fecha de inicio es conocida, se ignora el destino y paradero de la víctima, por lo que cabe la posibilidad de que el delito se extendiera más allá *del ámbito temporal y sustantivo* del DL.<sup>23</sup>.

La sentencia es valiosa, aunque no la primera en este sentido. Antes, en 1994 la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 13.597–1994) en un caso por ejecución extralegal, ya había sostenido la doctrina de la prevalencia del Derecho Internacional pero el fallo había sido revocado por la propia Corte Suprema<sup>24</sup>.

En el marco de este nuevo desarrollo, se produjo otro avance cuando los crímenes pasaron a ser considerados como delitos comunes, no sujetos a fuero militar como había ocurrido hasta entonces. Este criterio propició un cambio fundamental pues hasta ese momento los tribunales más favorables a la aplicación de amnistías y prescripciones habían sido los de jurisdicción militar<sup>25</sup>.

ellos; por lo que al decidir en contrario los jueces de la instancia incurrieron en error de derecho ...”. Considerando 6°.

<sup>21</sup> Caso Poblete Córdova, considerando 8°: “para aplicar la amnistía, debe estar igualmente determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los sucesos investigados...”.

<sup>22</sup> Caso Poblete Córdova, Considerando 9° “Que, en el siguiente punto a considerar, ha de tenerse presente que luego del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas destituyeron el gobierno y asumieron el poder, el que expresaron mediante el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo; se dictó así por la Junta de Gobierno, a la sazón, el 12 de septiembre de 1973 el decreto ley N° 5, que en su artículo 1° declaró interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmovión interna (situación que regía al 19 de julio de 1974), debía entenderse como estado o tiempo de guerra para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial del 17 al 20 de abril de 1951...”.

<sup>23</sup> Caso Poblete Córdova, considerando 11°. “Que, en otra perspectiva, ha de considerarse que se dio comienzo a la perpetración de los hechos el 19 de julio de 1974, ignorándose hasta esta fecha el destino y paradero de Pedro Poblete Córdova, por lo que es posible que el o los ilícitos que hubieren de establecerse excedieran el ámbito temporal y sustantivo de aplicación del decreto ley N° 2.191”.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 13.597–1994, de 26.09.1994. Sentencia por la ejecución extralegal y torturas de Lumi Videla, fue redactada por Humberto Nogueira, entonces abogado integrante de la Corte. En ella los sentenciadores señalan que es obligación del Estado aplicar un trato humanitario, estando prohibidos en cualquier tiempo y lugar: los atentados a la integridad corporal, las mutilaciones, los tratos crueles inhumanos y degradantes, las torturas, los suplicios y los atentados a la vida.

<sup>25</sup> En este sentido la Corte Suprema dijo: “Apareciendo de autos que el hecho investigado es un delito común, de competencia de la justicia ordinaria, remítanse estos autos al Segundo Juzgado del Crimen de Linares a fin de que siga conociendo de ellos en la forma legal que corresponda”. Corte Suprema, Sentencia Rol 4135, sentencia de 20.11.2002. En el mismo sentido Corte Suprema Rol 5212–2005, sentencia de 04.01.2006; Rol 30751, sentencia de 16.11.1994.

Otro antecedente que ayuda a comprender los criterios que se asientan en esta etapa, es que en el año 2001 la Corte Suprema designó a nueve jueces con dedicación exclusiva y 51 jueces preferentes para investigar 114 casos de detenidos desaparecidos, como resultado de la información que se obtuvo a propósito de las Mesas de Diálogo sobre Derechos Humanos.

En el año 2004, se dictó la sentencia condenatoria por la desaparición forzada de Miguel Ángel Sandoval, Rol 517-2004<sup>26</sup>, que marcó un nuevo momento en los criterios sostenidos hasta entonces.

3ª Etapa: la creciente aplicación del Derecho Internacional por los jueces nacionales.

En la Sentencia del caso Sandoval, la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y fondo contra la sentencia del Ministro de Fuego que condenó a miembros del ejército y de la DINA y confirmó las penas de reclusión a que fueron condenados sus responsables. Los jueces del tribunal superior calificaron la desaparición forzada como una infracción grave a los Convenios de Ginebra, fuera del ámbito sustantivo y temporal del DL. En este sentido, concluyeron:

- a. las Convenciones de Ginebra son de aplicación preferente;
- b. a la luz de la normativa internacional la desaparición forzada de personas es una infracción grave a los Convenios y conforme al artículo 148, ha quedado vedada la aplicación de medidas que amparen esos agravios y consigan la impunidad de sus autores;
- c. desde el punto de vista del derecho interno la desaparición forzada se tipifica como secuestro calificado, es decir, un delito permanente.

Los jueces se valieron “a título ilustrativo” de: “la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y la resolución que creó el Tribunal Internacional para juzgar los delitos cometidos en la ex Yugoslavia, así como el Estatuto de la Corte Penal”<sup>27</sup>. Los responsables de la desaparición de Miguel Ángel Sandoval fueron condenados por el delito de secuestro permanente, tipificado en el art. 141 del Código Penal<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Caso Sandoval, sentencia de la Corte Suprema de 17 de noviembre de 2004, Rol 517-2004, seguida por la detención y posterior desaparición de Miguel Ángel Sandoval en manos de miembros de la Dirección Nacional de Inteligencia DINA, y donde se condenó a: “Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y Marcelo Luis Manuel Moren Brito a quince años de presidio mayor en su grado medio cada uno y a las accesorias respectivas; y a Miguel Krassnoff Martchenko, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, así como las accesorias correspondientes, por su responsabilidad de co-autores del secuestro calificado”.

<sup>27</sup> Caso Sandoval, Considerando Décimo Octavo.

<sup>28</sup> “De lo anterior fluye claramente que la condena en comento se asentó en el artículo 141, incisos 1º y 4º, del Código punitivo, que reprime el delito de secuestro calificado, lo que resulta evidente de la sola lectura del fundamento trigésimo tercero del fallo en revisión, y no en las regulaciones que invoca el impugnante, las cuales sólo dan cuenta de la importancia del delito cometido y cómo, a través del tiempo, se ha tratado de reforzar aún más la idea del respeto a la libertad individual como un bien jurídico de la mayor importancia, así como el reconocimiento a la vida y dignidad de las personas y de quienes tienen el justo y legítimo derecho de conocer el paradero de los que han sido detenidos”. Caso Sandoval, Considerando Décimo Octavo.

En cuanto a la prescripción, los sentenciadores señalaron que el tiempo para su cómputo no empezaba sino una vez que el delito hubiera cesado<sup>29</sup>.

Con esta sentencia se dio inicio a una etapa donde la tesis de la aplicación preferente del DIDH y el DIH<sup>30</sup> en el ámbito interno se convirtió en criterio dominante<sup>31</sup>.

### I. 3. Los ámbitos donde subsiste la controversia jurisprudencial

#### A. Media prescripción

La invocación de los tratados internacionales ha incidido de manera más difusa en el tratamiento de la pena, es decir, en la sanción que se impone a los responsables de crímenes de lesa humanidad. En este asunto, los jueces han introducido algunos criterios que FASIC<sup>32</sup> calificó como “justicia con clemencia”. Esta tesis implica que se imponen penas tan bajas que permiten a los condenados acceder al beneficio de la libertad vigilada.

A partir de 2007 la Corte Suprema, si bien confirma el criterio por el que la prescripción es una medida inaplicable a los crímenes de lesa humanidad, en cambio, da lugar a la aceptación de la atenuante especial de media prescripción que permite rebajar la pena. La Corte considera que la prohibición contenida en el DI no alcanza la atenuación de la pena, y que solo se referiría al efecto extintivo de la responsabilidad penal.

La sentencia de la Corte Suprema Rol 6525-06 concluye: “...de acuerdo a las reglas del Derecho Internacional sobre imprescriptibilidad de los crímenes de esta naturaleza... Que respecto a la media prescripción,... cabe considerar, también, para declarar su concurrencia, el carácter de norma de orden público y, por ende, de aplicación obligatoria para los Jueces, que inviste el artículo 103 del Código Penal que la consagra,

<sup>29</sup> Caso Sandoval, Considerando Trigésimo Nono: “Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido”.

<sup>30</sup> DIH: Derecho Internacional Humanitario.

<sup>31</sup> Es importante señalar que desde 2004 se han dictado algunos fallos que dan aplicación a la amnistía y la prescripción dado que algunos jueces llamados a integrar la Sala Penal de la Corte Suprema, son partidarios de ambas instituciones, como ocurre con la sentencia de la Corte Suprema Rol 457-02 En esta sentencia de 4 agosto de 2005 por el homicidio calificado de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Alvarez ocurrida el 5 de octubre de 1973, los jueces concluyeron que incluso de ser aplicables las Convenciones, ellas no contienen ningún tipo de prohibición para aplicar causales de extinción de la responsabilidad penal. Respecto a la prescripción, concluyeron que aunque estuviera probado el homicidio calificado del los estudiantes, habían transcurrido más de 25 años, por tanto, procedía la absolución de los responsables por haber extinguido su responsabilidad penal por la prescripción de la acción penal.

Por otra parte, recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago ha manifestado un nuevo matiz en el caso por la desaparición forzada de David Urrutia Galaz, ocurrida el 20 de diciembre de 1975, Rol 14.281-06, de 2007, donde sostuvieron que el DL N°5 sólo rigió entre el 12 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de 1974, y sólo durante ese período puede entenderse que hubo un conflicto armado interno. En cuanto a la prescripción consideraron que ningún tratado ratificado por Chile con anterioridad a la fecha de los hechos había establecido un límite para su declaración.

<sup>32</sup> Informe de FASIC. Balance de derechos Humanos 2008. Disponible en: <http://www.fasic.org/doc/docs.htm>.

por lo que en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo, no se advierte ningún obstáculo constitucional, legal, de tratados internacionales ni de *jus cogens* para su aplicación, desde que aquellas prescripciones sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal... ”<sup>33</sup>.

El problema de la pena, del quantum de la sanción, es un asunto que aborda el Estatuto de la Corte Penal, pero que Chile sólo ha ratificado en junio de 2009, de manera que no se tuvo a la vista al momento de dictar esta sentencia. Además este asunto también es tratado en la IV Convención de Ginebra en el artículo 146 cuando dice que las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar medidas legislativas que determinen adecuadas sanciones penales para los responsables de infracciones graves a los convenios.

Según se desprende de las últimas condenas, en criterio de los jueces, una sanción adecuada no supone la privación de libertad. La carencia de desarrollo normativo para esta clase de crímenes deja al juez un marco amplio de actuación, sin perjuicio de que el Derecho Penal le entrega suficientes herramientas para que, basándose en la gravedad del hecho y los bienes jurídicos en juego, esté obligado a aplicar sanciones proporcionales.

Por otra parte, la Ley 20.357 publicada el 18 de julio de 2009, aunque tipifica y sanciona los crímenes de guerra y de lesa humanidad, es posterior a la época de los crímenes de la dictadura. No puede ser aplicada a hechos ocurridos antes de su vigencia, lo que no impide que el juez pueda tenerla a la vista a la hora de analizar los hechos y su gravedad, y que las sanciones se adecuen a los estándares previstos en la Ley.

B. La responsabilidad civil en causas por graves violaciones a los derechos humanos.

Los distintos principios que inspiran a la responsabilidad civil y penal inciden para que la jurisprudencia de los tribunales nacionales sea pendular en la materia.

En este caso la discusión radica en si acaso la obligación de reparar, al igual que el deber de investigar y sancionar, se extingue por el transcurso del tiempo y si es afectada por la Amnistía. Se han encontrado en esta materia tres tesis que se sistematizan a continuación.

i. La tesis de la imprescriptibilidad de la responsabilidad penal y civil en casos de delitos permanentes

En el caso por la desaparición forzada de Manuel Edgardo Cortez Joo, los sentenciadores consideraron que por tratarse de un delito de carácter permanente, el mismo criterio

<sup>33</sup> Corte Suprema. Estado de Chile; Miriam Luz Ancacura; Pafán; María Ester Hernández Martínez; con Sergio Héctor Rivera Bozzo (2007). En el mismo sentido: Corte Suprema. Fiscalía Judicial; María Angélica Rivera Sánchez; Juan Patudo Rivera Sánchez; Gaby Lucía Rivera Sánchez; Jovina del Carmen Rivera Sánchez; Olga Matilde Rivera Sánchez; Cecilia de las Mercedes Rivera Sánchez; Juan Carlos Rivera Sánchez con Freddy Enrique Ruiz Bunger; Carlos Arturo Madrid Hayden; Alvaro Julio Federico Corbalán Castilla; Sergio Antonio Díaz López (2007).

ha de aplicar a la responsabilidad civil<sup>34</sup>; “... en cuanto a que el delito de secuestro de que es víctima Manuel Edgardo Cortez Joo es de carácter permanente, no podemos sino concluir que la acción civil deducida en autos no se encuentra prescrita en los términos del artículo 2332 del Código antes citado”<sup>35</sup>. En este caso los jueces evaluaron el daño en 20.000.000 (veinte millones de pesos) y condenaron a los responsables individuales a resarcir este monto<sup>36</sup>.

ii. La tesis que, aplicando el DIDH en materia penal, respecto a la responsabilidad civil aplica reglas de prescripción contenidas en el Código Civil

En proceso por la responsabilidad civil del Estado por el homicidio de prisioneros de guerra, la Corte suprema ratificó la vigencia y aplicabilidad de las Convenciones de Ginebra en lo que se refiere a la responsabilidad penal<sup>37</sup>, pero respecto a la responsabilidad del Estado, consideró que las limitaciones impuestas por el art. 131 de la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, no la alcanzaban. Por esta razón procedió a aplicar las normas generales sobre prescripción de la responsabilidad contractual y extracontractual contenidas en el Código Civil<sup>38</sup>.

iii. La tesis de la incompatibilidad de la reparación del daño moral con las prestaciones establecidas en la Ley 19.123

Las medidas de reparación impulsadas por el ejecutivo en la Ley 19.123 y modificaciones de la Ley 19.980, han sido consideradas en algunos casos al momento de analizar la responsabilidad patrimonial del Estado. En un caso por indemnización del daño moral sufrido por secuestro y posterior desaparición, la Corte Suprema señaló: “es un principio general de derecho el que un daño que ya ha sido reparado no da lugar a indemnización... Que lo razonado en los considerandos que preceden conduce necesariamente a concluir que existe incompatibilidad entre la acción indemnizatoria del daño moral invocada por los actores y la pensión de reparación y demás beneficios de la ley N° 19.123...”<sup>39</sup>.

Un criterio similar sostuvo la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. En este caso la Corte consideró que el Estado había dado cumplimiento a este deber a través de los distintos beneficios que el Estado había concedido en este y otros casos análogos<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> Corte Suprema Luisa Faustina Joo con Miguel Krassnoff Martchenko; Luis Manuel Moren Brito; Osvaldo Enrique Romo Mena; Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo; Basclay Humberto Zapata Reyes (2007).

<sup>35</sup> *Ibidem*, Corte Suprema (2007).

<sup>36</sup> Un criterio distinto fue sostenido por la misma Corte en: Corte Suprema. Pizani Burdiles, Gladys del Carmen y otra con Fisco de Chile (2003).

<sup>37</sup> Corte Suprema. Julio Artemio Vergara Jofré; Hugo Antonio Vergara Muñoz; Alberto Santander Muñoz con Fisco de Chile (2004), Considerando Séptimo. En el mismo sentido: Corte Suprema. Domic Bezic y otros con Fisco (2002).

<sup>38</sup> Corte Suprema. Pizani Burdiles, Gladys del Carmen y otra con Fisco de Chile (2003). Considerando Octavo.

<sup>39</sup> Corte Suprema. Hilda Elena Espinoza Figueroa; Esteban Rodolfo Riosco Espinoza; con Fisco de Chile (2006).

<sup>40</sup> Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Serie C No. 154. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párrafos 138 y 161.

A la vista de las sentencias analizadas, en criterio de los jueces la limitación de la autoexoneración que las Convenciones de Ginebra imponen al Estado no alcanza la responsabilidad civil. En esta materia, existe abundante y reiterada jurisprudencia de la Corte IDH que sostiene que el deber de reparar graves violaciones a los derechos humanos comprende naturalmente el deber de reparar el daño, que tampoco podrá estar sujeto a limitaciones, como ocurre con la responsabilidad penal<sup>41</sup>.

Los tribunales chilenos han dictado sentencias tanto a favor, como en contra de declarar la prescripción de la acción civil; en consecuencia, en algunos casos se han reconocido compensaciones económicas y en otros casos se ha negado lugar a dichas reparaciones. Este es un resultado inaceptable y no comprensible para las víctimas. Sobre esta polémica, considero que ni la responsabilidad penal ni la civil prescriben, precisamente por la intensidad de la lesión.

En cuanto a las reparaciones que se han otorgado por ley, me sumo a los criterios de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. La Corte consideró que el Estado había dado cumplimiento al deber de reparación a través de distintos beneficios que el Estado había concedido en este y otros casos análogos: “este Tribunal tuvo como demostrado que Chile, a partir del retorno a la democracia, ha llevado adelante una política de reparaciones por las violaciones perpetradas durante el período de dictadura militar. Esta política ha beneficiado a las víctimas sobrevivientes y a los familiares de las víctimas fallecidas o desaparecidas, y ha buscado la reconciliación nacional...”<sup>42</sup>.

Conforme lo señalado por la Corte, sería pertinente que en los casos donde se persigue la reparación del daño, los tribunales analizaran caso a caso las reparaciones que se han otorgado por vía legislativa, y que ellas también fueran consideradas al momento de fijar la reparación dentro del proceso.

#### I.- 4.- Tratados, *ius cogens* y la noción crímenes de lesa humanidad

La aplicación de las Convenciones de Ginebra ha supuesto que en el conocimiento de actos constitutivos de violaciones graves, se empleen dos clases de normas: nacionales e internacionales. Las primeras, en la tipificación del delito y la determinación de la pena; las segundas, para fundamentar la inaplicabilidad de la prescripción y la amnistía. En el supuesto de estar ante un ilícito que a la luz del DI pueda calificarse como crimen de guerra o de lesa humanidad, los jueces han entendido que ese hecho impide que respecto a esos crímenes pueda aplicarse amnistía o prescripción<sup>43</sup>.

En cuanto a la invocación de normas del *ius cogens*, en el caso *Chena* los sentenciadores sostuvieron que a la época de los hechos existía un *sistema de protección obligatorio para*

<sup>41</sup> Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, Considerando 136.

<sup>42</sup> Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, párrafos 138 y 161.

<sup>43</sup> Reconocen estar ante crímenes de guerra o de lesa humanidad, entre otras, las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones Rol 7668-06, sentencia de 16.08.07; Corte de Apelaciones Rol 11801-06 de 18.12.07; Corte de Apelaciones Rol 13.447-06 sentencia de 10.01.08; Corte Suprema Rol 6525-06 sentencia de 05.09.07.

*el Estado de Chile*, de manera independiente al consentimiento que hubiere expresado el Estado. Consideraron que esas normas correspondían a lo que la doctrina denomina *ius cogens*, que prohíben los crímenes de lesa humanidad en toda clase de conflictos armados internacionales o internos, y afirmaron que esas normas, junto al derecho convencional, *forman parte integrante del derecho chileno*.

La sentencia consideró que su infracción afectaba *gravemente la conciencia moral de la humanidad*, obligatoria para toda la comunidad internacional independientemente de su rechazo o aquiescencia, pues son reglas de derecho consuetudinario internacional que se mantienen en el tiempo, hasta que un tratado o la costumbre la modifiquen<sup>44</sup>.

## ***II.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile***

Atender los criterios del Tribunal Constitucional en esta materia es fundamental para conocer el estado de la cuestión y el nivel de sintonía entre la jurisdicción ordinaria y constitucional en cuanto al valor de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento. Quizá pueda parecer extraño, especialmente para quienes no están familiarizados con la polémica en torno al valor de los tratados en nuestro ordenamiento, pero lo cierto es que la falta de consenso en cuanto al sentido y alcance del inciso segundo del artículo 5 CPR también ha implicado que en algunos momentos esta sintonía sobre la que queremos indagar sea escasa.

Es importante prevenir que el TC no se ha pronunciado sobre la tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos, pero sí se ha referido al valor de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento.

En el desarrollo de los criterios del TC, se distinguen dos etapas. En la primera (1990-2006), el TC señaló expresamente que los tratados están sometidos al principio de supremacía constitucional. Este pronunciamiento se produjo a propósito del requerimiento de un grupo de diputados por la inconstitucionalidad de la aprobación del Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional<sup>45</sup>, que fue acogido por el tribunal, razón por la que ordenó una reforma constitucional previa para su aprobación<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> En el mismo sentido: caso por la extradición del ex-Presidente de Perú, Alberto Fujimori, el informe de la Fiscal del caso, favorable a conceder su extradición, reitera el criterio de obligatoriedad de las normas del *ius cogens*: "Respecto de la aplicabilidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, instrumentos de Derecho Internacional convencional que Chile ha suscrito aunque no ratificado, estima este Ministerio que ellos en razón de lo recién expresado sólo pueden resultar aplicables en el presente caso en cuanto digan relación con los principios de Derecho Internacional considerados como "ius cogens". Informe de la Fiscal de la Corte Suprema, Sra. Mónica Maldonado, en el caso seguido por la extradición de Alberto Fujimori de 7 de junio de 2007.

<sup>45</sup> Rol 346, Sentencia de 8 de abril de 2002.

<sup>46</sup> La negociación al interior del Congreso Nacional para la aprobación a la reforma constitucional, ha tardado más de 7 años. Sólo el 26 de mayo de 2009 se acordó su texto definitivo, publicado en el Diario Oficial el 30.05.2009.

En la segunda, distingue la jerarquía del tratado, de los derechos esenciales que ellos contienen. En efecto, a partir del año 2006, sin contradecir su primera tesis, el TC ha comenzado a incorporar referencias al Derecho Internacional en sus juicios de constitucionalidad aunque sin explicar las reglas que rigen esta invocación ni el valor concreto de los derechos de tratado respecto a los derechos constitucionales<sup>47</sup>.

En la actualidad el consenso alcanzado llega hasta aceptar que los juicios de constitucionalidad elaborados desde el derecho interno, sean reforzados con referencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la doctrina y a la jurisprudencia comparada.

Siguiendo la tipología propuesta por Fernando Rey<sup>48</sup> los criterios que podrían estructurarse a partir de la última jurisprudencia del TC son:

A) Los tratados contribuyen a reforzar argumentos

La prohibición de la prisión por deudas ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial en el ordenamiento jurídico nacional, su prohibición no ha sido establecida por el legislador, que por el contrario, la había impuesto en algunos casos.

La jurisprudencia del TC coincide con la posición de los tribunales superiores, y reconoce la improcedencia en el ordenamiento jurídico nacional de la prisión por deudas<sup>49</sup>.

B) Los tratados aportan elementos para conformar contenido de los derechos: contribuyen a delimitar su titularidad

De interés nacional fue la sentencia sobre protección del derecho a la vida, dictada por el TC a raíz del control de constitucionalidad del Decreto Supremo No 48 del

<sup>47</sup> Por ejemplo, en la causa Rol 728, sentencia de 3 de julio de 2007, en un caso de prisión por delito tributario, donde se persiguió la declaración de inconstitucionalidad de la norma que impone una caución como pre requisito para optar al beneficio de libertad, la parte recurrente alega como preceptos infringidos el inciso segundo del artículo 5, y los siguientes artículos de tratados: "a) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7º N° 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, los cuales reconocen que la libertad provisional puede estar subordinada a las garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y en su caso, para la ejecución del fallo; y b) La Resolución 11/65 del Consejo de Europa, que señala que la prisión preventiva debe regirse básicamente por los siguientes principios: No debe ser obligatoria y la autoridad judicial adoptará su decisión tomando en cuenta las circunstancias del caso; debe ser considerada como una medida excepcional; y debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos".

El Tribunal acogió la demanda y declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal por contradecir el art. 19 N° 3 (igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos) y 19 N° 26 (protección del contenido esencial) en relación al art. 5 inciso segundo, y respecto a los derechos de tratado el TC resolvió "Que, acogida la acción por los fundamentos expuestos, resulta innecesario pronunciarse sobre los demás vicios de inconstitucionalidad en la aplicación del precepto, denunciados en el requerimiento".

<sup>48</sup> Rey Martínez, Fernando. El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE). Revista General de Derecho. Madrid.

<sup>49</sup> Los casos que el Tribunal Constitucional ha conocido sobre prisión por deudas se han dado en el marco de: de privación de libertad por deudas en materia provisional (de las analizadas en el apartado anterior); cauciones para acceder o conservar el beneficio de la libertad por no pago de impuestos; privación de libertad por falta de pago de indemnización del daño civil en un cuasidelito de homicidio. Tribunal Constitucional, Rol 519 sentencia de 5 de junio de 2007; Rol 728 sentencia de 3 de julio de 2007; Rol 807 sentencia de 4 de octubre de 2007; Rol 576, sentencia de 24 de abril de 2007.

Ministerio de Salud que disponía la distribución gratuita en centros de salud públicos de la “píldora del día después”. En la sentencia Rol 740–07–CDS, el TC resolvió, ante la duda razonable de que el principio activo levonorgestrel afectara la vida del nasciturus, la inconstitucionalidad de las normas sobre regulación de la fertilidad que integraban el DS 48 del Ministerio de Salud en la parte que se refiere a la anticoncepción de emergencia.

En este caso, varios tratados de derechos humanos fueron invocados en diversos sentidos: para reforzar argumentos, como se acaba de examinar y también para delimitar su titularidad, dado que el inicio de la vida no fue definido en la Constitución de 1980<sup>50</sup>.

C) Tratados como parámetro de constitucionalidad: la Convención sobre Derechos del Niño<sup>51</sup>.

En la causa Rol 786 sobre responsabilidad juvenil por infracción de leyes penales<sup>52</sup>, el requerimiento se fundamentó en que la norma introducida a través de la reforma de la Ley 20.084, vulneraba el artículo 5º inciso segundo, en relación con los artículos 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el principio de no retroceso en materia de derechos humanos, dado que conforme a la nueva normativa, el juez quedaría obligado a imponer como única sanción posible para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado.

El TC desechó la cuestión de constitucionalidad pues consideró “que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del “interés superior” del mismo”<sup>53</sup>. Y señaló

<sup>50</sup> “Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente– señala, en su artículo 4.1, que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. De esta manera, este tratado internacional –que forma parte del ordenamiento jurídico chileno– resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquella que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución... Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente –y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas–, el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción. Rol 740 –CDS, Considerandos Quincuagesimotercero y Quincuagesimocuarto.

<sup>51</sup> Alejandro Saiz Arnaiz (1999) sostiene para el caso español, que los tratados sobre derechos humanos a que se remite el 10.2 de la CE “no serán nunca, por sí mismos, medida de la validez de las actuaciones de los poderes públicos: el parámetro, ya ha quedado dicho, lo forman las solas normas constitucionales construidas a partir de las disposiciones constitucionales con la (obligada) ayuda de los convenios internacionales”. La conclusión señalada no contradice, a juicio del autor, que “si el paso de la disposición a la norma ha de hacerse de conformidad con los acuerdos y convenios internacionales y, en definitiva, si aquella norma recibe (al menos una parte de) su contenido de las citadas fuentes de producción externa, éstas integrarán también en *ultima ratio* el parámetro empleado, por mucho que el intérprete pretenda enmascarar esa realidad”. pp. 266.

<sup>52</sup> El requerimiento fue presentado por un grupo de diputados que solicitaron que el TC se pronunciara acerca de la constitucionalidad de un proyecto de ley que modificaba la Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracción de leyes penales.

<sup>53</sup> Rol 786, Sentencia de 13 de junio de 2007, Considerando Vigésimoséptimo: “Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley N° 20.084 y, específicamente, su artículo 2º, que establece: “Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”. “En la aplicación

que “se ha recordado de qué manera la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha tenido presente que, de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, [que] no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador”<sup>54</sup>.

#### D) Reconocimiento constitucional de los derechos esenciales contenidos en tratados ratificados y vigentes

En cuanto a los derechos contenidos en tratados ratificados y vigentes el tribunal ha dicho que el sistema constitucional nacional se estructura sobre la base del reconocimiento de dos tipos de derechos: los contenidos en el artículo 19 y los esenciales contenidos en tratados ratificados y vigentes. Pero no ha concretado el alcance de esta afirmación, ni la relación entre ambos, ni si acaso esto podría significar que una norma que afecte a un derecho de tratado aunque no tenga ninguna conexión con los derechos del artículo 19, pueda ser admitida. El tribunal ha dicho: “Que del párrafo transcrito ha de ponerse de relevancia la calidad de “sujeto de derecho” y, por ende, titular de derechos, que caracteriza a toda persona a quien se aseguran los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental, como también aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos asimismo por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 5° de la Ley Suprema... Que, sobre la base de lo afirmado, puede sostenerse que el estatuto constitucional chileno se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y, en particular, como titular de los derechos que se aseguran en el artículo 19 de la Carta Fundamental cuanto de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes...”<sup>55</sup>.

#### E) Criterios interpretativos del DIDH aplicados para la resolución del juicio de constitucionalidad: el principio pro-homine

La sentencia que declaró la inconstitucionalidad del Decreto Supremo No 48 en la parte relativa a la anticoncepción de emergencia, además de los aspectos ya abordados, desarrolló otras cuestiones de interés.

de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” La norma transcrita no fue modificada por el proyecto de ley que se impugna, originado en el Mensaje Presidencial N° 170-355 y complementado, entre otras, por la indicación impugnada en este proceso. En el texto del Mensaje se lee precisamente que: “... con la implementación de una nueva justicia penal adolescente... se pretende, además de dar cumplimiento a numerosos y diversos tratados internacionales en materia de infancia y adolescencia...”.

<sup>54</sup> Rol 786, Sentencia de 13 de junio de 2007, Considerando Vigésimoctavo.

<sup>55</sup> Sentencia causa Rol 740, de 18 de abril de 2008. Considerandos Cuadragésimo cuarto, y Cuadragésimo quinto.

Cuando el tribunal despejó el problema de la titularidad del derecho a la vida, que atribuyó al nasciturus, analizó el fondo del asunto reconociendo, señaló, una duda razonable acerca de si el principio activo levonorgestrel afectaba el derecho a la vida del nasciturus<sup>56</sup>.

Para resolver sobre la adecuación del Decreto Supremo a la Constitución, los Ministros se valieron del principio pro-homine, elaborado en el ámbito interamericano por la Corte IDH, para fundamentar el juicio de inconstitucionalidad<sup>57</sup>.

En su última jurisprudencia más reciente el Tribunal Constitucional ha reconocido que nuestro catálogo de derechos se integra por los derechos reconocidos en el texto de la Constitución y también por aquellos que se encuentran implícitos. Para que opere este reconocimiento el tribunal ha analizado la concurrencia de tres condiciones. Debe tratarse de derechos relacionados con la dignidad humana y con el derecho a la vida y, además, que su reconocimiento conste también en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. Ello supone que los derechos constitucionales son los reconocidos en el art. 19 de la Constitución y también los que se encuentran implícitos en su texto.

El TC ha defendido esta tesis en relación a dos derechos: el derecho a la identidad (Rol 1881-10) y el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>58</sup>. En efecto, apartándose del debate sobre el rango de los tratados y el bloque constitucional de derechos, aunque con prevenciones<sup>59</sup>; el TC ha reconocido la existencia de derechos más allá del catálogo del artículo 19 y ha dicho: “el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país...”<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Rol 740-CDS Considerando “SEXAGESIMOTERCERO: Que la constatación, durante la tramitación de este proceso constitucional, de una profunda disparidad de puntos de vista entre los expertos llamados a señalar el comienzo de la vida humana y, por ende, los reales efectos de los regímenes de anticoncepción de emergencia, como aquellos a que aluden las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, no puede llevar a esta Magistratura a eludir un pronunciamiento sobre una de las funciones que definen la esencia de su quehacer...”

<sup>57</sup> La sentencia señaló: “Que, para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprometida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985)...” Rol 740-CDS, Considerando Sexagesimosexto y Sexagesimonoveno.

<sup>58</sup> En este sentido, vid Rol 946, Rol 1345, Rol 1535.

<sup>59</sup> En este caso véase la sentencia Rol 1988-11, donde algunos de sus Ministros se pronuncian claramente por el reconocimiento de un bloque constitucional de derechos.

<sup>60</sup> Rol 1881-10.

La tesis de los derechos implícitos supone la apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos, que da fuerza normativa al inciso segundo del artículo 5 de la CPR.

No se trata de una apertura indiscriminada a todos los derechos contenidos en el Derecho Internacional e implica que en el debate al que nos hemos referido, el Tribunal se aproxima más a la tesis de un sistema de derechos que integra derechos de la Constitución con derechos contenidos en tratados ratificados y vigentes.

### *III.- Límites a la libertad de expresión y la tipificación de la negación, apología y justificación de los crímenes de lesa humanidad.*

Por último y regresando al tratamiento de las violaciones graves a los derechos humanos, entre las cuestiones que han despertado controversias recientes debemos mencionar la iniciativa presentada por un grupo de diputados y que consiste en un proyecto de ley para sancionar la apología de los crímenes de lesa humanidad, contenida en el Boletín 8049-17.

Para comprender las implicancias de esta iniciativa, quisiera recordar el “homenaje” que se realizó en dependencias de la Municipalidad de Providencia a Miguel Krassnoff Martchenko, condenado a más de 100 años por homicidio, secuestro calificado y la tortura de opositores, conocido por su especial crueldad desde los mismos inicios de la dictadura. La reacción de la ciudadanía fue inmediata y la actividad fue seguida de manifestaciones y protestas.

¿Es posible limitar la libertad de expresión y sancionar la minimización, justificación o apología de los crímenes de lesa humanidad?

Es de sobra conocido el valor de la libertad de expresión para la democracia, no me detendré en este asunto, sino en analizar la constitucionalidad de los límites a su libre desarrollo. Conforme a la Constitución artículo 19, la Constitución asegura a todas las personas N° 12:

“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiere sido emitida”.

Asimismo, y desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estos límites también se han incorporado en algunos tratados de los que Chile es parte:

i) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas artículo 19:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberían, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20 :

1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la habilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

ii) Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 13:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesario para asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicos.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres o aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2º.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

También en el derecho comparado estos límites se han establecido<sup>61</sup>. En cuanto a los criterios de la Comisión Europea de Derechos Humanos, ésta ha señalado que existen injerencias y límites a la libertad de expresión cuando se trata, por ejemplo, de la difusión de folletos que desconocen o cuestionan el número de víctimas del holocausto aunque no se haga referencia a una persona en concreto sino que se refiera en general al pueblo judío.

Los criterios, primero de la Comisión y luego del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a los límites a la libertad de expresión y la configuración de tipos penales por la negación o apología del holocausto, han sido invariables. Se han referido a la aplicación de tipos penales contenidos en el ordenamiento alemán (a partir del art. 130 del Código Penal); austriaco (por la Ley de Prohibición del Nacional-Socialismo); y francés (por aplicación de la ley Gayssot 90-615 de 1990 que castiga actos racistas, antisemitas y xenófobos y la apología de los crímenes contra la humanidad), considerando que la condena por vulneración de dichas normas no vulneraba el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dichos criterios se han dirigido en tres direcciones:

si bien se produjo una injerencia en la libertad de expresión del demandante, la restricción estaba prevista en la ley

la medida no resultaba ni arbitraria ni irrazonable y responde a una finalidad legítima reconocida por el Convenio en el art. 10.2, tal es la preservación del orden público, la prevención del delito y la protección de la reputación de los demás.

se trata de una medida necesaria en una sociedad democrática, especialmente cuando se trata de salvaguardar los derechos de grupos que históricamente han sufrido discriminación.

En el derecho comparado se ha considerado admisible el desarrollo normativo de tipos penales que castigan la negación, apología, y la banalización del holocausto y también, en el caso francés, de los crímenes de lesa humanidad tal y como han sido definidos en el art. 6 del Estatuto Militar internacional anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto

<sup>61</sup> Las referencias señaladas han sido desarrolladas en un informe más amplio elaborado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca a petición de la H. Cámara de Diputados a propósito de la Constitucionalidad del Proyecto de Ley contenido en el Boletín 8049-17. Dicho documento será publicado en Estudios Constitucionales Año 10 N° 1 de 2012.

de 1945. Asimismo, si bien se ha reconocido que se trata de injerencias en la libertad de expresión, esta limitación ha sido considerada admisible por estar comprendida en la ley, por tener una finalidad legítima y por ser necesaria en una sociedad democrática<sup>62</sup>.

## CONCLUSIONES

El mayor aporte del DI ha sido la ampliación del derecho al debido proceso que incorpora el acceso a la jurisdicción, y el fortalecimiento de la tutela judicial en el caso de graves violaciones a los derechos humanos. Su tutela resulta reforzada en atención a los bienes jurídicos protegidos, el contexto en que ocurrieron esas violaciones y la garantía de no repetición impulsada por la Corte IDH.

El legislador no logró concretar límites normativos a la amnistía y la prescripción, pero el juez avanzó sin este desarrollo aplicando –en mi opinión correctamente– criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

El Tribunal Constitucional por su parte, ha evolucionado también en sus criterios e invoca tratados internacionales en diversos sentidos, una de sus líneas jurisprudenciales más interesantes es reconocer la existencia de derechos implícitos en la Constitución por su relación con la dignidad, la vida y por su incorporación en tratados internacionales ratificados y vigentes, pero este desarrollo, debe recalcarse, es cauteloso.

Asimismo, en cuanto a la sanción de la apología, justificación o negación de los crímenes de las violaciones graves a los derechos humanos, su constitucionalidad y convencionalidad no parece discutible a partir de las normas examinadas. Las preventiones se plantean en cuanto a la definición de los tipos y la determinación de sanciones adecuadas, tarea que no hemos pretendido abarcar en este trabajo.

Finalmente, como se señaló al inicio, seguramente otras cuestiones volverán a recordarnos que el Derecho siempre tendrá algo que decir sobre este triste legado.

## BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons, Madrid, 2006.

<sup>62</sup> Entre otras, vid: Comisión Europea: caso Otto E.F.A. Remer contra Alemania de 6 de septiembre de 1995; asunto Herwig Nachtmann contra Austria de 9 de septiembre de 1998; asunto H.J. Schimanek contra Austria de 1 de febrero de 2000; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: asunto Garaudy contra Francia de 24 de junio de 2003. Este apartado forma parte del informe elaborado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca ante una consulta de la Cámara de Diputados a propósito de la constitucionalidad del Proyecto de Ley contenido en el Boletín respectivo, y publicado en Estudios Constitucionales año 10 N°1.

- BILBAO Juan Maria. La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Estudios em Homenaje a Héctor Fix- Zamudio.
- CEREZO Mir José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Tecnos, Madrid, 2005.
- COLLIER, Simon; Sater, William F. *Historia de Chile 1808–1994*. The Press Syndicate of the University of Cambridge, 1998.
- FERNÁNDEZ Pons Xavier. “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo” En *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2002.
- GALDÁMEZ ZELADA Liliana. Impunidad y Tutela Judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos. Librotecnia, Santiago, 2011.
- GIL GIL Alicia. *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*. Comares S. L. Granada, 2006.
- Informe País “Los Derechos Humanos y su Protección en el Sistema Normativo de Chile”. 1985.
- INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y REPARACIÓN. Corporación Nacional de Verdad y Reparación. Reedición diciembre de 1996, Impresión Andros Impresores.
- JESCHECK HH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General Volumen Primero*. 1981, Bosch, Barcelona.
- MATUS Jean Pierre. “Informe Pericial para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006” en *Ius et Praxis*. 2006, vol. 12, n°.1
- PARENTI Pablo F. Argentina. “Argentina” en Ambos Kai, Marambio Ezequiel, Elsner Gisela (editores). *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, Fundación Konrad– Adenauer. 2008, Montevideo, Uruguay.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE). *Revista General de Derecho*. Madrid.
- SAIZ ARNAIZ Alejandro. La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1999.
- TIEDEMANN Klaus. “Constitución y Derecho Penal” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11, Num. 33. Septiembre –Diciembre 1991.

## JURISPRUDENCIA

### *Consejos de Guerra:*

ROL 57-74<sup>a</sup>, sentencia de 25 de abril de 1974, Consejo de Guerra de Valparaíso  
ROL 6-73, sentencia de 28 de noviembre de 1974, Consejo de Guerra de San Fernando

### *Corte Suprema:*

ROL 5056-91, sentencia de 3 de diciembre de 1991  
ROL 63.148, sentencia de 2 de junio de 1992  
ROL 4771, sentencia de 19 de noviembre de 1993  
ROL 30751-94, sentencia de 16 de noviembre de 1994  
ROL 5.566, sentencia de 26 de octubre de 1995  
ROL 3.831-97, sentencia de 8 de junio de 1998  
ROL 469-98, sentencia de 9 de septiembre de 1998  
ROL 28-97, sentencia de 20 de agosto de 1998  
ROL 614-97, sentencia de 8 de septiembre de 1998  
ROL 2725-96, sentencia de 11 de marzo de 1998  
ROL 973-97, sentencia de 19 de agosto de 1998  
ROL 614-97, sentencia de 8 de septiembre de 1998  
ROL 1040-1999, sentencia de 15 de mayo de 2002  
ROL 4135, sentencia de 20 de noviembre de 2002  
ROL 4054-2001, sentencia de 31 de enero de 2003  
ROL 1558 -02, sentencia de 7 de mayo de 2003  
ROL 2505-02, sentencia de 11 de noviembre de 2003  
ROL 4053, sentencia de 31 de enero de 2003  
ROL 1.234, sentencia 15 de abril de 2003  
ROL 2.246-03, sentencia de 25 de noviembre de 2004  
ROL 5169, sentencia de 28 de julio de 2004  
ROL 517-04, sentencia de 17 de noviembre de 2004  
ROL 3925-2005, sentencia de 5 de septiembre de 2005  
ROL 695-2003, sentencia de 22 de diciembre de 2005  
ROL 457-02, sentencia de 4 de agosto de 2005  
ROL 4622.02, sentencia de 29 de marzo de 2005

ROL 5212-2005, sentencia de 4 de enero de 2006  
 ROL 5.489-2003, sentencia de 20 de enero de 2006  
 ROL 1963-2005, de 11 de octubre de 2006  
 ROL 559-04, sentencia de 13 de diciembre de 2006  
 ROL 3808-07, sentencia de 30 de julio de 2007  
 ROL 6525-06, sentencia de 5 de septiembre de 2007  
 ROL 2.370, sentencia de 11 de octubre de 2007  
 ROL 45-2006, sentencia de 27 de junio de 2007  
 ROL 6.528-06, de 22 de agosto de 2007  
 ROL 45-2006, sentencia de 27 de junio de 2007  
 ROL 516-07, sentencia de 10 de octubre de 2007  
 ROL 3125-04, sentencia de 13 de marzo de 2007  
 ROL 45-2006, sentencia de 27 de junio de 2007  
 ROL 6188-06, sentencia de 13 de noviembre de 2007  
 INFORME DE LA FISCAL DE LA CORTE SUPREMA, Sra. Mónica Maldonado,  
 en el caso seguido por la extradición de Alberto Fujimori de 7 de junio de 2007.

### *Tribunal Constitucional*

ROL 346, sentencia de 8 de abril de 2002.  
 ROL 728, sentencia de 3 de julio de 2007  
 ROL 519, sentencia de 5 de junio de 2007  
 ROL 728, sentencia de 3 de julio de 2007  
 ROL 807, sentencia de 4 de octubre de 2007  
 ROL 576, sentencia de 24 de abril de 2007.  
 ROL 786, sentencia de 13 de junio de 2007  
 ROL 786, sentencia de 13 de junio de 2007  
 ROL 740, sentencia de 18 de abril de 2008  
 ROL 946, sentencia de 1 de julio de 2008  
 ROL 1345, sentencia de 25 de mayo de 2009  
 ROL 1535, sentencia de 28 de enero de 2010  
 ROL 1881-10, sentencia de 3 de noviembre de 2011  
 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:  
 CASO ALMONACID ARELLANO VS. CHILE. Serie C Nº. 154. Sentencia de  
 26 de septiembre de 2006. Párrafos 138 y 161.