

# Chile

## A. Introducción

Para comprender la peculiar situación del ordenamiento jurídico chileno respecto de los delitos que atentan contra bienes supraestatalmente protegidos y, en especial, la posibilidad de perseguir en el país los crímenes previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, es necesario hacer un somero repaso de la trayectoria histórica del derecho penal vernáculo en estas materias.

Chile posee uno de los códigos penales más antiguos del mundo. Sancionado en 1874, pertenece a la época llamada *clásica* del derecho punitivo, como demuestran, por lo demás, sus fuentes principales, o sea, el Código Penal español de 1848-1850 y el belga, de 1867.<sup>1</sup> Como fruto de las concepciones políticas y sociales imperantes a la sazón, dio menguadísimo espacio a la tutela del derecho de gentes y sus bienes jurídicos. De hecho, el único delito de su articulado del que puede decirse que ofende intereses de la comunidad internacional es la violación de la inmunidad personal o domiciliaria de representantes de potencias extranjeras,<sup>2</sup> pues incluso la piratería, que en el modelo español figuraba entre los “delitos contra el derecho de gentes”,<sup>3</sup> pasó al texto chileno como uno contra la propiedad,<sup>4</sup> por estimarse, según el anticuado modo

---

<sup>1</sup> “Su dependencia del Código Penal español y las influencias de que a través de él o concomitantemente con él se nutre, su fecha, el ambiente social y político en que se da y los ideales que le inspiran, las finalidades que se propone y hasta su consiguiente factura, adelantan que el Código chileno pertenece al período que con mayor o menor impropiedad suele denominarse clásico, o sea, la etapa más ricamente creadora en la evolución del Derecho penal codificado”. Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1991, p. 60.

<sup>2</sup> Artículo 120. “El que violare la inmunidad personal o el domicilio del representante de una potencia extranjera, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo, a menos que tal violación importe un delito que tenga señalada pena mayor, debiendo en tal caso ser considerada aquélla como circunstancia agravante”.

<sup>3</sup> Cf. sus artículos 156 a 159.

<sup>4</sup> Artículo 434. “Los que cometieren actos de piratería serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo”. Esta redacción procede de la ley n° 13.303, de 31 de

de ver de ciertos criminalistas del siglo en cuestión, que “este delito no es por lo general sino una especie de robo cometido en el mar, atacando sin que medie un estado regular de guerra”.<sup>5</sup>

Ninguno de los proyectos de reforma total,<sup>6</sup> que quedaron infructuosos, ni las principales leyes modificativas del Código alteraron esta situación. Tampoco el que el Estado de Chile, desde las postrimerías del siglo XIX, haya venido ratificando toda una serie de tratados internacionales relativos a crímenes de esta índole, según se verá más adelante. De modo que el derecho penal del país, tanto el codificado como el contenido en leyes subordinadas, contiene muy pocos delitos internacionales, y es aún más escueto el catálogo de aquellos que guardan alguna relación con los de competencia de la Corte Penal Internacional. Todo lo cual encuentra, además, condigno reflejo en las muy escasas doctrina y jurisprudencia nacionales sobre el particular.

Por otra parte, si bien Chile concurrió a la firma del Estatuto de Roma, el Parlamento no le ha prestado aún su ratificación. El proyecto correspondiente está en proceso legislativo desde el 6 de enero de 1999. Aprobado por la Cámara de Diputados el 22 de enero de 2002, a la fecha en que escribimos estas cuartillas —octubre de 2002— versa en su segundo trámite constitucional, ante el Senado. Aunque lo ha apoyado en todo momento el Poder Ejecutivo, le ha salido al paso la objeción de que sancionarlo supone realizar antes una reforma constitucional, ya que determinados sectores de la política chilena manifestaron que el Estatuto contiene disposiciones que implican una declinación de la jurisdicción penal del Estado y, con ello, de su soberanía. El reparo adquirió concreta forma jurídica el 4 de marzo de 2002, cuando treinta y cinco diputados<sup>7</sup> formularon ante el Tribunal constitucional un requerimiento, con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad del proyecto.<sup>8</sup> El Tribunal —de mayoritaria composición conservadora— dictó fallo el 8 de abril de 2002. Re- cogiendo varios de los fundamentos esgrimidos por los recurrentes, decidió que no pocos términos del Estatuto eran inconciliables con la Constitución política y que, en

---

marzo de 1959; en su tenor original, y en clara y lamentable concesión al Derecho penal de autor, rezaba: “La pena del artículo anterior [la del robo] se aplicará en todo caso a los piratas”.

<sup>5</sup> *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno. Con un Estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Edeval, Valparaíso, 1974, p. 544.

<sup>6</sup> Han sido cuatro: el Proyecto Erazo-Fontecilla, de 1929; el Proyecto Ortiz-von Bohlen, también de 1929; el proyecto Labatut-Silva, de 1938, y el Proyecto de 1946. Cf. Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica...*, o. cit., pp. 85-107. En el último bienio, un “foro penal”, organizado a iniciativa del Gobierno, ha emprendido un nuevo intento de reforma total, de resultados inciertos.

<sup>7</sup> Todos conservadores, y varios de ellos vinculados o sinceros adherentes al régimen militar que gobernó Chile entre 1973 y 1990.

<sup>8</sup> Téngase presente que este tribunal ejerce un control de constitucionalidad sobre las leyes en ciernes, es decir, un control preventivo. Cf. Guzmán Dalbora, “Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 12, Edeval, Valparaíso, 1994, pp. 165-199.

consecuencia, la ratificación del tratado demanda, como aquellos pedían, una reforma de la Carta fundamental.<sup>9</sup>

En estas circunstancias, es fácil comprender que el Estatuto de Roma no haya podido influir en la legislación interna ni cristalizar en ninguna modificación a sus disposiciones. Es verdad y luego comprobaremos que se han introducido en los últimos años al Código Penal determinados crímenes internacionales, y que otros aguardan aún concluir su *iter* en el Parlamento; pero ello no tiene que ver con el Estatuto, sino que obedece al influjo interno de diversos tratados internacionales adoptados por Chile en materia de derechos fundamentales, y a los compromisos que asumió al ratificarlos.

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

### **I. Genocidio**

El 11 de diciembre de 1953 el Estado de Chile ratificó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. Sin embargo, no se ha hecho aún la adecuación de la legislación interna, imprescindible para poder perseguir y sancionar semejantes actos.

A este respecto, interesa destacar que no existe ni se reconoce en Chile la posibilidad de que un crimen internacional surja directamente del derecho supraestatal, convencional o consuetudinario. En efecto, si bien el artículo 5°, párrafo segundo, de la Constitución política de 1980, dispone que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales

---

<sup>9</sup> El fallo puede consultarse en el *Boletín* n° 2293-10, de la Cámara de Diputados de Chile. Son dignos de especial atención sus considerandos 31°, 45°, 51°, 55°, 90° y 91°. Allí se estima “correctiva y sustitutiva”, no complementaria de la jurisdicción de los tribunales nacionales, la que el Estatuto atribuye a la Corte, cosa que estaría reñida con el texto constitucional, por significar una “transferencia de soberanía”; que el conocimiento de los delitos perpetrados dentro del territorio nacional corresponde exclusivamente a los tribunales del país, y no a autoridades ajenas a la Constitución; “que, en síntesis, el incorporar un tribunal de justicia con competencia para resolver conflictos actualmente sometidos a la jurisdicción chilena, e incluirlo entre las ‘autoridades que esta Constitución establece’ [...], debe necesariamente ser autorizado por el constituyente...” e “incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional”. También se alude a otros rasgos del Estatuto que serían incompatibles con la Constitución, por ejemplo, la posibilidad de que la Corte Penal Internacional desconozca en sus sentencias los “indultos o amnistías previamente concedidos por las autoridades nacionales competentes”. Para una lectura crítica de esta resolución y sus fundamentos, cf. Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2002, pp. 449-466.

ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, y aun considerando que el grueso de la doctrina y parte de la jurisprudencia constitucionales estiman que la protección de los derechos fundamentales establecida por los tratados negociados por el Gobierno adquiere jerarquía constitucional desde su ratificación, de forma que a partir de esta la tutela no puede sufrir limitaciones en la legislación ordinaria,<sup>10</sup> debiendo los tribunales del país “aplicar e interpretar directamente las normas contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos”,<sup>11</sup> no es menos cierto que todo delito requiere, por mandato de la propia Constitución,<sup>12</sup> una *lex scripta*. De suerte que la legislación o costumbre internacionales solo pueden ser fuente de prohibiciones, pero no tienen validez bastante como para dar vida a ninguna infracción penal, en tanto en cuanto la ley interna se abstenga de configurarla. Este es un punto *némine discrepante* en el medio penalístico del país, y vale también, en principio, para las reglas especiales que contempla el derecho internacional sobre tales crímenes.<sup>13</sup>

Ha habido un intento concreto de introducir el genocidio en el Código Penal, fruto de una moción presentada al Senado de la República el 5 de octubre de 1992.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> “Los tratados en materia de derechos humanos integran el bloque dogmático de la Constitución”, sostienen enfáticamente Verdugo Marinkovic, Pfeffer Urquiaga y Nogueira Alcalá, *Derecho constitucional*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, p. 130.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>12</sup> Su artículo 19, 3º, párrafo anteúltimo, consagra el principio de legalidad de delitos y penas en estos términos: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Creemos de interés consignar que el párrafo siguiente estampa el principio de tipicidad, o determinación: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

<sup>13</sup> Por ejemplo, en materia de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, mientras no sean ratificados los tratados correspondientes. Un proyecto de ley encaminado a sancionar la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 está en tramitación en el Congreso chileno desde 1994. Sobre el problema nos extendemos en nuestro trabajo “De la extinción de la responsabilidad penal”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, t. I (único publicado), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. (433-487) 463-465.

<sup>14</sup> Por los senadores del Partido Demócrata Cristiano señores Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Máximo Pacheco Gómez y Mariano Ruiz-Esquide. El texto reza como sigue: “Habida consideración que: (1º) A lo largo de todo el siglo XX se han producido crímenes de lesa humanidad y aberrantes genocidios, hasta la tragedia de Sarajevo y de Somalia en nuestros días; (2º) Que el Gobierno de Chile ha ordenado cumplir como Ley de la República, la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (D.S. 316 de 5 de junio de 1953, publicado en el Diario Oficial de 11 de diciembre de 1953); (3º) Que, a pesar de ello y que el artículo 5º de dicha convención establece que Chile se compromete a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de dicho tratado, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio, nuestra República aún no adecua su derecho penal interno al compromiso contraído internacionalmente: Los Senadores, abajo firmantes, en uso de nuestras prerrogativas constitucionales, venimos en presentar el siguiente: PROYECTO DE LEY: ‘Artículo Primero: Reemplázase el párrafo primero del Título III del Código Penal por el siguiente: ‘De los crímenes contra la humanidad y del genocidio en especial’. Artículo Segundo: Reemplázase el artículo 137 del Código Penal por el siguiente:

El Senado aprobó con algunas modificaciones el proyecto en junio de 1993;<sup>15</sup> más tarde, sin embargo, durante la segunda fase del proceso legislativo, ante la Cámara de Diputados, la tramitación se entorpeció; varias veces se propuso el archivo de la iniciativa, la que permanece detenida desde junio de 1998, sin que se divise cuándo podrá verse coronada por el éxito, si es que esto llega a ocurrir.

Cierto es que la falta de un equivalente exacto, en la legislación interna, del genocidio o de cualquier otro crimen internacional <sup>16</sup> no implica que estos hayan de quedar necesariamente impunes. Basta con que los actos que los constituyan puedan ser castigados conforme a algún delito de los que consulta el Código punitivo. Así, aunque este no conoce formal y terminológicamente el genocidio, el caso es que el asesinato, el secuestro, las lesiones, la aplicación de tormentos y demás delitos comu-

---

te: «Comete genocidio el que, con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cuanto tal: 1° Ejecuta alguno de los delitos a que se refieren los artículos 342, 343, 345 [aborto], 349 [abandono de niños], 357 [inducción al abandono del hogar], 391 [homicidio y asesinato], 395 [castración], 396, 397 y 398 [lesiones], en tal caso sufrirá la pena asignada al delito aumentada en un grado. Si dicha pena fuere la de muerte [pena derogada para el derecho penal común por la ley número 19.734, de 5 de junio de 2001] deberá imponerse la de presidio perpetuo; 2° Someta al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. Esta conducta será castigada con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren medidas que tengan por objeto impedir nacimientos en el seno del grupo o busquen impedir su género de vida o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro». Artículo Tercero: Agréguese el siguiente inciso final al artículo 101 del Código Penal: «tratándose del delito de genocidio, la acción penal y la pena son imprescriptibles y tal delito no será considerado para efecto alguno como delito de carácter político»”. Cf. el *Boletín* número 819-07, de la Cámara de Diputados de Chile.

<sup>15</sup> Según el Informe preparado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Alta, cuyo tenor es éste en la parte medular: “Artículo 1°. Reemplázase el epígrafe del párrafo primero del Título III del Libro II del Código Penal, por el siguiente: ‘1. De los crímenes contra la humanidad y del genocidio en especial’. Artículo 2°. Reemplázase el artículo 137 del Código Penal por el siguiente: ‘Artículo 137. Comete genocidio el que, con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cuanto tal: 1°. Ejecuta alguno de los delitos de homicidio, aborto, abandono de niños y de lesiones a que se refieren los artículos 342, 343, 345, 346, 349, 357, 391, 395, 396, 397 y 398. En tal caso, sufrirá la pena asignada al delito aumentada en un grado. Si dicha pena fuere la de muerte, deberá imponerse la de presidio perpetuo; 2°. Somete al grupo o a parte importante de él a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud; 3°. Lleva a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de parte importante de él, adopta medidas que tengan por objeto afectar la capacidad de reproducción de sus individuos en el seno del grupo, o bien traslada individuos por la fuerza de un grupo a otro. Las conductas descritas en los números 2° y 3°, serán castigadas con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados’. Artículo 3°. Agréganse los siguientes incisos al artículo 101 del Código Penal: ‘Tratándose del delito de genocidio, la acción penal y la pena, en los casos a que se refiere el N° 1° del artículo 137, son imprescriptibles. En ningún caso el delito de genocidio será considerado como delito de carácter político’”.

<sup>16</sup> No todos, sin embargo. Por ejemplo, falta en Chile un tipo específico para castigar el plagio civil, o sea, la reducción de una persona a la condición de esclavo o a situaciones análogas a la servidumbre.

nes comprendidos en el concepto de aquel pueden perfectamente caer bajo pena.<sup>17</sup> El problema radica en que la carencia de tipos *ad hoc* puede determinar que el contenido de injusto de esos crímenes no quede suficientemente reprobado con la sola aplicación de las disposiciones sobre el asesinato, secuestro, etc.

Estas insuficiencias quedaron de manifiesto hace ya bastantes años, durante el proceso de extradición pasiva seguido contra el en su hora alto funcionario de la Oficina Central de Seguridad del antiguo Reich alemán y diseñador del mecanismo de asfixia colectiva de judíos mediante la inhalación de monóxido de carbono expelido por motores de combustión interna, Walther Rauff, cuya entrega a la República Federal de Alemania fue negada por la Corte Suprema en abril de 1963, a raíz de que los delitos que se imputaba al *extraditurus* —nada menos que noventa y siete mil asesinatos—, en opinión del alto tribunal, estaban prescritos conforme a la legislación del Estado requerido. Fue la clamorosa “impunidad de un nazi”,<sup>18</sup> posibilitada por los defectos de la legislación interna en estas materias, así como por la manera rutinaria y burocrática con que el supremo tribunal abordó la cuestión del carácter imprescriptible del genocidio en el derecho internacional.<sup>19</sup>

## II. Crímenes contra la humanidad

De suyo insatisfactoria en lo que concierne al genocidio, la situación es aún menos halagüeña de cara a los crímenes contra la humanidad.

El Código Penal conoce el delito de tortura, que fue profundamente modificado y ampliado mediante una reforma de 1998, a raíz de la ratificación por Chile, el 26 de noviembre de 1988, de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984.<sup>20</sup> A pesar de que los actuales artículos 150 A y 150 B<sup>21</sup> configuran de una manera adecuada el delito y abarcan todas las formas de

<sup>17</sup> Cf., por todos, Politoff Lifschitz, *Derecho penal* (1 vol. publicado), Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1997, p. 152.

<sup>18</sup> Cf. “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en Novoa Monreal, *Grandes procesos*, Bat, Santiago de Chile, 1988, pp. 58-105.

<sup>19</sup> Cf. Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cits., pp. 111 y ss., y Guzmán Dalbora, “De la extinción de la responsabilidad penal”, en o. y vol. cits., p. 465.

<sup>20</sup> No deja de ser curioso y una amarga ironía que la ratificación se deba al régimen militar a que antes hemos aludido, cuyo generoso, sistemático empleo del tormento como medio de persecución, sometimiento y terror políticos es un hecho sobradamente conocido y fue repetida y rotundamente condenada por la comunidad de naciones.

<sup>21</sup> Artículo 150 A. “El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo [de quinientos cuarenta y un días a cinco años] y la accesoria correspondiente. = Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciera cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello. = Si mediante

ejecutarlo y de participar en él, no aparece en los tipos la exigencia del artículo 7°, párrafo primero, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, o sea, que el acto se cometa “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. El Código regula la tortura como uno de los “delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución”, y, de hecho, la doctrina ha entendido tradicionalmente que su objeto jurídico es, ante todo, la libertad y seguridad individuales del atormentado.<sup>22</sup> De forma que, si puede resultar discutible que la tortura revista en Chile el carácter de un genuino crimen internacional, es a nuestro entender seguro que no constituye un crimen de lesa humanidad, al menos según la caracterización que imprime a estos el Estatuto de Roma, y aun cuando el contenido del tipo coincida en general con la definición de la tortura del número 2, letra e, del mencionado artículo 7°. Algo parecido cabe predicar de la trata de personas, que luce desde hace pocos años en el Código como un delito contra la libertad sexual.<sup>23</sup> Ya hemos dicho que el plagio civil resulta atípico en Chile; y las detenciones ilegales cometidas por empleado público facultado para arrestar, detener o desterrar a una persona, que no responden al esquema rector de la desaparición forzada de individuos, inexplicablemente reciben en el Código una pena sensiblemente menor que la del secuestro.<sup>24</sup>

---

alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo [de tres años y un día a diez años] y la accesoria correspondiente. = Si de la realización de las conductas descritas en este párrafo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio [de cinco años y un día a quince años] y de inhabilitación absoluta perpetua”. Artículo 150 B. “Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, se le impondrán las siguientes penas: 1°. Presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio, en los casos de los artículos 150 y 150 A, inciso primero; 2°. Presidio o reclusión menor en su grado medio a máximo, en el caso del inciso segundo del artículo 150 A, y 3°. Presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, si se tratare de la figura del último inciso del artículo 150 A. = En todos estos casos se impondrán, además, las penas accesorias que correspondan”.

<sup>22</sup> Así, últimamente, Matus Acuña y Ramírez Guzmán: “El delito de torturas [...] es también un atentado a la seguridad individual como presupuesto de la libertad, pues no se trata de castigar aquí las lesiones ni los malos tratos que se causan *per se*, sino que se castiga el empleo de violencias que causan o constituyen esos atentados contra la persona, como medio de quebrantar su voluntad de no declarar ante la autoridad gubernativa o judicial, en el caso más grave, o como medio de *disciplinar ilegalmente* al detenido, en el menos grave”. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, Prólogo del Prof. Sergio Politoff Lifschitz, Universidad de Talca, Talca, 2ª ed., 2002, p. 57.

<sup>23</sup> Cf., *infra*, G, 1, texto y nota 97.

<sup>24</sup> El artículo 148 castiga con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de sesenta y un días a tres años de privación de la libertad) y suspensión del empleo, a “todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrar, arrestare o detuviere a una persona”, en circunstancias que el secuestro, en el artículo 141, tiene señalada la pena de presidio o reclusión menores en su grado

En síntesis, cabe afirmar que los delitos contra la humanidad son enteramente ajenos, como tales crímenes internacionales, al ordenamiento chileno, y que los tipos y penas correspondientes del derecho penal común sólo captan y desvaloran una parte exigua de su contenido antijurídico.

### III. Crímenes de guerra

El Estado de Chile exhibe una vieja tradición de cooperar con los convenios y tratados internacionales más importantes que conciernen a la guerra y adherir a ellos, según una línea que se remonta al siglo XIX. Entre estos, merecen ser destacados la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864, relativa al mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, ratificada por Chile en 1879; las Convenciones de La Haya de 29 de junio de 1899, sobre las leyes y los usos de la guerra terrestre y marítima, ratificadas en 1908; el Convenio de Ginebra de 6 de julio de 1906, para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos en los ejércitos beligerantes, ratificado en 1909; el Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925, concerniente a la prohibición de emplear en la guerra gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos, ratificado en 1935; la Convención de Berna de 27 de julio de 1929, relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra, ratificada en 1933; la Convención de Ginebra de 27 de julio de 1929, para el mejoramiento de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, ratificada en 1934, y, por cierto, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, ratificados el 5 de diciembre de 1950, es decir, apenas un año después de que fueron acordados en el plano internacional.<sup>25</sup>

Ahora bien, la promulgación del Código Penal data de 1874, esto es, un lustro antes del inicio y desenvolvimiento del más importante conflicto bélico de carácter internacional que ha enfrentado Chile en su historia como país autónomo dentro del concierto de las naciones: la Guerra del Pacífico (1879-1884), en que las armas chilenas vencieron a una confederación formada por Perú y Bolivia.<sup>26</sup> Esto, asociado con

---

máximo (de tres años y un día a cinco años). En numerosos procesos seguidos contra militares y otros colaboradores del gobierno del general Augusto Pinochet Ugarte, en los casos denominados de detenidos-desaparecidos, la defensa de los acusados solicitó la aplicación del artículo 148. El más sonado e importante de tales casos fue el de la llamada *Caravana de la muerte*, en actual tramitación, que remató en el desafuero de Pinochet y el procesamiento de varios altos oficiales del Ejército. Acerca de este proceso y sus pormenores jurídicos, políticos e internacionales, Serrano Maíllo, *Prensa, derecho y poder político. El caso Pinochet en España*. Dykinson, Madrid, 2002, cf. pp. 289-314; y de la *Caravana de la muerte*, en general, Patricia Verdugo, *Los zarpazos del puma. La Caravana de la muerte, Chile-América CESOC*, Santiago de Chile, 2001.

<sup>25</sup> Cf. Astrosa Herrera, *Derecho penal militar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1974, pp. 209-210 (nota 1).

<sup>26</sup> Prescindimos, naturalmente, de las guerras libradas durante la época de la independencia política respecto de España (1814-1818), que, sin embargo, hallaron una nueva y tardía manifestación en la sexta década de la centuria decimonónica, con el bombardeo y la casi total destrucción resultante de la ciudad portuaria de Valparaíso, el 31 de marzo 1866, por la armada española. El tratado de paz con



el desarrollo a la sazón incipiente del derecho internacional particular, o convencional, relativo a la guerra, explica que en el cuerpo punitivo no haya plasmado crimen alguno sobre tales cuestiones.

La materia quedaría reservada al Código de Justicia Militar, aprobado por el decreto-ley número 806, de 23 de diciembre de 1925, que es la ley penal militar del país y que permanece en vigor, con múltiples modificaciones, hasta nuestros días. Así y todo, la lista de crímenes de guerra que contempla este Código no es tan vasta como la vigente en el plano supraestatal, siquiera la estructura y contenido típicos de las figuras se ajusta, en general, a los tratados ratificados por Chile hasta mediados del siglo XX, particularmente los Convenios de Ginebra de 1949. Las disposiciones que vienen al caso son:

- a) Artículo 261, que castiga con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados (o sea, de sesenta y un días a cinco años de privación de la libertad)<sup>27</sup> al que:
  - 1°. “Obligue a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, los maltrate de obra, los injurie gravemente, o los prive del alimento indispensable o de la asistencia médica necesaria”; delito que guarda cierta correspondencia con los del artículo 8°, número 2, letras *a*, *V*, y *b*, XXI, del Estatuto de la Corte Penal Internacional;
  - 2°. “Contraviniendo las instrucciones recibidas, sin necesidad y maliciosamente, ataque hospitales o asilos de beneficencia dados a conocer por los signos establecidos para tales casos, o destruya templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte”; delito en parte coincidente con los del artículo 8°, número 2, letra *b*, IX y XXIV, del Estatuto de la Corte Penal Internacional;
  - 3°. “Contraviniendo también las instrucciones recibidas y sin exigirlo las operaciones de la guerra, destruyere vías de comunicación, telegráficas o de otra clase”.
- b) Artículo 263, que castiga con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados (de cinco años y un día a veinte años de privación de la libertad) al que:
  - 1°. “Despoje de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselos”. Aquí la pena puede elevarse hasta la de pre-

---

España se firmó en Lima, el 20 de octubre de 1883, en plena Guerra del Pacífico, mientras las tropas chilenas ocupaban la capital del Perú.

<sup>27</sup> El Código en palabra conoce dos clases de penas: comunes y militares. Cuál deba aplicarse a los delitos que regula, depende de la naturaleza jurídica de estos (artículo 215). Sin embargo, las penas de presidio y reclusión previstas para los crímenes de guerra “se gradúan y tienen la misma duración que sus análogas de la ley común” (artículo 218), o sea, con arreglo a los artículos 21, 25 y 56 del Código Penal.

sidio perpetuo, si “al despojar al herido le causare otras lesiones o le agravase notablemente su estado, poniendo en peligro su vida o causándole su pérdida”,<sup>28</sup>

2°. “Por crueldad y fuera del caso de legítima defensa, cometa violencias innecesarias contra un militar herido o enfermo”.<sup>29</sup> Ambas hipótesis guardan lejana relación con lo establecido en el artículo 8°, número 2, letra *b*, XIII, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

- c) Artículo 264, que castiga con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de sesenta y un días a tres años de privación de la libertad), al que “en tiempo de guerra y en la zona de operaciones de una fuerza en campaña use sin derecho las insignias, banderas o emblemas de la Cruz Roja”; delito de alcance mucho más circunscrito que el del artículo 8°, número 2, letra *b*, VII, del Estatuto.

Si las infracciones anteriores representan delitos comunes, en el sentido de que pueden tener como sujeto activo lo mismo a un militar que a un civil, es, en cambio, delito propio de militares el del artículo 262 del Código, que viene a ser el último de los que contempla en el tema que nos ocupa. El tipo alude a “los militares que, faltando a la obediencia que deben a sus jefes, incendien o destruyan edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los territorios en que operen o cometan otros actos de violencia grave en las personas”, a los que se sanciona con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo (de diez años y un día a veinte años de privación de la libertad), que se agrava respecto de “los promotores” y los “de mayor empleo”, y llega incluso a la capital “si del delito hubiere resultado la muerte de alguna persona”.<sup>30</sup> Véase, al respecto, el artículo 8°, número 2, letras *a*, III y IV, y *b*, XIII y XVI, del Estatuto.

---

<sup>28</sup> Pensamos que la agravación constituye un *delito calificado por el resultado*, de los que hay muchos y lamentables ejemplos en el derecho penal chileno, tanto común como especial.

<sup>29</sup> El concepto de *crueldad*, palabra que, gramaticalmente, denota en castellano inhumanidad, fiereza en el ánimo, impiedad o, lo que es igual, deleitarse en hacer sufrir o permanecer indiferente ante el dolor irrogado a otro, no es de uso frecuente en la legislación chilena, poco proclive como es a acuñar sus delitos con elementos subjetivos relativos al sentimiento o reveladores de una determinada disposición interna. Hemos estudiado menudamente el alcance de esta expresión en nuestro artículo “El delito de maltrato de animales”, preparado para el *Libro de homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir*, de próxima aparición en España.

<sup>30</sup> *Supra*, nota 14, hemos dejado constancia de que la ley n° 19.734, de 5 de junio de 2001, derogó la pena de muerte del derecho penal común. Sin embargo, ha quedado vigente para ciertos delitos del Código de Justicia Militar cometidos en tiempo de guerra, uno de cuyos ejemplos es el que transcribimos en el texto. La ley en cuestión tampoco distinguió “entre una guerra exterior y una guerra interna”, a pesar de “que la reciente y penosa experiencia histórica habría justificado limitar tal excepción a la primera”. Sergio Politoff Lifschitz y Jean Pierre Matus Acuña, “De las penas en general”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, o. y vol. cit., p. (263-321) 275.

A la pregunta de si estos crímenes suponen necesariamente un conflicto armado internacional, el derecho interno responde que no. El artículo 418 del Código de Justicia Militar contiene una interpretación auténtica contextual de lo que para los efectos de sus disposiciones —incluidas, por cierto, aquellas que describen crímenes de guerra— debe considerarse como estado de guerra o tiempo de guerra. La cláusula expresa que se entiende que estos existen o se dan “no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”. La referencia al estado de sitio, que es un estado de excepción constitucional que decreta el presidente de la República, con acuerdo del Congreso, precisamente “en caso de guerra interna o conmoción interior” (artículo 40, número 2°, de la Constitución política de 1980), lleva a pensar a la doctrina que la situación de guerra dentro de la cual pueden cometerse los mencionados crímenes abarca tanto los conflictos externos como la guerra interna.<sup>31</sup>

Los crímenes de guerra no han encontrado una aplicación directa en la jurisprudencia, ora por la falta de conflictos armados entre Chile y otros países durante el siglo XX, ora porque en la mayoría de los estados de sitio decretados a partir de 1926, año en que entró a regir el Código de Justicia Militar, se estimó que el país no versaba en un genuino estado de guerra civil. Tampoco representa una excepción a esto último el decreto-ley número 5, de 22 de septiembre de 1973, con el cual la Junta de Gobierno que imperaba entonces declaró que el estado de sitio dispuesto por el anterior decreto-ley número 3, de 18 de septiembre del mismo año, debía entenderse como estado o tiempo de guerra. El propósito de estas sedicentes normas jurídicas fue, según es harto sabido en el medio nacional, dar paso a la competencia de los tribunales militares previstos para tiempos de guerra (los consejos de guerra, principalmente)<sup>32</sup> y perseguir con sus sumarísimos procedimientos a quienes el régimen castrense percibía como sus enemigos políticos. Esto explica que durante muchos años la Corte Suprema de Justicia haya declinado aplicar las normas internas e internacionales que regulan y limitan las guerras civiles, por entender que el estado de beligerancia al que aludía el artículo 1° del decreto-ley número 5 tenía un carácter ficticio, o sea, que no constituía una verdadera guerra entre bandos armados y contrapuestos de la sociedad chilena.<sup>33</sup>

Sin embargo, en tiempos más recientes la jurisprudencia muestra una interesante evolución en el específico problema de la aplicabilidad interna de las normas del derecho internacional que consagran la obligación indeclinable de los Estados en or-

---

<sup>31</sup> Astrosa Herrera, o. y ed. cit., cf. pp. 46 y 51.

<sup>32</sup> Según el artículo 71 del Código de Justicia Militar, en tiempos de guerra la jurisdicción castrense es ejercida por los generales en jefe o ciertos comandantes de plaza, divisiones o cuerpos, por los fiscales y los consejos de guerra y auditores. El artículo 72 extiende esta jurisdicción al territorio declarado en estado de sitio, o sea, a la guerra interna.

<sup>33</sup> Véase, por todas, la sentencia de la Corte Suprema de 11 de marzo de 1998, publicada en la revista *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, n° 213, p. 155.

den a castigar los crímenes de guerra, vedando a estos el empleo de todo recurso jurídico que pudiese comportar una limitación del *ius puniendi* y la consiguiente irresponsabilidad de los culpables. No se trata, en rigor, de una doctrina acerca de la validez de la ley chilena sobre crímenes internacionales perpetrados dentro o fuera del país, materia sobre la cual la jurisprudencia es demasiado escasa como para establecer una tendencia u orientación,<sup>34</sup> sino de ciertos fallos que empiezan a consolidar el criterio de que, una vez incorporados al ordenamiento constitucional chileno merced a su ratificación, de ciertos tratados puede fluir la prohibición para el legislador del uso de medios jurídicos que comporten la impunidad de las más graves ofensas contra derechos fundamentales del individuo, al menos cuando fueren cometidas en el territorio nacional.

Es lo que ha ocurrido con el cuestionado decreto-ley 2.191, de 19 de abril de 1978, cuyo artículo 1° concedió amnistía a “todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”. Como se sabe, si bien la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (en vigor en Chile desde el 29 de abril de 1989), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994,<sup>35</sup> no formulan una declaración expresa al respecto, en sus normas late la inequívoca voluntad de que las obligaciones que consagran y los actos que interdicen escapan a la potestad de amnistiar, tanto por el compromiso de los Estados ratificantes de adoptar las medidas necesarias para que esos ilícitos no queden sin castigo, cuanto por la explícita indicación de que no pueden ser considerados como delitos políticos y de que tampoco es factible invocar circunstancias excepcionales (de guerra, inestabilidad política u otra emergencia pública) para cohonestar su perpetración. La jurisprudencia ha debido sopesar este problema, esto es, la validez y aplicabilidad del decreto-ley 2.191, a propósito, precisamente, de la vigencia de las disposiciones sobre protección de civiles y trato de prisioneros en tiempo de guerra, establecidas por los Convenios de Ginebra, durante el estado de excepción ordenado por el decreto-ley número 5, y los secuestros, asesinatos y torturas perpetrados contra sus adversarios políticos

---

<sup>34</sup> Semejante, Etcheberry, *El derecho penal en la jurisprudencia*, 4 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., t. I, 1987, p. 31. Tal jurisprudencia se ha dado solo en algún caso de extradición pasiva, como el de Walther Rauff.

<sup>35</sup> No ratificada por Chile hasta la fecha.

por el régimen militar durante los primeros años de su gobierno (los casos llamados de detenidos-desaparecidos).

Como se dijo, tras una larga cohorte de fallos que las reputaron inaplicables, basándose en un pseudo carácter ficticio del estado de guerra interna, la Corte Suprema, en su sentencia de 9 de septiembre de 1998, las declaró válidas en la época de los hechos, puntualizando: “el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas; quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores [...] En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido, en especial si se tiene presente que [...] los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe; de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos”.<sup>36</sup>

#### ***IV. Crimen de agresión***

No hay traza de él en el derecho interno.

#### ***V. Otros tipos criminales de derecho penal internacional dentro del derecho nacional***

No los hay.

### **C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional**

#### ***I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional***

##### ***1. El principio general y sus excepciones***

En materia de derecho penal internacional, o sea, de validez espacial de las leyes punitivas, el ordenamiento chileno, a semejanza de la mayoría de los del mundo contemporáneo, está regido por el *principio territorial*.

Conságralo el Código Penal en su artículo 5°: “La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”, y lo complementa, en la dimensión negativa del principio, el artículo 6°: “Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la

---

<sup>36</sup> Cf. *Gaceta Jurídica*, cit., n° 219, p. 122, y Guzmán Dalbora, *De la extinción de la responsabilidad penal*, o. y vol. cit., pp. 451-452.

República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”.<sup>37</sup>

Sumamente parco el Código en sus disposiciones sobre la materia, ha sido otro cuerpo legal, el Código Orgánico de Tribunales, de 1943,<sup>38</sup> el que debió ocuparse de darle más acabado tratamiento, particularmente en lo que se refiere a los crímenes y simples delitos perpetrados en el extranjero y a los que, sin embargo, resulta aplicable la ley penal del país. Los casos de extraterritorialidad se contemplan en su artículo 6°. <sup>39</sup> De ellos, varios aparecen inspirados en los principios *personal* <sup>40</sup> o *real*,<sup>41</sup> y algún otro<sup>42</sup> ha sido interpretado, bien como una combinación de la *personalidad activa y pasiva*,<sup>43</sup> ya como un supuesto de *derecho penal por representación*.<sup>44</sup> Es en todo caso evidente que en ninguna de estas hipótesis de extraterritorialidad entran en consideración genuinos crímenes internacionales.

<sup>37</sup> Considérese que rige en Chile la clasificación tripartita de las infracciones delictuosas (crímenes, simples delitos y faltas), conforme a los artículos 3°, 4° y 21 del propio Código. Como quiera que el artículo 6° alude a crímenes y simples delitos, sin mencionar las contravenciones, resulta que “el legislador no contempla, en caso alguno, sanción para las faltas que se cometan fuera del territorio de la República”. Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, 2 vols., Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, Santiago de Chile, 2ª ed., 1985, t. I, p. 260.

<sup>38</sup> Este Código posee índole procesal. Trata de la organización y las atribuciones de los tribunales de Justicia, y de sus órganos auxiliares.

<sup>39</sup> “Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican...” Hay, adicionalmente, otros casos de aplicación extraterritorial, contemplados en leyes especiales, como se verá más adelante.

<sup>40</sup> Según el número 3° del mencionado artículo, son los crímenes o simples delitos que atentan “contra la soberanía o seguridad del Estado, perpetrados ya sea por chilenos naturales, ya por naturalizados...”. Como un ejemplo de personalidad activa lo explica Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno*, vol. y ed. cit., cf. p. 171. Con todo, el punto ha sido objeto de discusiones, y no son pocos los autores que asocian este supuesto al principio real. Así, Etcheberry, *Derecho penal*, 4 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª ed., 1997, t. I, cf. p. 124.

<sup>41</sup> Son, “los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones” (número 1°), “la malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República” (número 2°), “la falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República” (número 5°), además de ciertos delitos contenidos en el ya nombrado Código de Justicia Militar, es decir, los perpetrados por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones de servicio, y los que atentan contra la seguridad o la soberanía del Estado, cometidos por militares o bien por civiles y militares conjuntamente. Cf. Politoff Lifschitz y Matus Acuña, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, o. y vol. cit., p. 75.

<sup>42</sup> El del número 6° del propio artículo, que habla de los delitos “cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró”.

<sup>43</sup> Así, Cury Urzúa, *Derecho penal. Parte general*, 2 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1992, t. I, cf. pp. 194-195.

<sup>44</sup> En este sentido, Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno*, vol. y ed. cit., cf. p. 173.

He aquí, empero, que, en homenaje al principio *universal*,<sup>45</sup> la ley penal del país se aplica, también, doquier sean cometidos, a la piratería y a los delitos “comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias” (números 7° y 8°, respectivamente, del citado artículo 6°). En otras palabras, a pesar de que la legislación chilena *no* conoce una disposición que indique *expressis verbis* un catálogo de delitos internacionales a los que resulte aplicable el derecho interno (con la única excepción de la piratería),<sup>46</sup> es indiscutible y, de hecho, no se discute que, “al obligarse Chile por tratados internacionales, a aprehender y juzgar a los que fuera del territorio cometan un delito contra bienes jurídicos internacionalmente protegidos [...], ello tiene como consecuencia que si, por cualquier razón, los que aparezcan como responsables de alguno de tales delitos se hallaren en nuestro territorio, los tribunales chilenos tendrían jurisdicción para perseguirlos y castigarlos conforme a los preceptos de la legislación nacional”.<sup>47</sup> Es más: aun cuando se trate de delitos internacionales que no tengan un equivalente preciso en el derecho interno, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, “no podría excusarse el juez de incriminar por falta de *lex certa*”, en la medida en que los actos que los constituyan sean punibles conforme a los tipos comunes del ordenamiento de la República, pues lo único “decisivo es que el tratado internacional obligue a la persecución del hecho, aunque cometido fuera de sus fronteras, y no únicamente a tipificarlo en la legislación interna”.<sup>48</sup> Un buen ejemplo de la recepción, por la vía del tratado, de delitos internacionales a los que puede aplicarse la ley del país en virtud del principio universal, es el que ofrece el artículo 308 del Código de Derecho Internacional Privado: “La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aún en Estado, se castigarán por el captor de acuerdo con sus leyes penales”.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Según una interpretación unánime en la doctrina chilena. Cf. Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cites., cf. pp. 149 y ss.

<sup>46</sup> Aunque no es propiamente un crimen internacional, sino un delito de trascendencia internacional y peligro cosmopolita, habría que añadir, también, el tráfico ilícito de estupefacientes (y las figuras delictuosas afines), el que, de acuerdo con los artículos 55 de la ley 19.366, de 30 de enero de 1995, sobre estupefacientes, y 6° del Código orgánico de Tribunales, si es perpetrado en el extranjero, puede ser juzgado por los tribunales chilenos siempre que ponga en peligro la salud de habitantes de la República.

<sup>47</sup> Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cites., pp. 150-151.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 152, y Politoff Lifschitz y Matus Acuña, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, o. y vol. cites., cf. pp. 75-76.

<sup>49</sup> El Código de Derecho internacional privado, o Código de Bustamante, no es sino un tratado multilateral acordado por un crecido número de países americanos en la ciudad de La Habana (Cuba), el 20 de febrero de 1928, al que el Estado de Chile dio su ratificación el 14 de junio de 1933.

El principio universal es, pues, el *único* determinante de la competencia de la ley penal nacional en materia de crímenes internacionales, siquiera haya de observarse que el principio territorial tampoco deja de tener alguna incidencia en la cuestión y de reobrar sobre aquel, ya que es *communis opinio* en el país, la de que constituye presupuesto insalvable de la aplicación del derecho penal chileno a tales casos, que el culpable se encuentre en Chile.<sup>50</sup>

Ahora bien, abstracción hecha de la piratería, para la que el Código Penal conoce un tipo delictivo desde 1874, la aplicación del derecho interno a los restantes casos en que interviene el principio universal está subordinada al cumplimiento de dos exigencias, a saber: la ratificación de los tratados respectivos, en la medida en que estos obliguen al Estado chileno a perseguir el crimen internacional de que se trate sin importar el lugar de su comisión, y, en segundo lugar, que la legislación del país describa la figura delictuosa correspondiente a la prohibición jurídica internacional, tal como se ha expuesto varias veces a lo largo de este informe.

## 2. Principios vigentes para los crímenes de guerra

Una posición particular ocupan los crímenes de guerra, esto es, los únicos delitos del Estatuto de Roma que hallan una traducción más o menos completa y directa en el derecho interno.

Hay que recordar que están regulados en la ley penal militar, la que, por su parte, contiene sus propias disposiciones en lo que hace al ámbito espacial de validez. Por lo mismo, y como regla general, rige también para estos crímenes el principio territorial, puesto que, según el tenor del artículo 3° del Código de Justicia Militar, los tribunales castrenses tienen jurisdicción sobre los chilenos y extranjeros, para conocer de todos los delitos de su competencia que ocurran dentro del territorio nacional; y para el caso de que sobrevengan fuera de sus fronteras, solo cuando ello tuviese lugar “dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas” o cuando se trate de “delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio”.<sup>51</sup>

Con todo, es preciso recordar que Chile ha ratificado los Convenios de Ginebra de 1949, y que en ellos se prevé el principio universal en lo que hace a estos críme-

---

<sup>50</sup> Lo que vale, también, para *todos* los casos de aplicación extraterritorial de la ley penal chilena y es deducido pacíficamente por la doctrina de la disposición, ya transcrita, del artículo 6, número 6°, del Código Orgánico de Tribunales. Cf., por todos, Cousiño Mac Iver, *Derecho penal chileno. Parte general* (3 vols. publicados), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1975, p. 166.

<sup>51</sup> Estos dos casos de extraterritorialidad han merecido en Chile interpretaciones contrapuestas. El primero, o sea, la comisión del delito militar en un territorio extranjero ocupado por fuerzas armadas chilenas, se entiende como una hipótesis de extensión ficta del territorio nacional (cf. Astrosa Herrera, o. y ed. cit., pp. 69-70); y el segundo, el de delitos propiamente militares, puede considerarse como una situación combinada de los principios de personalidad activa y real. Cf., *supra*, texto y nota 41.



nes.<sup>52</sup> De lo que se sigue, según nuestra opinión, que las limitaciones que para la aplicación extraterritorial de la legislación penal castrense establece el Código de Justicia Militar *no* imperan sobre los crímenes de guerra que el mismo Código contempla, pues, como se apuntó, los tratados internacionales que hacen a la salvaguardia de los derechos fundamentales del hombre poseen en Chile jerarquía constitucional y, de suyo, prevalecen respecto de la legislación interna. En síntesis, el tratado fundamenta la vigencia del principio universal en punto a los crímenes de guerra, siendo para estos efectos irrelevante el hecho de que el Estatuto de Roma no esté aún ratificado por Chile. Adviértase, sin embargo, de nuevo, que el culpable debe encontrarse físicamente en el país, pues este es un requisito insoslayable para la aplicación del derecho interno.

### 3. *Naturaleza jurídica de las disposiciones sobre la validez espacial de la ley penal chilena*

Pese a que las reglas fundamentales sobre la validez extraterritorial de la ley penal están contenidas en un texto de carácter procesal, el antes nombrado Código Orgánico de Tribunales, cabe pensar que son normas que pertenecen al derecho penal material, y de ahí que, a diferencia de las normas procesales propiamente dichas, queden sujetas al principio de la extractividad de la ley penal más benigna, porque condicionan las posibilidades (espaciales) de aplicación del *ius puniendi* y solo indirectamente refluyen sobre la competencia de los tribunales y los procedimientos que deben seguir los órganos de la persecución penal.

No obstante, la presencia del inculpado dentro del territorio de la república es un requisito imprescindible para juzgarlo por los delitos que hubiere cometido en el extranjero, conforme hemos manifestado *supra*,<sup>53</sup> sea que resida voluntariamente en el país o que se haya obtenido su entrega forzosa merced a la extradición. Por lo demás, el artículo 308 del Código de Derecho Internacional Privado, vinculante para el país y que “consagró el principio de la solidaridad internacional en la lucha contra el delito”,<sup>54</sup> dispone que “estarán sujetos a las leyes penales del Estado extranjero en que puedan ser aprehendidos y juzgados, los que cometan fuera del territorio un delito, como la trata de blancas, que ese Estado contratante se haya obligado a reprimir por un acuerdo internacional” —es el caso, precisamente, de los crímenes de guerra, en virtud de los Convenios de Ginebra.

---

<sup>52</sup> Cf. Simon, “Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung (ed.), Buenos Aires, 2001, pp. 41-42.

<sup>53</sup> Cf. texto y nota 50.

<sup>54</sup> Fontecilla Riquelme, *Tratado de derecho procesal penal* (3 vols. publicados), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 2ª ed., 1978, p. 325.

## **II. Obligación de la persecución o discrecionalidad de la persecución**

Los crímenes de guerra y demás delitos internaciones reconocidos por la legislación chilena engendran acción penal pública, de obligatorio ejercicio para los órganos competentes. Reina sobre ellos, pues, el principio de la legalidad de la persecución penal. Es que según el artículo 53 del Código Procesal Penal, “la acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público”, y como quiera que no hay reglas especiales sobre este punto en el Código de Justicia Militar, resulta que de los delitos que describe, incluidos los crímenes de guerra, nace siempre una acción pública.<sup>55</sup>

Desde la aprobación del Código Procesal Penal, en el año 2000, se admite en Chile el principio de oportunidad, consagrado en su artículo 170, que faculta a los fiscales del ministerio público para “no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un empleado público en el ejercicio de sus funciones”. Pues bien, el incuestionable interés colectivo en la persecución de los crímenes de guerra, la gravedad de sus penas y las diferencias del proceso penal militar respecto del común, nos parece que hacen inconcebible que el ministerio público castrense pueda echar mano del principio de oportunidad e impedir la persecución de dichos crímenes.

### **D. Presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena**

#### **I. Presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma**

Dado que los crímenes de guerra están regulados por el Código de Justicia Militar, se subordinan también, en lo que respecta a los presupuestos y accidentes de la responsabilidad criminal, a lo que el mismo Código dispone al efecto.

Sin embargo, es una acusada peculiaridad del derecho penal militar de Chile el que se configure como un genuino ordenamiento penal especial, por demás bastante completo. En efecto, su artículo 205 hace aplicables a los delitos militares las disposiciones generales del libro I del Código Penal, en cuanto no se opongan a las contenidas en él. De lo que se sigue que los delitos militares reposan, en principio, sobre los mismos fundamentos de los comunes. Y así:

1. Los crímenes de guerra requieren *dolo*. La posibilidad del *dolo eventual*, como en los delitos comunes, depende de que las figuras respectivas carezcan de elementos subjetivos del tipo o de lo injusto, expresados mediante

---

<sup>55</sup> El artículo 133 de dicho Código prescribe que “el sumario se seguirá exclusivamente de oficio y, por lo tanto, no se admitirá querellante particular en estos juicios”.

sustantivos, formas adverbiales o adjetivaciones cuyo fin es “exigir la concurrencia de malicia, de dolo, de intención, de voluntad, de conocimiento de determinados hechos, de ánimo de lucro, de saber, etc.”,<sup>56</sup> porque la regla general es que, exceptuados tales casos, los delitos admiten en Chile todas las especies de dolo. Por tanto, cabe el eventual en los artículos 261, 1° y 3°, 262, inciso primero, y 264 del Código de Justicia Militar, mas no en el número 2° del artículo 261 (“maliciosamente”) y 263 (“para apropiárselo” y “por crueldad”). Hay dos deplorables cualificaciones por el resultado, en el párrafo segundo de los artículos 262 y 263, cuando hubiere resultado o se hubiese causado la muerte de las personas que allí se indica.<sup>57</sup>

2. No tiene plaza la ejecución culposa de estos delitos, porque el régimen de la culpa en el ordenamiento chileno es el del *numerus clausus* (artículos 4° y 10, número 13°, del Código Penal); la falta de previsión expresa de la forma culposa representa en el país una situación de atipicidad.<sup>58</sup>
3. Ni el Código Penal ni el de justicia militar regulan explícitamente las clases, los requisitos y los efectos del *error*, como tampoco definen el dolo. Pero la doctrina no ha hallado inconvenientes para reconstruir la doctrina del error a partir de un plexo de disposiciones del primero.<sup>59</sup> Aceptada ya por la mayoría de los penalistas chilenos la distinción entre *error de tipo* y *error de prohibición*, digamos que también en los crímenes de guerra son factibles, en línea de máxima, entrambas especies. Existe una regla especial para el personal de los cuerpos armados. El artículo 207 del Código de Justicia Militar, tras considerar la ignorancia de los deberes del ramo como atenuante de la responsabilidad penal en el caso de los uniformados con menos de dos meses de servicio en las armas, o como eximente, siempre que el desconocimiento “fuere excusable, atendido su nivel de instrucción y demás circunstancias”, excluye terminantemente de la exención a los oficiales, para quienes la ignorancia o el conocimiento inexacto de las específicas obligaciones del cargo no puede constituir fundamento de una excusa. Como, empero, los crímenes de guerra no están amenazados con penas militares ni son delitos genuinamente castrenses, la regla del artículo en cuestión no los afecta; puede darse a su respecto, pues, el error de prohibición, si bien el directo parece

---

<sup>56</sup> Cousiño Mac Iver, o. y vol. cits., p. 769.

<sup>57</sup> Véase, *supra*, texto y nota 28.

<sup>58</sup> Náquira Riveros, *Derecho penal. Teoría del delito*, I, Mc Graw Hill, Santiago de Chile, 1998, cf. p. 203.

<sup>59</sup> Sobre lo cual, cf., por todos, Rivacoba y Rivacoba, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, publicadas bajo la dirección y con un Prólogo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1975, pp. (49-126) 96 y ss.

como de muy trabajosa configuración real, dado el contenido de injusto que subyace en los tipos respectivos.

4. En materia de *tentativa* tienen vigencia las reglas generales del Código Penal, por mandato del artículo 205 del de Justicia militar. El artículo 7° de aquel dice que hay tentativa, “cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”, y frustración, “cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”. De la última cláusula deduce pacíficamente la doctrina la relevancia del arrepentimiento eficaz y del desistimiento, en la frustración y la tentativa en sentido estricto, respectivamente.<sup>60</sup> Todo lo cual es aplicable a los crímenes de guerra, con tal que su estructura técnica sea compatible con el delito imperfecto (no lo es el del artículo 263, inciso primero, del Código de Justicia Militar, pues se presenta como un delito de resultado cortado: “para apropiarse”).
5. Todas las formas de *autoría y participación* admitidas por el derecho penal común pueden tener lugar en los crímenes de guerra. Aquí toman nuevamente la palabra las reglas generales, siquiera haya de repararse, por un lado, en que es sumamente controvertida y de no fácil reconstrucción la figura del autor mediato en el Código Penal,<sup>61</sup> y, por otro, en que este reputa el encubrimiento (artículo 17) como forma de participar en un delito, junto a las genuinas, la inducción y la complicidad.
6. Con la *comisión por omisión* sucede lo mismo que observamos a propósito del error, es decir, se trata de una cuestión en la que la ausencia de una disposición expresa y de alcance general ha dejado por entero la resolución del problema a la doctrina, que advierte un reconocimiento implícito de la omisión impropia, para la mayoría de los delitos, en diversos pasajes del derecho penal codificado.<sup>62</sup> Al hilo del mismo razonamiento, se puede sostener que

---

<sup>60</sup> Politoff Lifschitz, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, cf. pp. 215 y ss.

<sup>61</sup> Sobre el autor mediato, véanse Yáñez Pérez, “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales...*, o. cit., pp. (166-181) 179-180, y Politoff Lifschitz, “‘Cometer’ y ‘hacer cometer’: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, 2 vols. Cuenca, 2001, pp. (1281-1284) 1260 y ss.

<sup>62</sup> Cury Urzúa, o. y ed. cit., t. I, cf. p. 206. En el delito de aplicación de tormentos a un detenido, que hemos reproducido antes, en nota 21, está descrita expresamente la comisión por omisión, respecto del empleado público que consintiere la tortura. Existen ejemplos análogos de tipificación directa de la omisión impropia en otras infracciones del Código Penal, como el peculado (artículo 233), el fraude al fisco (artículo 239), etc.

los crímenes de guerra pueden perpetrarse por omisión, sobre todo cuando el omitente sea un superior jerárquico que, obligado, por su cargo y responsabilidad, a impedir la actuación delictuosa de sus subordinados, se abstenga de hacerlo y deje correr un curso causal que remate en los resultados descritos en cada caso por la ley.

7 y 8. Las cuestiones de la *responsabilidad del superior jerárquico* y del *cumplimiento de las órdenes* que imparta por sus subordinados están muy entrelazadas en los crímenes de guerra y los preceptos que les destina el Código de Justicia Militar.

Este cuerpo legal se ocupa en dos ocasiones de la obediencia jerárquica. Por lo pronto, su artículo 214 establece que “cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados”. Aquí es menester tomar en cuenta que en el derecho militar chileno impera un régimen de obediencia absoluta, con la notable singularidad de que en él tiene cabida la *remonstratio*. En efecto, mientras el artículo 334 expresa que “todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de sus atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior”, el 335 precisa que, “no obstante [...], si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden y, en casos urgentes, modificarla, dando inmediata cuenta al superior. = Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior”. En otras palabras: cumplido el trámite de la representación del contenido antijurídico de la orden, y siempre y cuando esta se refiera a asuntos del servicio militar, el inferior no responde (aquí la obediencia jerárquica funciona como una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta).<sup>63</sup> Todo esto supone la existencia, en el ordenamiento chileno, de mandatos antijurídicos de obligatorio cumplimiento, posibilidad que el principal monografista del tema ve corroborada por las disposiciones que acabamos de reproducir.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Cf. Rivacoba y Rivacoba, “La obediencia jerárquica en el derecho penal chileno”, en la *Revista de Ciencias Penales*, de Santiago de Chile, 3ª época, t. XXVI, n° 3, septiembre-diciembre de 1967, pp. 239-284, así como, del mismo, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, prólogo del Prof. Dr. Francisco Blasco y Fernández de Moreda, Edeval, Valparaíso, 1969, especialmente pp. 41-42.

<sup>64</sup> Dice Rivacoba (“La obediencia jerárquica en el derecho penal chileno”, en l. cit., p. 274), que probada en el derecho penal común “la existencia de órdenes que vinculan en lo civil por su simple legalidad exterior y prescindiendo de que en su fondo sean conformes o contrarias a Derecho, resulta tanto más fácil comprender la cuestión y llegar a idéntica conclusión en el Código de Justicia Militar chileno [...] así se puede apreciar, sin lugar a ninguna duda en los artículos 334 y 335”. Y, citando a Rodríguez Devesa, en su estudio *La obediencia debida en el derecho penal militar* (tirada aparte de la

Por supuesto, si, conociendo el contenido antijurídico de la orden, el subordinado no lo representa al superior, o si los hechos *habent atrocitatis facinoris*, es decir, van contenidos en un mandato que tiende monstruosa, evidentemente a la comisión de un delito —por lo cual la orden misma sería ajena al servicio, con la consiguiente incompetencia del superior para dictarla—, responderán tanto el superior que lo impartió como el subordinado que le dio acatamiento, si bien el último con una pena atenuada, conforme a los artículos 211 y 214, párrafo segundo, del Código que venimos citando,<sup>65</sup> salvo el antes mencionado caso de concierto previo. Y es que “*en la inmensa mayoría de los casos* en que el subordinado se dé cuenta de que lo que se le manda es delictuoso, no debe obedecerlo, y si lo hace, no podrá ampararse en esta eximente; pero no porque haya obrado bajo los efectos del error, sino, pura y simplemente, porque se trata de actos para los cuales no es competente quien se los ordena”.<sup>66</sup> Esto es, precisamente, lo que se presentará en los crímenes de guerra, cuyo contenido antijurídico, propio de órdenes extrañas al servicio de las armas, es, en la mayor parte de los casos, manifiesto, de modo que la situación atraerá la responsabilidad tanto del que los ordenó, como de los que los ejecutaron en persona.<sup>67</sup>

9 y 10. No hay normas especiales en el Código de Justicia Militar acerca de la *legítima defensa* y el *estado de necesidad*, que se rigen por el derecho común (artículo 10, números 4º, 5º, 6, y 7º del Código Penal). La única peculiaridad de aquel Código radica en que contempla el uso de las armas, “cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida”, como

---

*Revista Española de Derecho Militar*, de Madrid, n° 3, enero-junio de 1957), prosigue: “También es raro encontrar en las legislaciones militares [...] la *remonstratio* [...], un paliativo que se introdujo para atenuar la perniciosa repercusión que puede tener en el servicio la teoría de la obediencia ciega, mas, en último extremo, viene a confirmar ésta, ya que si el superior reitera la orden al inferior éste debe cumplirla aunque sea antijurídica. El único país del que tengo noticia que admita la *remonstratio* en su Derecho militar, es Chile”.

<sup>65</sup> Expresa el inciso segundo del artículo 214: “El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito”, y el artículo 211, que, “fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. Y si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada”.

<sup>66</sup> Rivacoba, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, o. cit., p. 167.

<sup>67</sup> Bien indica Náquira Riveros (o. y vol. cit., p. 443), que “el carácter monstruoso de un hecho delictivo no depende de su contenido intrínseco, no es algo que se pueda determinar *a priori* y en forma abstracta, sino que depende de las circunstancias concretas en las que se encuentra la autoridad en un momento dado”. Y así, añade Rivacoba (*La obediencia jerárquica en el derecho penal*, o. cit., p. 166), “el oficial que normalmente no es competente para mandar a la tropa que capitanea, que dispare contra un grupo de transeúntes, puede serlo, en cambio, en una situación de emergencia, bajo la ley marcial”.

eximente de la responsabilidad penal (artículo 208). Aunque este instituto sea del todo ajeno al derecho penal común, un sector de la doctrina estima, en nuestra opinión con razón, que el uso de sus armas por los funcionarios facultados no es sino una situación específica de la eximente general del ejercicio legítimo de una autoridad<sup>68</sup> o de cumplimiento de un deber, por lo que se subordina a los requisitos del artículo 10, número 10°, del Código Penal, y, en consecuencia, “supone criterios de adecuación y proporcionalidad”.<sup>69</sup>

11. No está prevista en los crímenes de guerra una *edad mínima* diferente de la del Código Penal para poder imputar al hechor sus actuaciones antijurídicas. El derecho chileno, que se mantiene anclado en el anacrónico modelo de protección para los jóvenes infractores, establece los dieciocho años de edad como el momento de la adquisición de la imputabilidad penal, reserva hecha de los menores de dieciocho y mayores de dieciséis que hubieren obrado con discernimiento, a quienes también se considera imputables.<sup>70</sup> Un proyecto en actual tramitación ante el Congreso nacional pretende rebajar el umbral de la imputabilidad a los catorce años, e introducir un derecho penal especial para los jóvenes adultos.
12. Hay, adicionalmente, circunstancias agravantes y atenuantes especiales de los delitos militares. Entre las primeras figuran, por ejemplo, cometer el delito previo concierto o en unión con los inferiores, ejecutarlo ante tropa reunida o perpetrarlo ante el enemigo; y entre las segundas, el ejecutar, después de perpetrado el delito, una acción distinguida ante el enemigo (artículos 209 y 213 del Código de Justicia Militar). Todo esto repercute en la *determinación de las penas* que vengan al caso. En cambio, no hay disposición especial alguna respecto de los fines de las penas militares, materia también sometida a las normas comunes.
13. El derecho interno rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin importar el delito de que se trate. Existe una norma expresa sobre el particular, aprobada por la opinión dominante.<sup>71</sup> Un sector minoritario de la doctrina actual aboga *de lege ferenda* por la responsabilidad criminal de los entes colectivos.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Náquira Riveros, o. y vol. cit., cf. pp. 282 y ss.

<sup>69</sup> Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y ed. cit., p. 393.

<sup>70</sup> Sobre lo cual puede consultarse nuestro artículo “Crisis y pervivencia de las exigencias humanizadoras del Derecho penal en la cuestión de los menores”, en la revista *Gaceta Jurídica*, cit., n° 239, mayo de 2000, pp. 10-20.

<sup>71</sup> El artículo 58 del Código Procesal Penal establece: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”.

<sup>72</sup> Así, Politoff Lifschitz, “‘Cometer’ y ‘hacer cometer’...”, en l. cit., cf. especialmente pp. 1282-1284.

14. Al igual que otros ordenamientos, el chileno recoge dos grupos de *limitaciones funcionales* de la ley penal, o *inmunidades*. Del derecho internacional proceden la inmunidad de los jefes de Estado extranjero que se encuentren de visita en Chile, los agentes diplomáticos extranjeros, sus familiares y empleados foráneos, los funcionarios de las organizaciones internacionales establecidas por tratados multilaterales, y los cónsules extranjeros. La única inmunidad consagrada por el derecho interno es la que ampara a los diputados y senadores, pero solo “por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o comisión” (artículo 58 de la Constitución política). En cambio, desde la independencia política del país jamás se ha regulado, y sería en verdad inconciliable con la forma republicana de gobierno, la inviolabilidad del presidente de la República u otros altos dignatarios del Poder Ejecutivo, todos los cuales están sometidos a la ley penal como cualquier ciudadano.<sup>73</sup> Lo anterior vale, en los mismos términos, para los crímenes de guerra.
15. Todos los delitos y penas prescriben en la forma, las condiciones y los plazos que determina el Código Penal, en sus artículos 94 a 105. De acuerdo con estos, para los crímenes de guerra los plazos de prescripción oscilan entre cinco (artículos 261 y 264 del Código de Justicia Militar) y diez años (artículos 262 y 263) —en ciertos casos, quince, cuando hubiere resultado la muerte de alguna persona, según el inciso segundo de los artículos 262 y 263—. No existen, pues, delitos o penas imprescriptibles y, como ya se dijo,<sup>74</sup> Chile no ha dado ratificación a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha negado, a nuestro entender con razón, la posibilidad de declarar imprescriptibles estos delitos sobre la única base del derecho consuetudinario internacional.<sup>75</sup> Pero los proyectos de ley habidos últimamente sugieren que el Estado de Chile considera como una obligación el prohiar tarde o temprano, en su ordenamiento jurídico, el carácter imprescriptible de los crímenes internacionales. Lo anuncia claramente el artículo 250 del Código Procesal Penal, sancionado el año 2000, que prohíbe al juez dictar sobreseimiento definitivo “respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados”.
16. La *amnistía* y el *indulto* son causas de extinción de la responsabilidad criminal de las que se ocupan así el Código Penal (artículo 93, 3° y 4°) como la

---

<sup>73</sup> Cousiño Mac Iver, o. y vol. cits., cf. p. 141.

<sup>74</sup> Véase, *supra*, nota 13.

<sup>75</sup> Cf. Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cits., pp. 111-112 (donde este autor se duele de y critica el temperamento adoptado por el máximo tribunal).



Constitución política. De que el Estado pueda introducir limitaciones a su *ius aggratiandi* para los crímenes de guerra no había traza en la jurisprudencia sino hasta pocos años ha. En 1994, dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, basándose en las Convenciones de Ginebra, negaron vigencia a la “amnistía al revés” o “autoamnistía” otorgada por el régimen militar merced al antes citado decreto-ley 2.191.<sup>76</sup> Si bien la Corte Suprema revocó en 1995 tales fallos, ya hemos consignado<sup>77</sup> que el máximo tribunal cambió su criterio a partir de 1998, y reconoce hoy que las disposiciones relativas al derecho de la guerra impiden aplicar leyes de amnistía a los delitos —en los casos sobredichos, comunes— perpetrados contra personas internacionalmente protegidas en una situación de beligerancia, pues darles validez vulneraría la disposición constitucional sobre la tutela de los derechos fundamentales del hombre.

17. La *prohibición de la retroactividad* de las leyes penales más gravosas tiene en el país jerarquía constitucional y es absoluta. Los crímenes de guerra no se substraen a lo establecido en el artículo 19, número 3°, de la Constitución.<sup>78</sup>
18. Falta una norma interna que resuelva el conflicto de jurisdicción que podría presentarse cuando un crimen internacional de que pudiesen conocer los tribunales del país fuese objeto de juzgamiento simultáneo ante tribunales extranjeros o internacionales. De hecho, los jueces chilenos no podrían resignar su jurisdicción frente a acciones pendientes de sentencia firme en el extranjero, sobre todo si el delito se cometió en Chile y el reo está en el territorio nacional. El proceso sobre desafuero seguido contra el general Pinochet Ugarte, que no se ha visto embarazado por los juicios paralelamente instruidos contra él en otros países, es una clara demostración empírica de ello.

Lo que no quiere decir que el ordenamiento interno desconozca el principio del *non bis in idem* en el terreno del derecho penal internacional. Antes explicamos que son punibles, conforme a la legislación nacional, los delitos cometidos en el extranjero por chilenos contra paisanos, “si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró” (artículo 6°, número 6°, del Código Orgánico de Tribunales). El reconocimiento del principio en palabra y del valor de la *res iudicata* surgida de una condena o absolución pronunciadas por tribunales foráneos, a través de esta aplicación subsidiaria de la ley penal de Chile, no puede ser más paladino.<sup>79</sup> Por otra parte, prosiguiendo una línea iniciada por el último tenor del artículo 3°

<sup>76</sup> Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cits., cf. p. 110.

<sup>77</sup> Véase, *supra*, B, III, *in fine*, especialmente texto y nota 36.

<sup>78</sup> Transcrito *supra*, nota 12.

<sup>79</sup> En el mismo sentido, Politoff Lifschitz, *derecho penal*, o. y vol. cits., cf. p. 146-147; Cousiño Mac Iver, o. y vol. cits., cf. p. 166; Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno*, o., vol. y ed. cits., cf. p. 176, y la generalidad de los autores. También la jurisprudencia ha reconocido

del Código de procedimiento penal, el nuevo Código Procesal Penal, de 2000, ha dado un alcance todavía mayor al mérito de cosa juzgada de *todo* tipo de sentencias penales emanadas de tribunales extranjeros. Su artículo 13 dispone que “tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras” y que, “en consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero...”. En su amplitud, la disposición es perfectamente aplicable a los crímenes internacionales sometidos a persecución penal conforme a la ley chilena, con la salvedad que el propio artículo expresa, a saber, que el juzgamiento en el otro país “hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales, o cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente”.

## ***II. Otros presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales***

No los hay.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

El conocimiento y fallo de los crímenes de guerra está entregado a la jurisdicción castrense y, por las mismas características espaciotemporales de producción de estos crímenes, en la mayor parte de los casos serán competentes los tribunales militares establecidos para tiempos de guerra.<sup>80</sup>

La justicia castrense muestra grandes diferencias respecto de la ordinaria, comenzando por los órganos que la componen, a propósito de cuya reglamentación ya se insinúa el rasgo que define a la primera, o sea, un quebrantamiento sistemático de elementales principios y garantías inherentes a la segunda. Los viejos defectos se han tornado francamente macroscópicos e intolerables desde la entrada en vigor del Código Procesal Penal, que sustituyó el sistema mixto, con claro predominio de la forma

---

en repetidas oportunidades el valor de cosa juzgada de las sentencias absolutorias extranjeras. Cf. Etcheberry, *El derecho penal en la jurisprudencia*, o., vol. y ed. cits., cf. p. 31.

<sup>80</sup> Pero no siempre. Creemos que, cesado el estado de guerra, termina también la competencia de estos tribunales especiales, por lo que tocará a la jurisdicción común, en el marco del procedimiento ordinario, hacerse cargo de los crímenes de guerra no juzgados hasta ese momento. Por la no ultractividad de los tribunales extraordinarios, especialmente los consejos de guerra, cesado que sea el estado marcial, se pronuncia también Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal* (7 vols. publicados), Losada, Buenos Aires, 5ª ed., t. II, 1992, cf. p. 669.

inquisitiva, del antiguo Código de procedimiento penal, por el acusatorio en la persecución de los delitos.

Por de pronto, debe observarse que los jueces militares son oficiales en servicio activo; carecen de preparación jurídica, y, por lo mismo, deben ser asesorados por un auditor, junto al cual firman la sentencia redactada por este.<sup>81</sup> La independencia interna del tribunal, pues, resulta ser una quimera, subordinado como está a las autoridades superiores del ramo armado de que se trate.<sup>82</sup>

El procedimiento para tiempos de guerra, estructurado, *more* antiguo, en dos fases, una inquisitiva y otra acusatoria, se distingue por la extraordinaria brevedad (cuarenta y ocho horas, como regla general) de la primera, que es instruida por un fiscal. Cerrado el sumario, el fiscal pide el sobreseimiento o propone la acusación, y en el último caso, un comandante es quien convoca al consejo de guerra, que recibe las defensas del acusado y las pruebas que haya ofrecido. El fallo del consejo es inapelable: una vez dictado y notificado a las partes, el comandante que corresponda debe aprobarlo o modificarlo. Asimismo, bien que esté reconocido formalmente el derecho a la defensa letrada, varias disposiciones del Código en cuestión revelan una desconfianza supina en sus atribuciones, que se procura cercenar; por ejemplo, el defensor puede intervenir e imponerse de los antecedentes que obren contra el inculgado sólo después que se ha convocado al consejo de guerra, y tiene que formular su defensa por escrito, comunicándola al fiscal antes del juicio.

## F. La práctica efectiva de persecución

Hasta donde llegan nuestras fuentes de información, no se ha perseguido en el país crímenes internacionales. Los procesos que han tenido lugar fueron o son sustanciados sobre la base de delitos comunes, dada la falta de casi todos los tipos existentes en el derecho externo. De ellos, ninguno sobrepasa en importancia y significación al juicio de extradición contra Walther Rauff y al procedimiento sobre desafuero de Augusto Pinochet.<sup>83</sup>

Con todo, a la génesis y el alcance del decreto-ley 2.191, de 1978,<sup>84</sup> están íntimamente ligados dos casos judiciales a los que cabe hacer referencia, entresacados de

---

<sup>81</sup> Paillás, *Derecho procesal penal* (2 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, t. II, cf. p. 216.

<sup>82</sup> Parecidamente, Riego, "Informe nacional sobre Chile", en *Las reformas penales en América Latina*, coordinado por Julio B. J. Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik, prólogos de Albin Eser y Stefan Jost, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, pp. (167-195) 177-178.

<sup>83</sup> Cf., *supra*, texto y notas 18 y 24, respectivamente. Dado que el proceso en cuyo marco Pinochet perdió su fuero como parlamentario sigue en tramitación a la fecha en que escribimos estas cuartillas, omitimos su comentario pormenorizado.

<sup>84</sup> Cf. *supra*, A, III, *in fine*.

los múltiples y gravísimos crímenes perpetrados por agentes y secuaces del régimen castrense que gobernó el país entre 1973 y 1990.

Según expresa su “Exposición de motivos”, la amnistía otorgada por esa disposición legiferante era fruto del “imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos”. Prescindiendo del horrible lenguaje en que quedó escrita, la afirmación, cuyos oportunismo y cruel hipocresía apenas si reconocen precedentes en la historia de Chile,<sup>85</sup> era en verdad el disfraz con que disimular una burda autotutela del régimen y la impunidad así concedida a sus criminosos servidores, no menos que el mecanismo para cubrir y anular la honda impresión que suscitaban sus hechos delictivos, con el correspondiente reclamo de hacer justicia a las víctimas.

Uno de aquellos hechos, acaecido en octubre de 1973, pero descubierto en 1978, acapararía la atención pública: el llamado caso Lonquén. No había transcurrido un mes desde el golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973, cuando un grupo formado por miembros de la Policía de Carabineros, sin contar con orden judicial alguna, allana y detiene en Isla de Maipo, localidad rural contigua a Santiago de Chile, a quince humildes campesinos, quienes, luego de ser golpeados en el recinto policial del lugar, son llevados a unos abandonados hornos de cal emplazados en el vecino sector de Lonquén. Allí encontraron alevosa muerte, por obra de los mismos carabineros y del oficial que los dirigía, quien decidió ocultar los cadáveres en los hornos. De este caso, que surgió a la luz pública a raíz de una denuncia anónima recibida por la Iglesia Católica en 1978, conoció primeramente el ministro don Adolfo Bañados Cuadra. Antes de que este tuviese que declinar su competencia a favor de un fiscal militar, pudo constatar la directa responsabilidad del oficial y los policías a su cargo, que el hecho fue perpetrado con ocasión del servicio y que las explicaciones dadas por la jefatura policial para cohonestar lo ocurrido, o sea, que los detenidos se habrían enfrentado a tiros con sus secuestradores, eran, en su puerilidad, desde todo punto de vista inverosímiles. El decreto-ley de amnistía vino a la judicatura militar como anillo al dedo. El fiscal, en resolución luego confirmada por la corte marcial, sobreseyó la causa y a los malhechores.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Salvo, acaso, el documento engendrado por la junta militar que en 1924, con el decidido respaldo de un aparato oligárquico, obliga a dimitir al presidente Arturo Alessandri Palma: con el pomposo título de “Los postulados del 11 de septiembre” —en Chile los acontecimientos infaustos parecen tener fechas propiciatorias—, un testigo de la época lo califica como “los postulados de la imbecilidad humana con sable a la cintura”. Vicuña Fuentes, *La tiranía en Chile. Libro escrito en el destierro en 1928*, prólogo de Volodia Teitelboim, Lom, Santiago de Chile, 2002, p. 209.

<sup>86</sup> *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (2 vols.), Santiago de Chile, 1991, vol. 1, t. I, pp. 223-225.

La amnistía del decreto-ley en palabra no abrazó, empero, todas las atrocidades del gobierno. Una de sus disposiciones hubo de excluir de la gracia a los responsables de los hechos entonces investigados “en el proceso rol N° 192-78, del Juzgado militar de Santiago”, esto es, ni más ni menos que el asesinato de don Orlando Letelier del Solar y de su secretaria, la joven norteamericana Ronnie Moffitt, que tuvo lugar en Washington el 21 de septiembre de 1976, y cuya significación y vicisitudes ulteriores generaron una delicada situación en las relaciones entre los gobiernos de los Estados Unidos de Norteamérica y de Chile, lo que hace tanto más fácil el comprender que quienes detentaban el último no se atrevieran a amparar, con una amnistía hecha a su medida, un crimen de terror político perpetrado en el corazón mismo del país más poderoso del planeta.

Reducidos hasta el esquematismo, los hechos se dieron como sigue: Letelier, otrora embajador de Chile ante la Confederación norteamericana y antiguo ministro de Relaciones Exteriores y de Defensa del gobierno del presidente don Salvador Allende Gossens, vivía a la sazón su exilio en Washington, distrito de Columbia, donde se desempeñaba en el Instituto de Estudios Políticos, y paralelamente cumplía importantes actividades en el marco de la oposición internacional contra el régimen que tiranizaba a su país y que lo había expulsado un trienio antes. Su prestigio, seriedad y poder de convocatoria en el campo de la política lo señalaron como sospechoso e indeseable ante los ojos del aparato de inteligencia del gobierno militar, que poco antes de mandarlo matar lo había privado de su nacionalidad. El asesinato, precedido por una compleja trama de espionaje internacional, en todo lo cual tomaron parte así miembros de la Dirección de Inteligencia Nacional <sup>87</sup> como individuos extranjeros de signo fascista, ocurrió mientras viajaba en su automóvil en compañía del matrimonio Moffitt, por una bomba instalada en la carrocería del coche y hecha explotar por un agente norteamericano de la Dirección, Michael Townley, siguiendo una orden emanada del director de ese organismo, el general de ejército Juan Manuel Contreras Sepúlveda, y su jefe de operaciones, el también alto oficial Pedro Octavio Espinoza Bravo.

Iniciado en 1978, el proceso judicial arrastró una penosa y estéril tramitación en manos de la justicia militar, hasta que en 1991 su conocimiento quedó radicado en la judicatura ordinaria. El ministro de la Corte Suprema designado al efecto, don Adolfo Bañados Cuadra, fue capaz de imprimirle la celeridad y el rigor que requería, superar las dificultades intrínsecas del negocio y los entorpecimientos de todo orden —a menudo, aviesos— con que hubo de tropezar y llevar a buen término una causa que el juzgado militar había sobreseído ignominiosamente en 1980. El fallo, que condenó a

---

<sup>87</sup> Un cuerpo militarizado que se creó formalmente en 1974 (sus comienzos, sin embargo, se remontan a noviembre de 1973) para que funcionase bajo directa dependencia de la Junta de Gobierno, y que se convirtió en el principal servicio de inteligencia encargado de la persecución y represión políticas durante los años 1974-1977.

Contreras y Espinoza como coautores del asesinato de Orlando Letelier,<sup>88</sup> presenta múltiples aspectos de interés, tanto en lo que respecta a cuestiones específicas del derecho interno, como por su proyección hacia temas significativos para el derecho internacional penal. Naturalmente, hemos de contraernos a la somera mención solo de estos últimos.

Por de pronto, se trataba de un delito “a distancia”, cuyo *iter criminis* comenzó en Chile y concluyó en Norteamérica. Esto tenía que plantear forzosamente una duplicación de jurisdicciones y los problemas anejos a ello. De hecho, Townley, luego de ser expulsado del territorio nacional tras vehemente presión de los Estados Unidos,<sup>89</sup> fue sentenciado por la justicia norteamericana, la que, con todo, no pudo hacer prosperar la petición de extraditar a Contreras y Espinoza, ya que había un proceso pendiente en Chile. La alegación que seguidamente formularon los reos, en el sentido de que los tribunales chilenos resultaban incompetentes para conocer del asunto, fue rechazada sobre la base de que el proceso versaba sobre un delito cometido en el extranjero por chilenos contra chilenos y sus acusados estaban en el país, y porque, “en todo caso, Chile está obligado a enjuiciar a los responsables, por exigencias del artículo 345 del Código de Bustamante”.<sup>90</sup>

También estaba el aspecto de la concreta forma de participación —tomando esta palabra en su sentido lato— que convenía a los encausados, según su especial relación con el autor directo del crimen. El sentenciador descartó la inducción (artículo 15, número 2º, del Código Penal), por estimar que ella supone “un acto de persuasión que nada tiene que ver con el efecto coercitivo [...] del mandato que recibió Townley”,<sup>91</sup> y se decantó por la figura de la autoría mediata, con expresa aplicación de la tesis de Roxin del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder, dentro del cual el autor material aparecía como un simple instrumento de la Dirección de Inteligencia Nacional.<sup>92</sup> La especie de autoría asimismo prevista en el número 2º del artículo 15 del Código Penal (“los que fuerzan a otro a cometer un delito”), la fungibilidad de los ejecutores de las órdenes impartidas por una organización cuyas características tornaban ilusoria toda resistencia a sus designios, retratan “un estado de

---

<sup>88</sup> Data del 12 de noviembre de 1993 y puede consultarse en una edición especial de *Fallos del Mes*, publicación mensual de la jurisprudencia de la Corte Suprema, año XXXV, noviembre de 1993, sección criminal. Las citas que siguen están tomadas de esta fuente.

<sup>89</sup> Por cierto, el gobierno militar negó públicamente las gestiones realizadas por la diplomacia norteamericana y la fuerte presión que desplegaron sus autoridades; pero el escándalo era hasta tal punto mayúsculo, que se vio obligado a ceder, arrebatando la persona de Townley a la justicia chilena, para evitar un quiebre de las relaciones con el país del norte.

<sup>90</sup> *Fallos del Mes*, cit., p. 45.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>92</sup> El norteamericano, en efecto, dependía económica e ideológicamente de la Dirección, y se había consustanciado en su estructura militar y la férrea lealtad que esta requería. Su adhesión a ella era, pues, total. *Ibidem*, cf. p. 153.

cosas perfectamente aplicable al de Townley, inserto como estaba en la estructura jerarquizada y militar de la DINA, en términos que, si legalmente no podía ser compelido a acatar esa orden, en la práctica el influjo, la autoridad y el ascendiente del Director, a través de la orden transmitida por el coronel Espinoza, debió gravitar sin contrapeso en el ánimo del agente de facto, como para poder afirmar que se encuentra en la situación de quien es forzado irremediablemente a cometer un determinado acto”.<sup>93</sup> Por lo demás, Contreras y Espinoza fueron considerados coautores mediatos del delito, dada su proximidad en el escalafón de grados del ejército y la falta de otros vínculos de dependencia entre ambos.

También se debatió el argumento insinuado por la defensa de Espinoza, en el sentido de que lo ampararía la eximente de obediencia jerárquica contemplada en el Código de Justicia Militar. Las razones aducidas por el fallo para descartar esta peregrina alegación coinciden cabalmente con lo que manifestamos antes sobre el particular.<sup>94</sup> “La excepción de la obediencia debida que puede alegar un subordinado depende [...] de que ese mandato haya sido impartido ‘como orden del servicio’, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto del servicio’”, y, “en el caso en examen, la orden impartida estaba notoriamente encaminada a la ejecución de un delito grave (*atrocitatem facinoris* de los romanos), era totalmente ajena a las funciones de la DINA<sup>95</sup> y también a las atribuciones legítimas de su Director, es decir, no era una orden del servicio, ni provenía ni fue pronunciada con ocasión de un acto del servicio”, de todo lo cual se seguía la obligación, para quien la recibió, de no cumplirla; y como, por la inversa, lo hizo, “debe responder también como coautor mediato de este homicidio, ya que equivale a un acuerdo de voluntades con su jefe, el Director de la DINA, sobre el plan homicida”.<sup>96</sup>

La ingente participación de la Dirección de Inteligencia Nacional en las actividades de persecución política durante los primeros años del régimen militar, su responsabilidad en la desaparición forzada, la tortura y el asesinato de centenares de personas, permiten concluir que el de Letelier está lejos de ser un caso aislado, de nulo interés para el objeto de la presente investigación. Por lo demás, los sentenciados en este juicio, antes, durante y después de haber cumplido sus condenas, han sido impu-

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>94</sup> Cf., *supra*, texto y nota 65.

<sup>95</sup> Esto es exacto punto por punto. El decreto-ley 521, de 1974, creador de este organismo, le atribuía solamente la función de reunir la información necesaria para diseñar las políticas y tomar las medidas “que procuren el resguardo de la seguridad nacional y el desarrollo del país”. Ni siquiera las disposiciones secretas de su fuente “legal” facultaban a la Dirección para cometer asesinatos. Tomando en cuenta, además, que en los hechos dependía únicamente del presidente de la Junta de Gobierno, y que las implicaciones políticas de matar a un ex diplomático nada menos que de Washington eran gravísimas para el régimen militar y su precaria posición internacional, se explica que durante todo el proceso y aun después gravitase la sombra de Pinochet como el verdadero autor de la orden, o por lo menos como la figura necesaria que la autorizó o refrendó.

<sup>96</sup> *Fallos del Mes*, cit., pp. 155 y 156.

tados o bien sometidos a proceso en otros casos de terrorismo internacional, nacidos de un mismo plan de aniquilamiento sistemático de los más representativos opositores al gobierno militar.

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### ***I. Proyectos de reforma***

Salvas las menciones que hicimos en los apartados A y B, I, de los proyectos de ley sobre la ratificación del Estatuto de Roma y la introducción del crimen de genocidio, no ha habido otras iniciativas oficiales cuyo fin sea establecer un catálogo lo suficientemente exhaustivo de crímenes internacionales en el derecho interno; mucho menos cabe conjeturar que el país se dé un Código o ley internacional penal, a semejanza de los que se columbran o existen en otros países.

A decir verdad, la evolución de la política legislativa en el tema muestra rasgos no bien definidos ni uniformes. Si bien es cierto que en los últimos lustros varios tratados han sido refrendados por Chile, particularmente los que se refieren a una más maciza tutela de los derechos y garantías fundamentales del hombre frente a ataques insoportables, como la tortura, y que por este camino se ha visto ampliado el ámbito del principio universal y la posibilidad de reprimir en el país algunos tipos delictivos de significación cosmopolita, lo es, asimismo, que no hay proyecto alguno de ley que apunte a dar una cabida mayor a aquel principio o a reformar sistemáticamente el ordenamiento interno para acabar con su virtual ayuno de crímenes internacionales. De la carencia de una política clara y bien fundada en estas cuestiones es testimonio la paradoja de que se hayan filtrado en el Código Penal delitos cuyo injusto típico refleja el vigente en el derecho internacional, a despecho de que el Estado no ha adherido a la convención correspondiente, y que, antes bien, contradicen aquellas que sí lo obligan, según es dable apreciar en la trata de personas.<sup>97</sup> Acaso pudiera pensarse, empero, que

---

<sup>97</sup> En efecto, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949, no ratificado por Chile, obliga a las partes a castigar a quienes promuevan, induzcan o exploten la prostitución aun con el consentimiento de la persona afectada (artículo 1°) —a diferencia de la ratificada Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Blancas, de 1910, cuyos artículos 1° y 2° distinguen los casos de mujeres y niñas menores, por un lado, y de mujeres adultas, por otro, pidiendo preceptivamente y solo para el segundo el uso de fraude, violencia, amenazas, abuso de autoridad o “cualquier otro medio de sujeción” como presupuesto para reprimirlo—, al paso que el nuevo artículo 367 *bis* del Código chileno castiga al que “promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”, en circunstancias en que la “víctima” es un adulto que consiente en el acto, y agrava las penas cuando el paciente es menor de edad, ha sido forzado, intimidado o engañado por el sujeto activo, o este se prevale del estado de desamparo económico de aquel. Acerca de este delito y su crítica, cf. Guzmán Dalbora, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en el *Anuario de Derecho Penal*, de Lima, 1999-2002, pp. 201-244.



la paradoja esconde una embrionaria recepción de las prohibiciones del derecho *consuetudinario* de gentes, lo que sería tanto más notable cuanto que la tradición chilena ha sido, como hemos manifestado, acuñar los tipos solo después de la ratificación del tratado.

## **II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia**

La dogmática penal chilena viene reclamando por lo menos desde los años sesenta del siglo XX una mejora del derecho interno en estas cuestiones, en el doble sentido de satisfacer la exigencia de contar con un número mayor de delitos internacionales, junto con las normas que precisen los presupuestos peculiares de su punición, y de configurar un espectro claro y directo de casos de aplicación del principio de justicia universal.

El retraso del país quedó de manifiesto y fue objeto de denuncia con motivo de la frustrada extradición en el caso Rauff. Rafael Fontecilla Riquelme, quien, como presidente de la Corte Suprema, conoció del proceso en su primera instancia y dio lugar a la entrega del jerarca nazi, desarrolló detalladamente, poco tiempo después, las razones en cuya virtud Chile debía adherir a la Convención de 1968, argumentando que no había impedimentos internos, ni siquiera constitucionales, para aceptar entre nosotros la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de guerra.<sup>98</sup> Si en sus páginas queda retratada la sólita exigencia de una ley interna, la cruda experiencia vivida por la comunidad nacional durante el régimen militar explica que en publicaciones más recientes se quiera ir más allá y modificar este estado de cosas. Así, por citar una figura insigne del penalismo chileno y uno de los pocos que ha abordado seria y sistemáticamente la cuestión, Sergio Politoff Lifschitz considera que “los convenios o tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un rango especial, que los diferencia de otros tratados, ya que, al incorporarse a la Constitución, no sólo dan lugar a reclamar la inaplicabilidad de un texto legal cuando éste está en contradicción con sus disposiciones, sino que procede utilizarlos directamente en la interpretación de la ley penal”, y que,<sup>99</sup> lenta, pero promisoriamente, la jurisprudencia parece que va abriéndose a estos rumbos interpretativos, tal como apuntamos páginas atrás; y si ello no ha ocurrido antes, débese a la especial *forma mentis* del grueso de la judicatura.<sup>100</sup> También se viene postulando una reforma al artículo 6° del

<sup>98</sup> O. y ed. cits., t. III, cf. pp. 171 y ss.

<sup>99</sup> *Derecho penal*, o. y vol. cits., pp. 109 y 111.

<sup>100</sup> “Los tribunales chilenos son tributarios de un rígido positivismo jurídico que los convierte en esclavos de la letra muerta de la ley —opina Novoa Monreal, “El caso de Walther Rauff”, en l. cit., pp. 66-67—. Debido a ello, magnifican la fuerza de la ley escrita. Rehúyen su verdadera responsabilidad, que es la de hacer justicia, asilándose en el texto literal de la ley, bastante para dar solución cómoda y fácil en los casos más sencillos, pero enteramente insuficiente si se trata de resolver problemas serios y de fondo. Por ello es que, cuando se trata de elaborar una tesis que requiera asentarse en los principios

Código Orgánico de Tribunales, por cuanto la genérica remisión que este hace a los delitos comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias puede engendrar problemas para su adecuada inteligencia, como el de si el Estado queda obligado a describir el delito en su legislación o si, además, debe perseguir el hecho aunque sea cometido fuera de sus fronteras.<sup>101</sup>

### **III. Debate jurídico-político**

Los dolorosos casos y procesos judiciales sobre detenidos-desaparecidos, una lacerante herida abierta de la denominada transición política chilena, han suscitado indirectamente, en círculos más vastos que el estrictamente científico, controversias acerca de la conveniencia de que el país colme o no las lagunas señaladas de su derecho interno. No es fácil dar una apreciación acerca de los puntos de vista ventilados al respecto ni establecer cuál puede considerarse como prevaleciente. Diversos grupos de opinión vinculados a la defensa y salvaguardia de los derechos fundamentales se han pronunciado a favor de la justicia penal universal en la persecución y el castigo de los crímenes contra la humanidad, lo que es visto con recelo mejor o peor disimulado por las tendencias políticamente conservadoras, de arraigo, peso e influjo nada desdeñables. En este entrecruzamiento de posturas antagónicas, así como en la peculiar representación de los diversos sectores políticos en el Parlamento, hunden su raíz las dificultades que han encontrado los proyectos de ley de que hicimos mención, para ver triunfar la causa de la humanidad en el ordenamiento punitivo nacional. Hay otras causas que dan cuenta del retardo, por cierto; pero de ellas haremos escueta indicación al final.

Como quiera que sea, el documento más importante y representativo, amén de oficial, acerca de los diversos atropellos a los derechos fundamentales en el período del gobierno militar, esto es, el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, incluyó, como una de sus recomendaciones para prevenir la repetición de esas graves transgresiones en el futuro, la de que el Estado debe ratificar todos los instrumentos internacionales “que se adopten o hayan adoptado en materia de derechos humanos”, y alumbrar “normas nacionales complementarias para la debida implementación de los tratados”, como la Convención sobre el Genocidio y la obligación que impone a los Estados de tipificar y penar este delito en su ley interna, “lo que hasta ahora no se ha hecho en Chile”.<sup>102</sup>

---

jurídicos, o, lisa y llanamente, en el sentido de la justicia, pierden a menudo el rumbo y se convierten en jueces errátiles e inseguros”.

<sup>101</sup> Politoff Lifschitz y Matus Acuña, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, o. y vol. cits., cf. p. 68.

<sup>102</sup> *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., vol. 1, t. II, pp. 840 y 842.

## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional

Entre los requisitos establecidos por el derecho interno para la extradición pasiva, no se cuenta el de que el individuo cuya entrega se pida por el Estado extranjero carezca de la nacionalidad chilena. La falta de una tal restricción en la legislación del país goza del respaldo de la doctrina, que es decididamente partidaria de la extradición de nacionales,<sup>103</sup> y, sobre todo, de la jurisprudencia: en numerosos procesos la Corte Suprema ha entregado a chilenos para su juzgamiento en el extranjero.<sup>104</sup> Ahora bien, como la extradición es el complemento lógico del principio territorial, el valor de la posibilidad de extraditar paisanos es hartamente menor para los delitos sometidos al principio de justicia universal, máxime si se tienen en cuenta el reducidísimo número de estos en la legislación chilena y la máxima de la *doble incriminación*, que sí representa un elemento necesario de la extradición pasiva. Así y todo, el hecho, por ejemplo, de que un oscuro criminal de guerra buscara refugio en el país y consiguiera con el tiempo la nacionalidad chilena no constituiría un impedimento para, llegada la hora, dar lugar a su entrega al Estado extranjero que lo reclamase —sin perjuicio de su también posible enjuiciamiento en Chile.

### I. *Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Chile*

Todo un conjunto de consideraciones de variado orden explica la posición de franco retraso del derecho penal chileno en este tema: el emplazamiento geográfico del país y la mentalidad insular que en él domina; lo modesto del peso de su voz en la comunidad internacional; el fuerte apego a sus instituciones políticas y jurídicas, con la resistencia correlativa a cambiarlas, especialmente cuando las modificaciones son de envergadura e involucran problemas de fondo, etc. Sin embargo, en nuestra opinión hay una que lleva la ventaja sobre todas, y se enlaza hasta un punto tan estrecho con la historia de Chile, que bien puede sostenerse que, amén de determinante en la cuestión, resulta consustancial al “alma colectiva” de su pueblo y su cultura. Asimismo, ella está en la base de la preeminencia que se concede al derecho de los tratados en vez de a la costumbre internacional, el privilegiar la competencia de los tribunales del país en el supuesto de que el asunto pudiera interesar también a un tribunal extranjero (o supraestatal), la necesidad de que el delincuente se encuentre en territorio chileno para juzgarlo por un crimen internacional y, por cierto, la trabajosa y accidentada tramitación parlamentaria del Estatuto de Roma.

Nos referimos a la condición de colonia europea que tuvo Chile hasta su independencia política de España. La historia del derecho público chileno es, en cierta medida, la historia de su afirmación como país autónomo y del espíritu resultante, cuyo *ethos* es el del orgullo anejo a la autarquía política e institucional, y cuyo *pathos*

<sup>103</sup> Cf., por todos, Cury Urzúa, o., ed. y vol. cits., p. 182.

<sup>104</sup> Cousiño Mac Iver, o. y vol. cits., cf. p. 225.

queda reflejado en el prurito de salvaguardar esa autonomía a todo trance, aun a riesgo de coartar las posibilidades de integración cultural dentro del concierto de las naciones más avanzadas, y en una acusada desconfianza hacia todo cuanto signifique una merma al poder soberano del Estado.

Sería injusto y extremoso concluir de todo ello que la reserva interna a castigar crímenes internacionales va acompañada de la ausencia total de esfuerzos en pos de revertirla como tendencia, adecuando la legislación a los impostergables requerimientos de la hora. Sin embargo, consideramos como muy difícil que esta pueda ser reformada al hilo del entero espectro del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por lo menos en el corto plazo. No solo porque habrá que acometer una reforma de gran envergadura a una Constitución ultraconservadora en esta materia,<sup>105</sup> sino en cuanto la empresa demanda una afinación aún no verificada del sentimiento jurídico y el abandono de cierta mentalidad de campanario que traba el progreso político del país y su asociación con los demás. Tales cambios de mentalidad son necesarios, desde luego, en los líderes políticos —y, contra lo que usualmente se cree, no solo en los de signo conservador—, pero también en la judicatura y el foro en su conjunto, que no están libres de aquella “alma colectiva” antes abocetada. Y es que, aun suponiendo una radical reestructuración del derecho interno en el sentido que marca y exige el internacional, esa reforma quedaría en el papel y sería en verdad inoperante sin jueces y juristas embebidos del espíritu que se le infunda.

### Bibliografía

- ASTROSA HERRERA, Renato, *Derecho penal militar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1974.
- Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*. Con un Estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1974.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno. Parte general* (3 vols. publicados), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1975.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (2 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1992.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal* (4 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª ed., 1997.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *El derecho penal en la jurisprudencia* (4 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., t. I, 1987.
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado de derecho procesal penal* (3 vols. publicados), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1978.

---

<sup>105</sup> Por no decir en todas.

- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en el *Anuario de Derecho Penal*, de Lima, 1999-2002, pp. 201-244.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)”, en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, n° 12, 1994, pp. 165-199.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Crisis y pervivencia de las exigencias humanizadas del derecho penal en la cuestión de los menores”, en *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, n° 239, mayo de 2000, pp. 10-20.  
*Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (2 vols.), Santiago de Chile, 1991.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal* (7 vols. publicados), Losada, Buenos Aires, 5ª ed., t. II, 1992.
- MAIER, Julio B. J., Kai AMBOS y Jan WOISCHNIK (coords.), *Las reformas penales en América Latina*, con Prólogos de Albin Eser y Stefan Jost, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y María Cecilia RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, con Prólogo del Prof. Sergio Politoff Lifschitz, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2ª ed., 2002.
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho penal. Teoría del delito*, I, Mc Graw Hill, Santiago de Chile, 1998.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2002, pp. 449-466.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno. Parte general* (2 vols.), Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, Santiago de Chile, 2ª ed., 1985.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en *Grandes procesos*, Bat, Santiago de Chile, 1988, pp. 58-105.
- PAILLÁS, Enrique, *Derecho procesal penal* (2 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “‘Cometer’ y ‘hacer cometer’: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* (2 vols.), Cuenca, 2001, pp. 1281-1284.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho penal* (1 vol. publicado), Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1997.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, y Luis ORTIZ QUIROGA (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I (único publicado), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, publicadas bajo la dirección y con un Prólogo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1975, pp. 49-126.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Evolución histórica del derecho penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1991.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, con Prólogo del Prof. Dr. Francisco Blasco y Fernández de Moreda, Edeval, Valparaíso, 1969.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, “La obediencia jerárquica en el derecho penal chileno”, en la *Revista de Ciencias Penales*, de Santiago de Chile, 3ª época, tomo XXVI, n° 3, septiembre-diciembre de 1967, pp. 239-284.
- SERRANO MAÍLLO, María Isabel, *Prensa, derecho y poder político. El caso Pinochet en España*, Dykinson, Madrid, 2002.
- SIMON, Jan-Michael, *Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público*, Separata del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung (ed.), Buenos Aires, 2001.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, Emilio PFEFFER URQUIAGA y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1994.
- VERDUGO, Patricia, *Los zarpazos del puma. La Caravana de la muerte*, Ediciones Chile-América CESOC, Santiago de Chile, 2001.
- VICUÑA FUENTES, Carlos, *La tiranía en Chile. Libro escrito en el destierro en 1928*, Prólogo de Volodia Teitelboim, Lom, Santiago de Chile, 2002.
- YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, publicadas bajo la dirección y con un Prólogo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1975, 166-181.