



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y CIVIL: REFERENCIA AL CASO CHILENO

Gonzalo AGUILAR CAVALLO*

...indignidad, reside en el mal de la naturaleza humana, el cual constituye la mancha pútrida de nuestra especie, mancha que, en tanto no la apartamos, impide que el germen del bien se desarrolle, como sin duda haría en otro caso.

Immanuel KANT

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La imprecriptibilidad de la acción penal en el derecho internacional*. III. *Prescripción de la acción civil: análisis jurisprudencial*. IV. *Conclusiones*.
V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Una constatación desafortunada pero real es que algunos avances en el derecho se producen como consecuencia de crisis, re-

* Profesor de Derecho internacional público y Derechos humanos en la Universidad de Talca, Chile. Agradezco la valiosa colaboración, la comprensión y el apoyo incondicional prestado por Rébecca Steward en la elaboración de este artículo. Evidentemente, cualquier error en el trabajo es de exclusiva responsabilidad del autor.

voluciones, guerras o rebeliones, quizá, como señala Kant, como consecuencia del mal radical presente en la naturaleza humana.¹ En el caso del derecho internacional penal esta constatación es lamentablemente evidente. La Segunda Guerra Mundial impulsó decisivamente el desarrollo sistemático del derecho internacional penal. Así es como a partir de los juicios de Núremberg y Tokio comenzó a elaborarse un cuerpo de doctrina y de jurisprudencia en esta materia. En este contexto, Radbruch se refiere a la obra de Núremberg, “donde se trata de crear un derecho internacional que no obligue sólo a los Estados sino también a los hombres de Estado, personalmente, y de un derecho penal internacional que alcance personalmente a los destructores de la paz”.² Sin embargo, el paso cardinal se produjo a raíz de la guerra en los Balcanes y en la región de África Central, en Ruanda y Burundi, durante los primeros años de la década de los noventa. Estos conflictos condujeron a la creación de dos tribunales internacionales penales *ad hoc*, para juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario producidas durante los mismos. En estos tribunales internacionales penales *ad hoc* se ha hecho realidad el siguiente imperativo moral categórico formulado por Kant: una persona “debería cumplir una obligación sin considerar si otros cumplen o la desprecian”.³ En efecto, estos tribunales internacionales penales no han admitido defensas de individuos que se han basado en el principio de reciprocidad o, dicho de otro modo, en el principio *inadimplenti non est adimplendum*. Lo anterior es una manifestación de una característica general, vigente y presente en materia de derechos humanos, consistente en la naturaleza diversa de los tratados y de las obligaciones emanadas de

¹ Kant, Immanuel, *La religión dentro de los límites de la mera razón*, trad. de Felipe Martínez Marzoa, Madrid, Alianza Editorial, 1969, p. 42.

² Radbruch, Gustav, *El hombre en el derecho*, trad. de Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 126.

³ Anderson-Gold, Sharon, *Unnecessary Evil: History and Moral Progress in the Philosophy of Immanuel Kant*, Albany, State University of New York Press, 2001, p. 55.

los tratados de derechos humanos y de la constatación de que los tribunales internacionales penales *ad hoc* son también tribunales de derechos humanos con competencia criminal.⁴ La misma situación, con mucha mayor repercusión actual y futura por el nivel de aceptación del mismo y su carácter permanente, se ve reflejada en la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI).⁵

En todos estos casos se ha tratado de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario producidas en conflictos armados internacionales o internos. En este contexto, el órgano llamado a aplicar el derecho internacio-

⁴ “Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto. Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción. En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (*y a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas”. Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 24, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus protocolos facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52o. periodo de sesiones (1994), par. 8. “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. Corte I.D.H., *El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 2, par. 29, p. 8.

⁵ Véase Quel López, Francisco Javier, “Hacia una jurisdicción internacional penal permanente: el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional de la Comisión de Derecho Internacional”, en Fernández de Casadevante Romaní, Carlos y Quel López, Francisco Javier (coords.), *Las Naciones Unidas y el derecho internacional*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 152-170.

nal penal ha sido un tribunal internacional. Estos tribunales, por su propia naturaleza, deben aplicar el derecho internacional, de modo que no ha habido gran complejidad en aplicar e incluso desarrollar evolutivamente los principios elementales de derecho internacional penal, tales como la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

En realidad el problema se presenta, a nuestro entender, en casos de crímenes internacionales en donde es un juez nacional quien debe conocer y juzgar el asunto, como es el caso de algunos países latinoamericanos, a raíz de los crímenes internacionales —particularmente crímenes contra la humanidad— cometidos durante la década de los años setenta y ochenta.⁶ ¿Por qué es un problema? Por dos razones. En primer lugar, porque muchos países no han incorporado en su derecho interno los tipos penales internacionales ni las normas pertinentes provenientes del derecho internacional penal. Incluso algunos Estados ni siquiera han suscrito ni ratificado los tratados internacionales que regulan los crímenes internacionales. En estos casos, no obstante lo anterior, cabe tener presente el principio II que señala la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el documento sobre los *Principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en su sentencia*, en el sentido de que el hecho de que un acto considerado un crimen bajo el derecho internacional no esté sancionado por el derecho interno, ello no libera de responsabilidad bajo el derecho internacional al individuo y, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de perseguir al responsable.⁷ Esta misma idea fue reiterada por la Convención

⁶ Ambos se refiere a estos crímenes internacionales como macrocriminalidad. Ambos, Kai, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 21.

⁷ “Principle II: The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law”. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, adopted by the International Law Commission at its second session, in 1950, and submitted to the General Assembly as a part of

sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, cuando definió los crímenes de lesa humanidad como imprescriptibles, “aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.⁸

En segundo lugar, porque los jueces nacionales, formados en el derecho penal interno, en un caso de crimen internacional, suelen guiarse y aplicar principios propios del derecho penal interno, pero inconsistentes con el *corpus iuris* internacional en materia de crímenes internacionales. Un ejemplo patente de esta situación lo constituye la afirmación de Van Weezel en el sentido de que “como el principio de reserva está vinculado a un principio de culpabilidad funcionalmente entendido, nada impide que las leyes penales tengan efecto retroactivo hasta el límite impuesto por la prescripción y la cosa juzgada, instituciones que igualmente atienden a la necesidad (que, en su caso, ha dejado de ser actual) de estabilización normativa de la sociedad”.⁹ El Estatuto del Tribunal de Núremberg nos permite confirmar que cuando estamos frente a un crimen internacional el derecho aplicable es el derecho internacional, no los principios o normas del derecho penal doméstico —a los cuales ha aludido Van Weezel en la cita precedente—, salvo en la medida en que se adecuen a los estándares internacionales en esta materia. En efecto, el artículo 6o. del Estatuto del Tribunal señala los crímenes sobre los que el

the Commission’s report covering the work of that session. The report, which also contains commentaries on the principles, appears in: ILC Report, A/1316 (A/5/12), 1950, part III, pars. 95-127, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II.

⁸ Artículo I, inciso b, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

⁹ Van Weezel, Alex, “Inadmisibilidad de las ‘leyes interpretativas’ in *malam partem* en materia penal”, *Gaceta Jurídica*, núm. 323, 2007, pp. 14-30, especialmente p. 15.

Tribunal tiene jurisdicción, y la letra (c) se refiere a los crímenes contra la humanidad, diciendo:

Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.¹⁰

Estos actos entran en la jurisdicción del tribunal y generan responsabilidad individual, constituyan o no una violación del derecho nacional del país donde fueron perpetrados. Ésta es la lógica como opera el sistema internacional penal, ya sea que éste se aplique en el foro internacional o en el foro doméstico. En consecuencia, se trata de un problema complejo porque dependerá de los principios y normas que el juez aplique, los resultados que obtenga y, por tanto, en su caso, las conclusiones a las que llegue pueden ser radicalmente distintas.

Desde un punto de vista conceptual, Ambos define el derecho penal internacional como el “conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales”; por tanto, el sistema normativo aplicable por el juez es el derecho internacional, ya sea que conozca del crimen internacional la jurisdicción nacional o internacional.¹¹ En este sentido, el término que mejor refleja esta materia es el de *derecho internacional penal*, que es esencialmente derecho internacional. Nosotros ya hemos sostenido que la terminología derecho penal internacional es confusa porque este concepto alude a otro conjunto de normas, esencialmente de derecho nacional, que contiene reenvíos al derecho internacional. Así, Bacigalupo señala que el derecho penal internacional, no obstante su nombre,

¹⁰ Artículo 6o., inciso c, *Charter of the Nuremberg International Military Tribunal*, 8 de agosto de 1945.

¹¹ Ambos, Kai, *op. cit.*, p. 19.

...es derecho nacional, pues su fuente son las propias leyes nacionales y no normas convencionales acordadas con otros Estados. Por lo tanto, el derecho penal internacional es producto de la soberanía de cada Estado y extiende la aplicación de las normas nacionales del derecho penal precisamente hasta donde se extiende su soberanía, es decir, hasta donde los demás Estados soberanos lo consientan.¹²

En ese sentido, nosotros partimos en este trabajo de la premisa que los crímenes internacionales son regulados por el derecho internacional penal y que el órgano que los juzgue, cualquiera que éste sea, tanto interno como internacional, debe aplicar el derecho internacional penal, sus principios y normas, sin perjuicio de considerar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En este contexto, desde el punto de vista jurisdiccional, el juez nacional es el primer llamado a conocer y juzgar el crimen internacional, y en su defecto lo será el juez internacional, cuya jurisdicción —en el estado actual del derecho internacional— es excepcional, de modo que es de primordial importancia para el juez nacional conocer, describir, analizar y resolver un caso de crimen internacional a la luz del derecho internacional penal. Justamente, el problema no se presenta en el foro internacional sino en los tribunales nacionales, porque precisamente se trata de aplicar derecho internacional (penal) directamente en el orden interno de un Estado y por un juez nacional, quien habitualmente resuelve el caso aplicando los principios constitucionales y legales internos. En este trabajo, cuando hablamos de crímenes internacionales nos estamos refiriendo sólo a aquellos crímenes contemplados y completamente regulados en el Estatuto de Roma, esto es, crimen de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

En consecuencia, allí donde falle o no pueda operar la jurisdicción internacional sólo queda la esperanza de la justicia na-

¹² Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal y el Estado de derecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 92.

cional para sancionar los crímenes internacionales. En esta línea se expresó el fiscal general en el caso Eichmann, cuando señaló:

The abhorrent crimes defined in this Law are crimes not under Israel law alone. These crimes, which struck at the whole of mankind and shocked the conscience of nations, are grave offences against the law of nations itself (*delicta juris gentium*). Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, international law is, in the absence of an International Court, in need of the judicial and legislative organs of every country to give effect to its criminal interdictions and to bring the criminals to trial.¹³

Además, debe destacarse que lo que se encuentra al centro de un crimen internacional, en particular de los crímenes contra la humanidad, es que estos crímenes constituyen hechos atroces que pisotean la dignidad del individuo y especialmente de la humanidad, entendida como el colectivo de individuos, grupos y pueblos. La gravedad de un crimen contra la humanidad viene dada, entre otras cosas, porque atenta contra la dignidad humana, que se considera como un supuesto básico de valor absoluto.¹⁴ Schachter ha señalado que la dignidad humana “have come to be used as an expression of a basic value accepted in a broad sense by all peoples”.¹⁵ Por su parte, Häberle considera al ser humano mismo como un *prius* lógico y ético.¹⁶ En definitiva, hoy en día es posible sostener junto con Carrillo Salcedo que “[e]l interés humano se sitúa de este modo en el lugar supremo del orden de los valores, porque cada persona es un ser de fines y

¹³ Att. General of Isr. v. Eichmann, 36 I.L.R. 18, 26 (Isr. Dist. Ct.--Jerusalem 1961), aff'd, 36 I.L.R. 277 (Isr. S. Ct. 1962).

¹⁴ Complak, Krystian, “Por una comprensión adecuada de la dignidad humana”, *Dikaion. Lo Justo*, año 19, núm. 14, 2005, pp. 19-30, especialmente p. 26.

¹⁵ Schachter, Oscar, “Human Dignity as a Normative Concept”, *AJIL*, núm. 77, 1983, pp. 848-854, especialmente p. 848.

¹⁶ Cfr. Häberle, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, *passim*.

no un mero objeto o instrumento, con lo que la obligación *omnium* y *erga omnes* de respetar los derechos humanos fundamentales se configura en derecho internacional contemporáneo como un principio constitucional de significación civilizadora y alcance universal”.¹⁷

En este contexto, un problema concreto que nosotros pretendemos resaltar es la procedencia del principio de imprescriptibilidad de la acción civil derivada de un crimen internacional cuando es el juez nacional quien conoce de crímenes internacionales. En este sentido, nuestro objetivo es analizar la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, en materia de prescripción de la acción penal de los crímenes internacionales (II) y, a partir de los criterios y principios extraídos de este examen, abordar el análisis de la prescripción civil o de la acción civil derivada de los crímenes internacionales a partir de un examen sucinto de la jurisprudencia chilena (III).

II. LA IMPRESRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En general, la prescripción de los crímenes internacionales ha sido analizada casi únicamente desde la perspectiva de la prescripción de la acción penal. En este sentido, podemos decir que durante el transcurso de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y particularmente los años siguientes a los juicios de Núremberg, ha habido una tendencia generalizada a reiterarse y fortalecer la práctica de los Estados en relación con el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En este apartado examinaremos primeramente el impacto del transcurso del tiempo en la esfera de las violaciones a los derechos humanos, y luego la evolución y desarrollo normativo, tanto internacional como nacional, del principio de imprescriptibilidad.

¹⁷ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 136.

1. *El tiempo y los derechos humanos*

El tiempo y sus dimensiones ocupan un lugar trascendental en el derecho, y ello porque el hombre vive en el tiempo y el derecho tiene que regular la relación del hombre con el presente, con el pasado y con el futuro. En los derechos humanos, las dimensiones del tiempo también ocupan un lugar de vital importancia.

En el mundo contemporáneo, la comunidad no permite más que aquellos que cometieron crímenes masivos o sistemáticos queden impunes. Nuestro sentido de la moralidad o nuestra conciencia colectiva ha proyectado el desarrollo de la responsabilidad humana a escala planetaria, y esto ha afectado nuestra relación con el pasado y con el futuro. En general, nuestro sentido de la responsabilidad humana se proyectaba con consecuencias hacia el futuro y por un tiempo limitado. Los crímenes internacionales han disuelto el estatuto de limitación temporal penal, y el impedimento de persecución. En efecto, desde comienzos del siglo XX, e incluso desde antes, de manera expresa y efectiva, el derecho internacional decidió poner fin a esta vinculación entre el tiempo y la memoria para los crímenes internacionales. A partir de esta época, recordar sería un deber tanto ético como jurídico. Recordar —lo cual se encuentra vinculado a la búsqueda de la verdad y al derecho a la verdad— es más que nunca un imperativo moral. Recordar es un tipo de reparación en la medida que la memoria nos pide perdón por aquello que no pudo ser ni impedido ni detenido. El recuerdo es el que permite el castigo efectivo en los crímenes internacionales. Esta perspectiva del tiempo, de estimación puramente humana, es diferente en el derecho interno y en el derecho internacional. En el derecho internacional, “la humanidad es lo santo”, y esto hace que en casos de graves violaciones a los derechos humanos el tiempo nos haga recordar y nos permita castigar, y no olvidar ni restringir la facultad punitiva.¹⁸ Ya la Asamblea General de la Organización de

¹⁸ Mayer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, trad. de la 2a. ed. por Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1937, p. 211.

las Naciones Unidas (en adelante ONU), en 1968, había rechazado estas limitaciones en derecho internacional cuando señaló “que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”.¹⁹ En definitiva, se trata aquí de asumir como imperativo ético normativo, el necesario tratamiento diferenciado del tiempo que debe hacer el derecho penal interno y el derecho internacional penal. En este sentido, dentro de los nuevos principios que se proponen para que el derecho penal enfrente las situaciones de violaciones a los derechos humanos con prevalimiento del aparato estatal se encuentran los siguientes: *a)* que el derecho positivo debe ser flexible, no exacto; *b)* que la prohibición de aplicación retroactiva de la ley debe quedar de lado cuando sea adecuado al fin perseguido, y *c)* que cabe fundamentar las decisiones en consideraciones iusnaturalistas.²⁰

En este orden de cosas, y teniendo en cuenta el rol que juegan los principios, la Corte Suprema de la nación argentina ya había dejado sentado, en el *caso Simón*,²¹ que “[e]l derecho es un sistema de reglas y de principios y estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del derecho”.²² En otras palabras, los principios contendrían normativamente los aspectos morales del derecho. En relación con lo anterior, Mayer hace la distinción entre los principios y las particularidades

¹⁹ Preámbulo, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

²⁰ Naucke, Wolfgang, *Die Strafjuristische Privilegierung Staatsverstärkter Kriminalität*, Francfort/M., 1996.

²¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, causa No. 17.768, 14 de junio de 2005.

²² Fuller, Lon, *The Morality of Law*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1969.

o cosas particulares, y señala que “los conceptos fundamentales —que constituyen principios— son la expresión sintética de lo particular. En consecuencia, los principios reflejan una síntesis y los principios fundamentales reflejan la síntesis más fundamental de todas. Por eso cabe decir que lo fundamental coincide, no por entero, pero sí en amplio grado, con lo importante”.²³ Una de estas consideraciones morales —en términos de Mayer “lo importante”—, consustancial al concepto mismo de derecho, es la idea de humanidad —íntimamente unida al fundamento y finalidad de los derechos humanos—, la cual es inherente a la comunidad. En este sentido, cabría recordar la afirmación de Radbruch en orden a que “es útil al pueblo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y aspira hacia la justicia”.²⁴ En definitiva, Mayer señala que “lo que caracteriza o distingue a los seres humanos es el respeto y la bondad: respeto a la dignidad de la persona, a esa cualidad humana que desplaza todas las notas diferenciales y que nosotros consideramos como contenido de la humanidad”.²⁵

La prescripción de los crímenes internacionales da lugar a una ineficacia jurídica de estos crímenes y deja a las víctimas y a sus familias sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiese identificar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos para imponerles los castigos correspondientes. En definitiva, en el contexto de los crímenes internacionales, la prescripción favorece la impunidad y rechaza la idea de justicia que se encuentra en el centro del principio de Estado de derecho, el cual es crucial en el constitucionalismo contemporáneo. En el fondo, en la democracia constitucional, el demócrata lucha por la extensión de los derechos fundamentales por una simple razón: “el Estado existe para el ciudadano”.²⁶ Junto con esto, la prescripción, ya sea penal o civil, en casos de crímenes internacionales entra en contradicción con el principio del primado del derecho: el dere-

²³ Mayer, Max Ernst, *op. cit.*, p. 21.

²⁴ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 135.

²⁵ Mayer, Max Ernst, *op. cit.*, p. 211.

²⁶ *Ibidem*, p. 164.

cho obliga tanto a gobernantes como a gobernados. El derecho, además, ha debido enfrentar nuevas situaciones que el tiempo le ha presentado —por ejemplo, genocidios y crímenes contra la humanidad— y que han demandado una respuesta eficiente y justa del sistema jurídico. Estos nuevos desafíos temporales “han conducido a posiciones que proponen una renovación radical de los principios del derecho penal aplicables a los delitos cometidos prevaleíndose del aparato del Estado, una característica prácticamente necesaria en todo fenómeno de violaciones masivas de derechos humanos, especialmente en los casos de genocidio y lesa humanidad”.²⁷

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte I.D.H.) ha reafirmado esta interacción temporal y normativa en su jurisprudencia constante, y sobre todo ha rechazado los obstáculos *de facto* y *de iure* que mantienen y promueven la impunidad e impiden el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades y debidas reparaciones. Así, la Corte I.D.H., en el caso *La Cantuta*, ha señalado que

...en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos de la Cantuta. En particular, tal como lo ha hecho desde la emisión de la sentencia de este Tribunal en el caso Barrios Altos vs. Perú, el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro, ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem*, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los respon-

²⁷ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 85.

sables. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas en los procesos penales militares.²⁸

En este párrafo, la Corte I.D.H. pone de relieve magníficamente la relación entre el ser humano, el derecho, los derechos humanos y el tiempo, donde el derecho a la verdad, la prohibición de la impunidad, la reparación integral de la víctima y sus familiares, y las garantías de no repetición se proyectan y extienden a lo largo de todo el espectro espacio temporal. En efecto, en los casos de violación a los derechos humanos, el pasado, el presente y el futuro han sido determinados por actos u omisiones del hombre que han marcado a la humanidad, y cuyas consecuencias comprenden con igual fuerza el castigo, la reparación y la prevención.

En este contexto, la posibilidad de aplicar la prescripción extintiva o liberatoria a las acciones derivadas de crímenes internacionales pone en peligro la completa realización del derecho a la verdad. Este derecho a la verdad es extremadamente relevante en los casos de violaciones graves, a gran escala, y sistemáticas de los derechos humanos, ya que no sólo reviste un carácter puramente individual, relativo a la víctima directa, sino que también comprende un carácter colectivo, extendiéndose a la sociedad y/o a la humanidad. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha señalado que “[e]l derecho a la verdad constituye un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación...”.²⁹ En todo caso, lo importante aquí

²⁸ Corte I.D.H., *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, del 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, par. 226, p. 108.

²⁹ CIDH: *Caso Alfonso Chanfau Orayce et al. v. Chile*, Caso 11.505; 11.532; 11.541; 11.546; 11.549; 11.569; 11.572; 11.573; 11.583; 11.585; 11.595;

es la obligación de investigar, perseguir y sancionar, la cual se presenta como una obligación absoluta, no hay impedimento ni *de iure* ni *de facto* que se le pueda oponer; la obligación de establecimiento de la verdad es, por tanto, absoluta. En este contexto, la Corte I.D.H. ha señalado que “el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8o. y 25 de la Convención”.³⁰

En este sentido, y utilizando los argumentos de la CIDH, en los casos de leyes de amnistía, sostendemos que declarar la prescripción —cualquiera que ésta sea, civil o penal— de los crímenes internacionales en el orden interno de los Estados no sólo agrava la situación de impunidad, sino que “viola el derecho a la justicia que les asiste a los familiares de las víctimas de identificar a sus autores y de que se establezcan sus responsabilidades y sanciones correspondientes, y obtener reparación judicial por parte de éstos”.³¹

En definitiva, hablar de la prescripción —ya sea de la acción penal o civil— derivada de los crímenes internacionales implica, a su vez, afectar una serie de otros derechos humanos y prohibiciones presentes en el conjunto normativo de los derechos humanos, tales como el derecho a la verdad, el acceso a la justicia y el deber de prevenir, investigar y sancionar, en su caso, y la prohibición de la impunidad. De tal manera que la prescripción penal y civil, tratándose de crímenes internacionales, y particularmente

11.652; 11.657; 11.675; 11.705, Informe No. 25/98, del 7 de abril de 1998, par. 88.

³⁰ Corte I.D.H.: *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75, par. 48, p. 16. Cf. Corte I.D.H.: *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, par. 201.

³¹ CIDH: *Caso Alfonso Chanfau Orayce et al. v. Chile*, Caso 11.505; 11.532; 11.541; 11.546; 11.549; 11.569; 11.572; 11.573; 11.583; 11.585; 11.595; 11.652; 11.657; 11.675; 11.705. Informe No. 25/98, del 7 de abril de 1998, par. 103.

de los crímenes contra la humanidad, desencadena una serie de otras violaciones a los derechos humanos que puede, a su vez, generar responsabilidad internacional del Estado. Así, la prescripción provoca una violación múltiple de los derechos humanos. Por ejemplo, la Corte I.D.H. ha señalado en el *caso La Cantuta* que

...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.³²

La constatación de esta realidad y de esta contradicción radical entre el transcurso del tiempo, como un factor de olvido y de consolidación de situaciones jurídicas, y el respeto, promoción y garantía de los derechos humanos se ve reflejada, como se examinará a continuación, en el desarrollo y evolución normativa, internacional e interna del principio de prescripción.

2. Evolución normativa

En general, los crímenes internacionales son el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Además, hay que considerar el crimen de agresión, cuya definición y descripción está pendiente de elaboración y aprobación por parte de la Conferencia de Estados Partes en el Estatuto de Roma. Todos estos crímenes internacionales están regulados por el derecho internacional, particularmente a través de tratados o bajo la forma de normas consuetudinarias. El Estatuto de Roma les ha

³² Corte I.D.H.: *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, del 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, par. 152, p. 82. Véase Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75, par. 41, p. 15.

dado una regulación uniforme aun cuando hay algunos autores que sostienen que existen crímenes más graves que otros.³³ En este apartado trataremos, en primer lugar, la evolución y naturaleza del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en el ámbito internacional, y luego abordaremos la recepción y desarrollo interno del referido principio.

A. *Evolución internacional*

La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales está consagrada desde el punto de vista positivo en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad del 26 de noviembre de 1968.³⁴ Esta Convención se adoptó por la Asamblea General de la ONU porque “la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscitaba *[sic]* grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”.³⁵ Resulta interesante tener presente que la nomenclatura utilizada en inglés para designar esta Convención es “Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity”, en la medida que *statutory limitations* alude a restricciones o limitaciones impuestas por ley o actos del Legislativo. Esto último significa que la prescripción tal como es conocida en nuestro ordenamiento, en otros sistemas jurídicos no existe o

³³ Frulli, Micaela, “Are Crimes against Humanity more Serious than War Crimes?”, *European Journal of International Law*, vol. 12 (2), 2001, pp. 329-350.

³⁴ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad de 1968, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

³⁵ Preámbulo, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

es abordada de manera diferente. Así, como señala Brownlie a propósito de la prescripción extintiva o liberatoria: “[i]n English terms this concerns the limitation of actions. The failure to bring a claim before an international tribunal due to the negligence or laches of the claimant party may cause an international tribunal eventually seized of the dispute to declare the claim to be inadmissible”.³⁶ Esto refleja la situación de que la prescripción es una emanación de un acto estatal que impone —en derecho penal— restricciones a la persecución penal. En definitiva, este Convenio se adopta para confirmar un principio que ya había sido reafirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su Resolución 95 (I) de 1946 sobre los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por su Sentencia*, y además reiterado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1950.³⁷

Por su parte, este principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se encuentra expresamente consagrado en el Estatuto de Roma que crea la CPI.³⁸ Efectivamente, el artículo 29 del Estatuto de la CPI señala que “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. Resulta interesante advertir aquí que el Estatuto no distingue entre acción penal y acción

³⁶ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 151.

³⁷ Véase *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*. Adopted by the International Law Commission of the United Nations, 1950; Report of the International Law Commission Covering its Second Session, 5 de junio-29 de julio de 1950, documento A/1316, pp. 11-14.

³⁸ A partir del 17 de octubre de 2007, 105 países son Estados partes del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. De ellos, 29 son Estados africanos, 13 son Estados asiáticos, 16 son Estados de Europa del Este, 22 son Estados de América Latina y el Caribe y 25 corresponden a Estados europeos. Los Estados latinoamericanos y del Caribe son Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Saint Kitts and Nevis, San Vicente y Granadinas, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

civil, solamente reconoce la imprescriptibilidad del crimen internacional.

Sin perjuicio de este reconocimiento positivo, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales ha adquirido el carácter de una norma de derecho internacional general o norma consuetudinaria. Además, en orden al derecho a la reparación civil debida a la víctima, en relación con la ratificación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, debe tenerse presente lo señalado por Gillard, en el sentido de que “it should be noted that the obligation to make reparation arises automatically as a consequence of the unlawful act, without the need for the obligation to be spelled out in conventions”.³⁹

En los debates sostenidos al interior de la Comisión de Derecho Internacional, a propósito de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, se planteó el tema de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. La mayoría de sus miembros estaba de acuerdo en que los crímenes internacionales imputables a individuos eran imprescriptibles, pero la dificultad se encontraba en los crímenes imputables al Estado. En el caso del individuo no había gran dificultad en aceptar la imprescriptibilidad, ya que —se señalaba— estaba de todas maneras limitada por la muerte natural del individuo. Sin embargo, en los casos de crímenes cometidos por los Estados, que permanecen, sería más complicado, porque en ese caso la imprescriptibilidad se convertiría en un obstáculo legal.⁴⁰

En esta misma línea, el informe del relator especial Doudou Thiam sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1987, trata el artículo 5o. del

³⁹ Gillard, Emanuela-Chiara, “Reparations for Violations of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 85, núm. 851, 2003, pp. 529-553, especialmente p. 532.

⁴⁰ Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 1984, Document: A/CN.4/SR.1817, par. 7.

Proyecto de artículos, titulado “imprescriptibilidad”. Este artículo 5o. dice que “el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es, por naturaleza, imprescriptible”. En su comentario al artículo 5o., el relator señala que

[c]e sont des circonstances postérieures qui ont amené la communauté internationale à s'intéresser à la prescription des crimes. La nécessité de poursuivre les auteurs des crimes odieux commis pendant la seconde guerre mondiale, l'obstacle opposé à cette poursuite par la règle de la prescription connue de certains droits nationaux ont amené à introduire, par la Convention du 26 novembre 1968, la règle de l'imprescriptibilité dans le droit international. Certains Etats y ont adhéré sans restrictions.⁴¹

Es indudable que esta norma positiva de imprescriptibilidad, conservando su carácter de positiva, ha ido evolucionando y, conforme ha evolucionado, ha ido mutando. De tal manera que hoy existe una opinión generalizada, en la doctrina y en la jurisprudencia, de que la regla relativa a la imprescriptibilidad contenida en esta Convención ha adquirido, además, el carácter de norma de derecho internacional general. Así ha sido sostenido por Remiro Brotóns, por ejemplo, cuando ha señalado que no es necesario que los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad estén recogidos expresamente en una ley formal del Estado, pues en estos casos “la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del derecho)”.⁴² En este mismo sentido se ha pronunciado Pastor Ridruejo cuando ha señalado —aludiendo a la cristalización como norma consue-

⁴¹ Doudou, Thiam, *Cinquième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par le Rapporteur spécial*. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Partie II) - avec le Statut pour une cour criminelle internationale. Doc. A/CN.4/404 and Corr.1 and Corr. 2. Extrait de *l'Annuaire de la Commission du droit international*, 1987, vol. II (1), 17 de marzo de 1987, p. 4.

⁴² Remiro Brotóns, Antonio, *El caso Pinochet*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999, p. 59; Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 87.

tudinaria del principio de imprescriptibilidad contenido en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad— que “el referido instrumento internacional se comporta como la constatación de la existencia y expresión formal de la norma, su más precisa sistematización y formulación de las reglas de derecho internacional, en aquellas materias [en] que ya existía práctica de los Estados”.⁴³

Junto con el carácter positivo y consuetudinario que se ha señalado precedentemente, es necesario destacar que desde la Segunda Guerra Mundial se ha considerado a la imprescriptibilidad, entre otras reglas, como un principio de derecho internacional. En efecto, mediante la resolución 95 (I) de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas se afirmó o confirmó por los Estados pertenecientes a esta organización internacional el carácter de principios de derecho internacional de los principios reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y por la sentencia de ese Tribunal. A través de esta resolución, la Asamblea General invitó a la Comisión de Derecho Internacional a trabajar en un proyecto que formulara los principios reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y por su sentencia, ya sea que esto se llevara adelante en el marco de una codificación general de los crímenes cometidos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un Código de Derecho Penal Internacional.⁴⁴

Además, desde un punto de vista doctrinal, un grupo de expertos ha consagrado el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en los denominados Principios de Princeton de 2001. En efecto, el principio 6 de este documento señala que ninguna limitación o prescripción se aplicará a los crímenes

⁴³ Pastor Ridruejo, José Antonio, “Las Naciones Unidas y la codificación del derecho internacional: aspectos jurídicos y políticos”, en Fernández de Cañadevante Romaní, Carlos y Quel López, Francisco Javier (coords.), *Las Naciones Unidas y el derecho internacional*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 173-185, especialmente p. 176.

⁴⁴ Véase *Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, resolution 95 (I) of the General Assembly of 11 December 1946, at its Fifty-Fifth Plenary Meeting.

graves bajo el derecho internacional.⁴⁵ Y este mismo documento señala en su principio 2 que los crímenes graves bajo el derecho internacional incluyen los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.⁴⁶ Esta última idea de la humanidad juega un papel fundamental y fundamentador de la imprescriptibilidad.

En este contexto, en una posición contraria a la imprescriptibilidad penal podemos encontrar a Guzmán Dálbora cuando señala que para la prescripción “cuentan como trasfondo no sólo el valor de la seguridad jurídica, sino también el valor de la humanidad, aunque esta nueva flexión de la idea del derecho sea normalmente desatendida por los estudiosos de la prescripción”.⁴⁷ En otras palabras, para este autor, dos valores, la seguridad jurídica y la humanidad, justificarían la procedencia de la prescripción, aun extendida prudentemente según la gravedad de los hechos. Tal como nosotros señalamos precedentemente, justamente es la humanidad, entendida como valor en sí misma y como sujeto pasivo de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la que explica por qué la persecución penal —a través del ejercicio del poder punitivo del Estado y de la comunidad internacional, en este caso— es imprescriptible.

⁴⁵ “Principle 6: Statutes of Limitations. Statutes of limitations or other forms of prescription shall not apply to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1)”. The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton Project on Universal Jurisdiction. Program in Law and Public Affaire, Princeton, New Jersey, Princeton University, 2001.

⁴⁶ “Principle 2: Serious Crimes Under International Law. 1. For purposes of these Principles, serious crimes under international law include: (1) piracy; (2) slavery; (3) war crimes; (4) crimes against peace; (5) crimes against humanity; (6) genocide; and (7) torture”. The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton Project on Universal Jurisdiction. Program in Law and Public Affaire, Princeton, New Jersey, Princeton University, 2001.

⁴⁷ Guzmán Dálbora, José Luis, “Crímenes internacionales y prescripción”, en Ambos, Kai et al. (ed.), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 103-115, especialmente p. 108.

En efecto, un elemento que es importante resaltar es que en los crímenes internacionales el concepto de víctima trasciende al individuo o individuos afectados y alcanza definitivamente a la humanidad toda, la cual se convierte en ese sentido en el sujeto del ataque. Esto último ya ha sido señalado por la jurisprudencia tanto extranjera como internacional. En el caso de la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final en Argentina, la Corte Suprema indicó que “las conductas que violan las reglas que protegen los valores esenciales que la humanidad ha reconocido para cada ser humano, tales como el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tratamientos crueles, a tortura... en este sentido, la víctima es la comunidad internacional o la conciencia de la humanidad”.⁴⁸

En cuanto a la jurisprudencia internacional, en el *caso Erdemovic*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY) señaló que “[w]ith regard to a crime against humanity, the Trial Chamber considers that the life of the accused and that of the victim are not fully equivalent. As opposed to ordinary law, the violation here is no longer directed at the physical welfare of the victim alone but at humanity as a whole”.⁴⁹

Además, en el *caso Erdemovic* el TPIY intentó explicar la afectación y el sentido de ofensa a la humanidad en los casos de crímenes contra la humanidad, cuando señaló que

[c]rimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health, and or dignity. They are inhumane acts that by their extent and gravity go beyond the limits tolerable to the international community, which must performe demand their punishment. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted,

⁴⁸ Obediencia debida y punto final. Declaración de nulidad, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 2, 13 de julio de 2004.

⁴⁹ Véase *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic*, Case IT-96-22-T, Sentencing Judgment, 29 de noviembre de 1996, par. 19.

humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterizes crimes against humanity.⁵⁰

Concordamos con el TPIY en el sentido de que un crimen contra la humanidad es la negación misma de la humanidad y, en esa línea, es la negación misma del derecho, por eso que el derecho no debiera ser olvidado ni la humanidad abandonada a criterios temporales como el de la prescripción.

La violación grave y seria de los derechos humanos afecta no sólo a la propia víctima y su familia, sino que alcanza a toda la humanidad. Cometer un crimen internacional es atentar en contra de la humanidad, en aquello que la humanidad hoy ya simplemente no tolera. Esto último es lo que se ve reflejado en el derecho internacional penal; ésta es la razón que explica el derecho internacional penal. La aparición del derecho internacional penal es un paso más en el proceso de humanización del derecho. La humanidad hoy, esto es, el conjunto de individuos, grupos y pueblos, no admite y rechaza la barbarie, lo que se refleja, *inter alia*, en el derecho internacional penal, razón por la cual este derecho es un avance en el proceso humanizador de la civilización. En efecto, tal como señala Carrillo Salcedo, “los derechos humanos han permitido dar una nueva dimensión a los principios generales del derecho, en el sentido de que en el derecho internacional contemporáneo existe un consenso general acerca del rechazo de la barbarie”.⁵¹

Cuando hablamos de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, el acento debe definitivamente ponerse en la gravedad y seriedad de la violación, en la atrocidad, en lo horrendo del hecho, horror que desconoce la idea más elemental de derecho. En este sentido, Mayer afirmaba que “[...]a humanidad es el

⁵⁰ *Ibidem*, par. 28.

⁵¹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 133.

ideal de la ética y la idea del derecho”⁵² Es en este contexto que creemos que debe plantearse la imprescriptibilidad. Un proceder que no compartimos es el centrar el análisis de la prescripción de los crímenes internacionales en el autor del hecho en lugar de la naturaleza y envergadura del crimen internacional. Esto último es justamente lo que marca la diferencia y los distingue de los delitos y crímenes comunes. Por esta razón es que discrepamos de Guzmán Dálbora cuando señala que

[e]n verdad, mantener una persona indefinidamente bajo el yugo de una acusación o la inminencia de una pena es incompatible con un derecho penal moderno y, por moderno, humanista, sin que deba importar en esto la real situación del individuo empírico mientras estuvo en curso el plazo prescriptivo... ya que la noción de humanidad toma al hombre cual sujeto abstracto, prescinde de peculiaridades adventicias y lo realza en su quintaesencia moral de sujeto librevolente y fin en sí.⁵³

Mantener a una persona indefinidamente bajo el yugo de una acusación o la inminencia de una pena puede que sea incompatible con un derecho penal moderno para los delitos ordinarios o comunes, pero no para los crímenes internacionales. En nuestra opinión, tratándose de crímenes internacionales, en especial de crímenes contra la humanidad, se debe adoptar la óptica de la protección del débil o vulnerable, y en ese sentido se debe tomar sobre todo en consideración la persona de la víctima y el hecho de que, en este tipo de crímenes, hay una ofensa directa a la humanidad. Desde el punto de vista de la idea de humanidad, Mayer sostiene que

consiste en romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres con las sociedades históricamente dadas, para no admis-

⁵² Mayer, Max Ernst, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

⁵³ Guzmán Dálbora, José Luis, “Crímenes internacionales y prescripción”, en Ambos, Kai et al. (ed.), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 103-115, especialmente p. 109.

tir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí.⁵⁴

Si tomamos en cuenta esta idea de la humanidad y que “la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”, resulta que el principio de la imprescriptibilidad se impone por sobre toda otra consideración.⁵⁵

El principio de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es de aquellos que Radbruch denomina fundamentales y que nosotros podríamos entender como normas de *ius cogens*. Según este autor,

[e]xisten principios jurídicos que son más fuertes que toda disposición jurídica, de tal modo que una ley que los contradiga carece totalmente de validez... Ciertamente se hallan éstos en particular rodeados de ciertas dudas, pero la labor de los siglos ha elaborado elementos permanentes y firmes, que colecciónados en las llamadas declaraciones del hombre y del ciudadano, de un modo tan ampliamente coincidente, supone que en lo que respecta a algunos de ellos sólo un escepticismo deliberado puede mantener la duda.⁵⁶

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias derivadas de esta categoría de normas? Esto lo ha descrito en términos precisos Brownlie, cuando ha señalado que los efectos de estas normas involucran la irrelevancia de la protesta, el reconocimiento y la

⁵⁴ Mayer, Max Ernst, *op. cit.*, pp. 192 y 193.

⁵⁵ Preámbulo, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

⁵⁶ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 123.

aquiescencia y que la prescripción no purga este tipo de ilegalidad, todo lo cual sin perjuicio de los efectos propios del *ius cogens* en el derecho de los tratados.⁵⁷ Además, en estos casos son inadmisibles las defensas que invoquen el principio de reciprocidad o la excepción *inadimplenti non est adimplendum*.⁵⁸ Junto con lo anterior, se puede mencionar el efecto rechazo ante las reservas que pretendan plantearse por parte de los Estados respecto de normas imperativas en tratados de carácter humanitario o de derechos humanos. En este tipo de casos, el Comité de Derechos Humanos (en adelante CDH) ha declarado lógicamente la imposibilidad de formular reservas a los tratados de derechos humanos respecto de normas de *ius cogens*.⁵⁹

¿Por qué la acción penal —el ejercicio del *ius puniendi* internacional— no debe tener un plazo de término o extinción tratándose de crímenes internacionales? En primer lugar, entendemos que los crímenes internacionales son, para nuestros efectos, aquellos que son considerados y descritos como tales en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Y la explicación que se da para esta pregunta es porque se considera hoy en día que los

⁵⁷ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 516.

⁵⁸ TIPY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, case IT-95-16, Trial Chamber II, juicio del 14 de enero de 2000, par. 520.

⁵⁹ “Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto. Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción. En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (*y a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas”. Véase Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 24. *Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus protocolos facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, 52o. periodo de sesiones, 4 de noviembre de 1994, par. 8. Véase Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 2, par. 29, p. 8.

crímenes internacionales implican una violación a normas que amparan intereses esenciales para la comunidad internacional en su conjunto y, por tanto, revisten el carácter de normas imperativas o de *ius cogens*. Ésta es una de las razones por las cuales los crímenes internacionales son imprescriptibles.

Otra razón es la lucha contra la impunidad. La impunidad en sí atenta contra el corazón mismo del *corpus iuris* internacional de derechos humanos. En relación con la impunidad, la Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos —hoy reemplazada por el Comité Consultivo del Consejo de Derechos Humanos— encargó en 1994 a Louis Joinet la elaboración de un informe sobre la impunidad de los autores de violaciones a los derechos civiles y políticos. En su informe final, el relator define la impunidad como sigue:

Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.⁶⁰

En consecuencia, en su Informe el relator incluye claramente como una forma de impunidad la ausencia de responsabilidad civil porque el autor de la violación escapa a la investigación e incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas. Es más, este relator se refiere expresamente a la prescripción de la acción civil derivada de violaciones a los derechos humanos como una causa de evasión o escape de la responsabilidad del

⁶⁰ Véase Joinet, Louis, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), preparado de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. Anexo II, *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997, p. 19.

autor de la violación, constitutiva de impunidad. Así, el relator señala que los Estados deberán incorporar “garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción”, que se justifican por la lucha contra la impunidad. En este sentido, el principio 24 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, propuesto por el relator, señala lo siguiente: “La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme al derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación”.⁶¹ Por su parte, la experta independiente de Naciones Unidas, profesora Orentlicher, quien continuó el trabajo de Joinet, remarcó en su informe que “[l]a impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones... de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos...”.⁶²

En tercer lugar, la seguridad jurídica muchas veces se ha esgrimido como argumento para sostener la procedencia de la prescriptibilidad de la acción penal y, sobre todo, de la acción civil derivada de un crimen contra la humanidad. En este sentido cabe recordar lo señalado por Radbruch en orden a que “la seguridad jurídica no es el único ni tampoco el valor decisivo que el derecho tiene que realizar”.⁶³ En esta misma línea y desde un

⁶¹ Véase principio 24, *Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad*. Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, del 2 de octubre de 1997, p. 27; Orentlicher, Diane, *Informe de la experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*. Adición. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Doc. N.U. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principio 23, p. 14.

⁶² Orentlicher, Diane, *ibidem*, principio 1, p. 7.

⁶³ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 134. Cf. García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 477-516, especialmente p. 478.

punto de vista constitucional, Valenzuela Somarriva afirma que “estamos frente a un concepto que no es absoluto, sino relativo, pues no resulta admisible cobijarse, siempre, en su seno —*strictu sensu*—, porque ello transformaría a las Constituciones en documentos pétreos que caerían en el desuso, de acuerdo con el devenir cambiante de las exigencias políticas, sociales o económicas de los pueblos”.⁶⁴

La prescripción de la acción penal derivada de crímenes internacionales no da seguridad jurídica, sino que produce el efecto contrario, una increíble inseguridad e incerteza jurídica para todos los individuos y para la comunidad humana toda, ya que la prescriptibilidad le da una garantía al criminal internacional de que él puede cometer cualquier crimen internacional y de que cualquiera que sea el acto inhumano o la atrocidad que cometa, con el transcurso del tiempo quedará liberado de responsabilidad. Por tanto, ese perpetrador sabe que escondiéndose o evitando la persecución penal por un tiempo puede escapar al juzgamiento y sanción por parte de un tribunal. Entonces, la pregunta que es válido hacerse es: ¿seguridad jurídica para quién?

En consecuencia, la prescripción podría tener un efecto pernicioso: el de fomentar a aquellos que pretenden cometer dichas atrocidades en lugar de disuadir la comisión de tales hechos, objetivo que, en definitiva, el derecho internacional penal debe cumplir como cuestión de política internacional criminal.⁶⁵ De esta manera, si nuestra reflexión es guiada por el criterio de la lógica, la aspiración de la justicia —verdadera justificación del derecho— y el principio *pro homine*, no podemos sino concluir que tratándose de crímenes internacionales, la seguridad jurídica debe ser analizada y aplicada a la luz del individuo o grupo vul-

⁶⁴ Valenzuela Somarriva, Eugenio, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Santiago de Chile, 2006, Cuadernos del Tribunal Constitucional, núm. 31, p. 55.

⁶⁵ “La combinación de justicia penal internacional y nacional promete un efecto disuasorio más importante y con ello una disminución de las violaciones a los derechos humanos”. Ambos, Kai, *op. cit.*, p. 19.

nerable. Si tomamos en cuenta que los crímenes internacionales generalmente son gestados, impulsados, ordenados o instigados por personas que se encuentran en situaciones de poder seguras o riesgosas, y abusando de este poder ejecutan, ordenan o consienten en la realización de crímenes atroces, entonces aparece con claridad quién es el que se encuentra en posición desventajosa y vulnerable.

Como se sabe, se debe considerar que en la comisión de estos crímenes internacionales, al mismo tiempo, la humanidad toda resulta atacada y afectada. Y esta afectación tiende a prolongarse en el tiempo si es que no se concreta una efectiva y eficiente persecución del responsable del hecho criminalmente reprochable, ya que la humanidad, en sus diferentes escalas, no tendría la seguridad de que esos hechos no se volverían a repetir. Por tanto, ¿qué seguridad es la que debe fomentar el derecho: la seguridad del perpetrador de la atrocidad o la seguridad de la víctima o víctimas directas de la violación a sus derechos humanos, y la seguridad de la humanidad? Nosotros pensamos que es un deber del derecho cumplir con su fin —la justicia—, por lo que optaría mos por la seguridad de las víctimas y de la humanidad. En este contexto, la positividad, entendida como una manifestación de la seguridad jurídica, no es absoluta y, en ciertos casos calificados como éste, puede ceder, por ejemplo, “...cuando en interés de la seguridad jurídica se reconoce fuerza obligatoria a una costumbre derogatoria...”⁶⁶ Estos principios e ideas están asumidos por los tribunales internacionales; ahora es necesario que la jurisdicción interna aborde estos criterios y los asuma, ya que es esta jurisdicción interna la primera llamada a investigar, perseguir y sancionar, en su caso, los crímenes internacionales.

En el caso anterior existen ejemplos patentes, como la situación de Radovan Karadzic y del general serbio-bosnio Ratko Mladic, que llevaron adelante limpiezas étnicas y otros actos criminales inhumanos, razón por la cual fueron acusados, el 24 de julio de 1995, por el fiscal del TPIY de genocidio, crímenes con-

⁶⁶ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 99.

tra la humanidad y crímenes de guerra en Bosnia-Herzegovina y del bombardeo de Sarajevo.⁶⁷ Estos actos causaron la muerte de más de diez mil civiles en casi cuatro años de guerra. El fiscal del TPIY presentó, con fecha 16 de noviembre de 1995, una segunda acusación en contra de Karadzic y Mladic —por genocidio, crímenes contra la humanidad y violaciones de las leyes o costumbres de la guerra— a raíz del asesinato de más de ocho mil musulmanes en Srebrenica.⁶⁸ Mladic se esconde cerca de Belgrado y Karadzic en una zona fronteriza entre Serbia, Montenegro y la República Srpska.⁶⁹ Karadzic y Mladic saben que no hay refugio seguro para los criminales internacionales, y tendrán que pasar el resto de sus vidas huyendo y escondiéndose. Al menos eso ya es una lección para los que pretendan cometer actos de similar naturaleza. Para los criminales internacionales no hay ni lugar ni época seguros. Ellos pueden ser juzgados en cualquier tiempo y en cualquier lugar, idea que se encuentra presente en la legalidad mundial desde la época de la piratería.⁷⁰ Y la razón que se puede esgrimir es la gravedad, seriedad y envergadura de los hechos de que se trata. La entidad del bien jurídico protegido, la integridad y la dignidad de la humanidad, justifica una persecución, en caso de atentado en contra de este bien, en todo tiempo y en todo lugar, por cualquier miembro del grupo afectado.

Junto con el caso anterior, la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales ha sido reconocida por la juris-

⁶⁷ TPIY, *The Prosecutor of the Tribunal against Radovan Karadzic and Ratko Mladic*, Case No. IT-95-5-I (Bosnia and Herzegovina), Indictment, 24 de julio de 1995.

⁶⁸ TPIY, *The Prosecutor of the Tribunal against Radovan Karadzic and Ratko Mladic*. Case No. IT-95-18 (Srebrenica), Indictment, 16 de noviembre de 1995; TPIY, *The Prosecutor of the Tribunal against Radovan Karadzic*. Case No. IT-95-5/18, Amended Indictment, 28 de abril de 2000; TPIY, *The Prosecutor of the Tribunal against Ratko Mladic*. Case No. IT-95-5/18-I, Amended Indictment, 10 de octubre de 2002.

⁶⁹ Hawton, Nick, *The Hunt for Mladic and Karadzic*, BBC News, Sarajevo, en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4079642.stm> (visitado el 6 de mayo de 2008).

⁷⁰ Cfr. Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 235.

prudencia internacional. En efecto, la prescripción, así como la no investigación, persecución y sanción de los perpetradores de crímenes internacionales y, además, la amnistía de estos últimos, son claramente incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. Todas estas situaciones tienden a formar parte de una política general de violaciones a los derechos humanos. Así lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en el caso *Garay Hermosilla y otros vs. Chile*, cuando indica que “el acto de poder mediante el cual el régimen militar que se instaló en Chile, dictó en 1978 el denominado Decreto-Ley No. 2.191 de auto-amnistía, es incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ese Estado el 21 de agosto de 1990”.⁷¹

Incluso, la Corte I.D.H. no sólo ha confirmado el carácter consuetudinario de la regla de la imprescriptibilidad, sino que, además, ha afirmado que la imprescriptibilidad constituye una norma de *ius cogens*. En efecto, en el caso *La Cantuta*, la Corte señaló que “...aún cuando [el Estado] no ha[ya] ratificado dicha Convención (sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad), esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de derecho internacional general (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, [el Estado] no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”.⁷² En este mismo caso, la Corte I.D.H. resaltó que el crimen contra la humanidad tiene justamente a este grupo como víctima. Así, la Corte ha señalado que

[...]os crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasiona permanece vigente para la

⁷¹ CIDH, *Caso Garay Hermosilla et al. v. Chile*, Caso 10.843, Informe No. 36/96, del 15 de octubre de 1996, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 156 (1997), par. 105.

⁷² Corte I.D.H., *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas del 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, par. 225, p. 108.

sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.⁷³

Finalmente, otro criterio que vale la pena tener en cuenta es que en derecho internacional penal, atendida la gravedad de los hechos punibles, es necesario que la justicia sea hecha, y por tanto, este principio se sostiene incluso frente a situaciones de violación del derecho internacional o de transgresiones menores, comparativamente hablando, a los derechos humanos. Así, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el *caso Nikolic*, ha dicho: “estime que le tort qui serait causé à la justice internationale si les personnes en fuite accusées de violations graves du droit international humanitaire n'étaient pas appréhendées est comparativement plus important que l'atteinte éventuelle portée à la souveraineté d'un État par une intrusion limitée sur son territoire, tout particulièrement lorsque cette intrusion survient à défaut de coopération de l'État considéré”.⁷⁴ Además, este mismo tribunal ha completado su idea señalando que “estime que, mis à part ces cas exceptionnels, la solution consistant pour la juridiction saisie à se déclarer incompétente est, de manière générale, disproportionnée. Il convient donc de maintenir un juste équilibre entre les droits fondamentaux de l'accusé et l'intérêt primordial de la communauté internationale qui s'attache à la poursuite de personnes présumées responsable de violations graves du droit international humanitaire”.⁷⁵

Como hemos visto, la imprescriptibilidad ha tenido una evolución y consagración internacional, incluso de carácter jurisprudencial.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ TPIY, *Le Procureur c/ Dragan Nikolic*, Affaire No.: IT-94-2-AR73, Décision Relative à l'appel interlocutoire concernant la légalité de l'arrestation, 5 de junio de 2003, par. 26.

⁷⁵ *Ibidem*, par. 30.

dencial. Este desarrollo y reconocimiento del principio de imprescriptibilidad ha sido objeto de una recepción y consagración, como se examinará a continuación, en el ordenamiento interno de los Estados.

B. *Evolución interna*

Como se ha analizado, en derecho internacional la imprescriptibilidad es una norma bien establecida. Asimismo, en los derechos internos este principio goza de reconocimiento. Así, sin dejar de considerar este aspecto internacional, desde la perspectiva interna, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales ha sido reconocido e incorporado en varios ordenamientos jurídicos internos como en el caso belga. En efecto, la Ley de Crímenes de Guerra belga de 1993 consagró la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad.⁷⁶ Otros Estados han adoptado leyes en cumplimiento de su obligación de implementar y adecuar su derecho nacional a las convenciones de Ginebra, prescribiendo la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad. Así, tenemos en Australia la Australian War Crimes Amendment de 1988, en Canadá la Act to Amend the Criminal Code de 1987 y en Alemania se han dado pasos en orden a revisar el Código Penal. En Estados Unidos se ha dictado la War Crimes Act de 1996.⁷⁷ Todas estas normas nacionales sólo tienen por objeto expresar una idea crucial y consolidada en el mundo contemporáneo: los crímenes internacionales son atrocidades que ofenden e impactan la conciencia de la humanidad y no deben nunca ser olvidados y mucho menos ser repetidos. En el derecho chileno,

⁷⁶ Statute of 16 June 1993 on *the Suppression of the Grave Breaches of the International Conventions of Geneva* of Aug. 12, 1949 and of the Additional Protocols I and II to these Conventions of June 7, 1977, *Moniteur-Staatsblad*, Aug. 5, 1993.

⁷⁷ Zaid, Mark S., “Will or Should the United States Ever Prosecute War Criminals?: A Need for Greater Expansion in the Areas of Both Criminal and Civil Liability”, *New Eng. L. Rev.*, núm. 35, invierno de 2001, pp. 447-469, especialmente p. 458.

el artículo 250 del Código Procesal Penal, que trata del sobreseimiento definitivo, reconoce la existencia de crímenes internacionales donde la prescripción y la amnistía son improcedentes, al señalar en su inciso segundo que “[e]l juez no podrá 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 amnistiables”, salvo en los casos de extinción de la responsabilidad penal por muerte del responsable o por cumplimiento de la condena.

En este sentido, los Estados tienen una obligación fundamental, cual es la incorporación y adecuación de su ordenamiento jurídico interno a los principios y normas del derecho internacional. Esta obligación de adecuación forma parte del derecho internacional general y su incumplimiento genera responsabilidad internacional. La obligación de la que se habla se impone a todos los poderes y órganos del Estado, a saber, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Al Poder Judicial le cabe un particular rol en evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. ¿De qué manera? Ajustando sus decisiones judiciales al derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, y a los principios generales del derecho internacional. En el caso de las normas consuetudinarias de derecho internacional y los principios generales del derecho internacional, ellas son de incorporación automática en el orden nacional, de manera que vinculan directamente al juez nacional y, si son suficientemente específicas de manera tal que surjan derechos y obligaciones para su titular o destinatario, pueden ser aplicadas directa e inmediatamente para resolver una controversia.⁷⁸ En cuanto a las normas convencionales, como se sabe, éstas deben sujetarse al procedimiento de incorporación previsto en la Cons-

⁷⁸ Benadava se refiere a las palabras de Andrés Bello, quien afirmaba lo siguiente: “que en una nación y en una época dadas el derecho de gentes sea parte de la jurisprudencia patria, no admite dudas”. Véase Benadava, Santiago, *Derecho internacional público*, 7a. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 2001, pp. 80-83.

titución para poder tener aplicación y eficacia en el ordenamiento jurídico interno,⁷⁹ sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 —que como se sabe forma parte del derecho interno chileno—, en cuanto a las obligaciones derivadas para el Estado de la suscripción del Tratado.⁸⁰ En este sentido, cabe tener muy especialmente en cuenta lo señalado por el Tribunal Supremo Federal, en su sentencia del 3 de noviembre de 1992, en el caso de los Guardianes del Muro de Berlín. El Tribunal Supremo Federal consideró que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966 “había sido suscrito por la República Democrática Alemana (DDR), pero, sin embargo, no había sido ratificado por la Cámara Popular. No obstante, el Tribunal sostuvo que ello no afectaba al vínculo de derecho internacional asumido por la DDR. Por lo tanto, *[sic]* la DDR estaba obligada a respetar el artículo 12 del Pacto...”⁸¹

Los Estados se han comprometido a través de diversos tratados, pero particularmente a través de la Carta de Naciones Unidas, de la Carta de la Organización de Estados Americanos y de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, a cumplir con sus obligaciones internacionales de buena fe.⁸² En

⁷⁹ Véase lo prescrito en los artículos 32, No. 15 y 54, No. 1, de la Constitución Política de la República de Chile.

⁸⁰ “18. *Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.* Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado, o, b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente”. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

⁸¹ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 88.

⁸² “Artículo 2.2. Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”. Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945. “Artículo 26. «Pacta sunt servanda»”.

consecuencia, el incumplimiento no se presume y la intención de no cumplir con sus compromisos internacionales tampoco se presume. La presunción va en el sentido contrario, es decir, que el Estado es respetuoso del derecho internacional y de sus obligaciones y que, en consecuencia, toda su normativa interna debe ser interpretada, entendida y razonada en ese sentido, de forma objetiva, razonable y coherente. Conduce al absurdo la conclusión que nos indica que un Estado contrae obligaciones internacionales para no cumplirlas o que su derecho nacional va en el sentido opuesto y colisiona con sus obligaciones internacionales. Eso sería, en cierta medida, un fraude al derecho. Maurach y Zipf claramente han señalado que

[...]a contradicción entre derecho y ley, y entre derecho nacional y supranacional, adquiere, empero, una actualidad trágica cuando el Estado que se cree inspirado por una misión, contrapone su ley positiva a la idea del derecho y a la conciencia cultural supranacional, insistiendo, por una parte, en la obediencia a sus mandatos contrarios a la moral y pretendiendo, por la otra, certificar la juridicidad de la actuación del ejecutor de sus mandatos atentatorios contra la moral.⁸³

La Corte I.D.H. ha ratificado con firmeza la idea anterior, al señalar que “[...] no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”.⁸⁴ El principio declarado por la Corte I.D.H. es tan antiguo como las dos grandes guerras que

da». Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

⁸³ Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 430.

⁸⁴ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, par. 154, p. 32.

sacudieron al mundo durante el siglo XX. En efecto, la falta de sujeción al derecho y a la moral internacional —que nosotros sostengamos se encuentra constituida normativamente por los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho internacional penal, el derecho de los refugiados y el derecho internacional del medio ambiente— ya había sido sancionada como una “obligación solemne”, en 1919, por los Estados partes en el Tratado de Versalles, cuando a través de su artículo 227 acusaban a Guillermo II Hohenzollern “for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties”.⁸⁵ Este principio elemental es reiterado por Bacigalupo cuando señala que “los derechos humanos reconocidos en las convenciones internacionales constituyen un límite interno de la legitimidad del ejercicio del poder estatal frente a las personas”.⁸⁶

En estos casos de contradicción entre ley positiva y la idea del derecho y la conciencia jurídica universal, Radbruch se pronunciaba claramente por hacer prevalecer esta última. Radbruch indicaba que “[e]l conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería, pues, ser resuelto de tal manera que el derecho positivo asegurado por la ley y el poder tiene preeminencia aun en su contenido, sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance tal medida, que la ley como «derecho arbitrario» deba ceder ante la justicia”.⁸⁷ Este

⁸⁵ Article 227: “The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties... In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed...”. Versalles, 28 de junio de 1919. El proceso nunca tuvo lugar porque Holanda no concedió la extradición de Guillermo II.

⁸⁶ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 82.

⁸⁷ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 135; Rodríguez Gómez, Edgardo, “La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 6, julio de 2007, pp. 29-56, especialmente p. 50; García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”,

autor exponía claramente el problema cuando señalaba que “[e]l positivismo, con su convicción de que «la ley es la ley», ha vuelto indefenso el orden de los juristas contra las leyes de contenido arbitrario y criminal”.⁸⁸

Además de todo lo anterior, los Estados han identificado una serie de normas de especial significación y de validez universal, vinculadas con el respeto y la dignidad del ser humano, de las comunidades y pueblos, con eficacia general, en todo tiempo y en todo lugar. Estas normas representan un núcleo duro del derecho que se impone por sí y ante sí a los Estados, por lo cual, para su invocación y aplicación directa por un juez nacional no es necesaria ninguna otra consideración. En este orden de cosas, el profesor Carrillo Salcedo ha señalado que

...los instrumentos convencionales universales y regionales en materia de derechos humanos han contribuido a precisar *qué derechos humanos son fundamentales y, por tanto, absolutos, y no susceptibles de limitaciones ni derogaciones*. En este sentido, tanto el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 (de Derecho Internacional Humanitario, pero de indudable relevancia en derechos humanos), con los artículos 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, han contribuido significativamente a precisar un *núcleo duro de derechos humanos inderogables, y por ello absolutos*.⁸⁹

En consecuencia, aquí el derecho emanado del Estado debe estar en total sintonía y concordancia con el derecho internacional, en especial con el derecho imperativo fruto de una conciencia jurídica universal. En este sentido, debe entenderse lo señalado por Maurach y Zipf cuando afirman que

Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 477-516, especialmente p. 478.

⁸⁸ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 133.

[I]a libertad de un Estado para determinar qué es derecho y qué es ilícito dentro de su territorio puede ser muy amplia, más no así ilimitada. Pese a todas las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe *un cierto núcleo del derecho*, el que, de acuerdo a un principio jurídico general, no puede ser lesionado por ninguna ley ni por ninguna otra clase de medidas autoritarias.⁹⁰

Por su parte, Radbruch señala claramente que “[c]onforme a ello, hay un derecho supralegal (que debe esbozarse en los valores fijados en la Constitución) que establece límites al derecho positivo y, por ello, al legislador, incluso al constituyente”.⁹¹ Así, incluso desde la teoría se reconoce la superioridad y preeminencia del derecho de los derechos humanos, siendo mayoritariamente admitido su carácter constitucional.

La evolución ha sido tal que este principio ha sido incluso afirmado por los tribunales penales nacionales. En el caso de la jurisprudencia extranjera, uno de los procesos más emblemáticos llevados adelante por tribunales nacionales a propósito de crímenes internacionales es el caso Eichmann. Este criminal de la Segunda Guerra Mundial nazi había escapado y estaba escondido en Argentina, cuando en 1960 fue secuestrado por agentes del Mossad (Servicio de Inteligencia Israelí) y llevado a Israel para ser juzgado por cargos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En este caso, el Tribunal del Distrito de Jerusalén descartó la alegación de prescripción sostenida por la defensa, para los crímenes de guerra y contra la humanidad.⁹² Con posterioridad, este principio de imprescriptibilidad fue incorporado al derecho israelí a través de la Ley 5.726 del 14 de febrero de 1966.

⁹⁰ Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *op. cit.*, p. 430.

⁹¹ Lösing, Norbert, “Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 273-298, especialmente p. 287.

⁹² Véase *Affaire Eichmann*, Jerusalem First district Court, 12 de diciembre de 1961, ILR 36, pp. 76-79.

Por su parte, los tribunales franceses pudieron pronunciarse sobre la imprescriptibilidad en dos famosos casos vinculados con crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, ratificando el principio de imprescriptibilidad, a saber, el caso *Barbie* y el caso *Touvier*. En el primero, Barbie había sido condenado, en contumacia, a muerte por el Tribunal Permanente de Fuerzas Armadas en Lyon, en 1952 y 1954. Barbie había huido a Bolivia, donde se escondía bajo el nombre de Klaus Altmann. En 1983, Klaus Barbie es expulsado desde Bolivia a Francia. En 1985, la Corte de Casación casa la decisión de la Corte de Apelaciones de Lyon que había declarado prescrita la acción pública por los hechos reprochados a Barbie, consistentes en desaparición de personas, torturas, deportación y asesinato.⁹³ El proceso se inicia en 1987 y Barbie es juzgado debido a la imprescriptibilidad de los hechos mencionados y, finalmente, es encontrado culpable y condenado por 17 crímenes contra la humanidad. Barbie fue condenado a perpetuidad el 4 de julio de 1987 y muere en prisión el 25 de septiembre de 1991.

En el caso *Touvier*, muy cercano a la situación de Klaus Barbie, la Corte de Casación francesa reitera que los actos inhumanos constitutivos de crímenes contra la humanidad son imprescriptibles, apoyándose en lo ya confirmado por esa misma Corte, con fecha 20 de diciembre de 1985, en el caso *Barbie*.⁹⁴ En ambos casos, Barbie y *Touvier*, la Corte de Casación examinó la idea de que el principio de imprescriptibilidad estaba ya com-

⁹³ Véase Cour de Cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 20 décembre 1985, N° de pourvoi: 85-95166, Bulletin criminel 1985, No. 407, Gazette du Palais, 8 de mayo de 1986, No. 127-128.

⁹⁴ « [A]lors que, selon l'arrêt susvisé de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, dont les termes ne sont d'ailleurs pas exhaustifs, constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique contre les personnes appartenant aux catégories énumérées par la décision précitée ». Véase Cour de Cassation, chambre criminelle, Audience publique du vendredi 27 novembre 1992, No. de pourvoi: 92-82409, Bulletin criminel 1992, No. 394, p. 1082.

prendido en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg.⁹⁵

Por otra parte, más recientemente, en el *caso Sharon*, planteado ante los tribunales belgas, se ha discutido el principio de inmunidad y el principio consuetudinario de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En efecto, un grupo de víctimas de la masacre de Sabra y Shatila, en el Líbano Sur, ocurrida en 1982, presentó, ante la jurisdicción belga en 2001, una demanda en contra del —en ese entonces— primer ministro israelí, Ariel Sharon (y otros israelíes y libaneses) por la responsabilidad que le pudiera caber en los crímenes cometidos en los campos de Sabra y Shatila. Esta demanda fue presentada ante los tribunales belgas en virtud de la ley de ese país del 16 de junio de 1993 —posteriormente modificada en 1999— sobre Castigo de Graves Violaciones al Derecho Internacional Humanitario y que consagra el principio de jurisdicción universal. En los debates para el enjuiciamiento, los consejeros de las víctimas de Sabra y Shatila argumentaron el rechazo de la alegación de prescripción de la acción, señalando que “[i]l s’ensuit impérativement que les crimes contre le droit humanitaire ont un caractère tout à fait autonome et qu’ils sont en conséquence avant tout soumis aux règles qui découlent de leur source première. L’imprécisibilité de ces crimes étant une de ces règles (même fondamentale car liée à leur nature), leur commission n’a en réalité jamais fait courir un quelconque délai de prescription”.⁹⁶ Finalmente, la Corte de Casación de Bélgica, con fecha 12 de febrero de 2003, acepta la argumentación y, en consecuencia, la competencia de los tribunales belgas, en cuanto revierte la resolución de la Corte de Apelaciones que había declarado inadmisible la acción penal, afirmando que el acusado

⁹⁵ Cfr. Grosswald Curran, Vivian, “The Politics of Memory / Erinnerungspolitik and the Use and Propriety of Law in the Process of Memory Construction”, *Law and Critique*, vol. 14, 2003, pp. 309-323, especialmente p. 313. Véanse *Caso Barbie* (Cour de Cassation, 20 de diciembre de 1985) y *Caso Touvier* (Cour de Cassation, 27 de noviembre de 1992).

⁹⁶ Véase Conclusions de Requérants auprès la Cour d’Appel de Bruxelles, Chambre des Mises en Accusation, Pen. 1632/01, 30 de enero de 2002, par. 148.

debía estar presente en suelo belga para que el juicio y la investigación pudieran seguir adelante.

Asimismo, la jurisprudencia argentina ha admitido el principio de imprescriptibilidad. En efecto, en el *caso Arancibia Clavel*, la Corte Suprema señaló que un crimen internacional, en particular un crimen contra la humanidad, “es imprescriptible, sin que corresponda declarar extinta la acción penal aun cuando haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 62, inciso 2, en función del artículo 210 del Código Penal, pues tal disposición resulta desplazada por el derecho internacional consuetudinario y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”.⁹⁷ Un reconocimiento similar del principio de imprescriptibilidad de la acción penal en casos de crímenes contra la humanidad hizo la misma Corte en el *caso Simón*.⁹⁸

En definitiva, al igual que ha ocurrido en el ámbito internacional, el principio de imprescriptibilidad ha recibido reconocimiento en el foro doméstico. Aun cuando debiera inspirarse de los mismos criterios que la acción penal, la imprescriptibilidad de la acción civil en materia de violaciones graves a los derechos humanos, como se verá a continuación, ha presentado un escenario más complejo en el ámbito del foro doméstico.

III. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La prescripción que reviste una mayor complejidad y controversia actualmente es aquella que se refiere a la acción civil derivada de crímenes internacionales, particularmente de crímenes contra la humanidad. El caso chileno presenta un escenario muy

⁹⁷ Arancibia Clavel, Enrique L., Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 2004-08-24, Fallos: 327:3294.

⁹⁸ Simón, Julio Héctor *et al.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 2005-06-14, Fallos: 328:2056.

intrincado. No hay que perder de perspectiva que hay que buscar soluciones jurídicas a un drama humano. Y, en este sentido, una reflexión que vale la pena reiterar es que el mandato constitucional e internacional de los derechos humanos ordena proteger y garantizar los derechos de los individuos, grupos y pueblos, lo cual constituye una “regla mínima de convivencia de un país que se enorgullece de pertenecer a lo más avanzado de la civilización occidental”.⁹⁹ En consecuencia, en primer lugar examinaremos brevemente algunos criterios de razonamiento que pueden iluminar la búsqueda de una solución, y posteriormente se abordará el análisis de algunos fallos de la jurisprudencia chilena.

1. *Criterios interpretativos*

En general, se sostiene el argumento de la certeza jurídica, y el de la reparación civil como una cuestión meramente patrimonial, para fundamentar la prescriptibilidad de la acción civil derivada de los crímenes internacionales. Nosotros daremos seis niveles de argumentación para sostener la imprescriptibilidad de la acción civil derivada de crímenes internacionales, contrarrestando, por supuesto, los mencionados anteriormente.

A. *Principio del derecho internacional convencional*

Tal como se ha sostenido *supra*, el artículo 29 del Estatuto de la CPI señala que “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. En su texto, el Estatuto no distingue entre acción penal y acción civil, solamente reconoce la imprescriptibilidad del crimen internacional. Aún más, el artículo 75 de dicho Estatuto, que trata de la reparación a las víctimas, señala que “[l]a Corte establecerá principios aplicables a la reparación,

⁹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Pedro Ruz Castillo y otro con Fisco de Chile*, rol núm. 4.464-2001, sentencia del 16 de noviembre de 2006, considerando 16.

incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda”. En otras palabras, junto con reconocer el principio de imprescriptibilidad, el Estatuto de la CPI consagra expresamente el principio de la reparación civil de la víctima o de sus causahabientes, la cual puede consistir en restitución, indemnización o rehabilitación. Por consecuencia, la imprescriptibilidad consagrada en el Estatuto se refiere a la acción penal y a la acción civil.

B. *El falso argumento de la seguridad jurídica*

¿Seguridad jurídica para quién?, ¿para la víctima o sus familiares o para sus victimarios?, ¿a quiénes deberían garantizarle certeza y seguridad jurídica los poderes públicos en un Estado de derecho? La seguridad jurídica no es un principio absoluto y está sometido al principio de justicia. Los gobernados —en general, todo individuo— tendrán la confianza —garantizada por la Constitución— de que si no cometen actos inhumanos, atrocidades y actos de barbarie, recibirán el amparo constitucional y del derecho internacional. En cambio, todo individuo puede tener la certeza y seguridad jurídica de que, de acuerdo con la Constitución y el derecho internacional, si comete actos de barbarie e inhumanos, que repugnan a la conciencia jurídica universal y contravienen la idea misma de la humanidad, la cual se encuentra en la base del derecho, serán perseguidos, castigados y tendrán la obligación de reparar adecuada e integralmente a las víctimas, en todo tiempo y en todo lugar. La confianza legítima en la juridicidad de su actuar, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional chileno, “implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose

todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados”.¹⁰⁰ El Tribunal Constitucional muy bien ha destacado la expresión “si se sujeta al derecho vigente”, y esto significa sujeción a las normas y, sobre todo, a los principios que fundan el derecho.

Incluso se puede señalar, tal como lo ha dicho el relator especial Doudou Thiam, que la prescripción no es una regla general, dando como ejemplo el derecho angloamericano, donde esta regla no existe tal y como nosotros la conocemos. En efecto, Doudou Thiam señala que

[...]e droit comparé révèle que la prescription n'est ni une règle générale ni une règle absolue. Ignorée de certains droits (le droit anglo-américain, par exemple), elle n'est pas absolue dans les autres systèmes. En France, par exemple, elle n'est pas applicable aux infractions militaires graves, ni aux infractions contre la sûreté de l'Etat. En outre, la doctrine n'est pas unanime sur la portée de la règle de la prescription. Est-ce une règle de fond ? Est-ce une règle de procédure ?¹⁰¹

En esta línea de reflexión, cabe mencionar que la prescripción es una regla adjetiva que, por supuesto, admite excepciones, atendida la naturaleza de los hechos de que se trate. Es importante señalar que en el ámbito nacional se debate incluso, en el ámbito del derecho administrativo, en torno a la imprescriptibilidad de la acción en la que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado. De manera que la regla de la prescripción no es absoluta.¹⁰²

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional chileno, *Requerimiento de diputados respecto del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los bancos con obligación subordinada*, rol núm. 207/95, sentencia del 10 de febrero de 1995, considerando 67.

¹⁰¹ Doudou, Thiam, *Cinquième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, par le Rapporteur spécial, cit., p. 4.

¹⁰² Por la posición que sostiene la prescriptibilidad de la acción véase Pierry Arrau, Pedro, “Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, núm. 10, 2003, pp. 9-23. Por la posición contra-

Por lo demás, recordemos que el derecho de los derechos humanos tiene por misión principal amparar a la víctima. El juez debe resolver en función de la situación más beneficiosa para la víctima, no del victimario. Como se ha dicho, la principal misión del derecho es servir a la justicia, y en este contexto, “[e]l conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería, pues, ser resuelto de tal manera que el derecho positivo asegurado por la ley y el poder tiene preeminencia aun en su contenido, sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance tal medida, que la ley como «derecho arbitrario» deba ceder ante la justicia”.¹⁰³

En este sentido, cabe recordar tres situaciones en el derecho comparado en las que, a pesar del transcurso del tiempo, se optó por una realización incontestable de la justicia. Se trata de situaciones que no se insertan exactamente en el terreno de los crímenes internacionales, pero que sirven para ilustrar la colisión entre justicia y seguridad jurídica.

En primer lugar, hay que mencionar el caso de las reparaciones civiles a las víctimas del holocausto, que constituyó el primer caso de reparaciones a individuos tratándose de violaciones graves a los derechos humanos. En 1952, a través del Tratado de Luxemburgo, negociado por la República Federal Alemana (en adelante RFA), el nuevo Estado de Israel y organizaciones no-gubernamentales judías, la RFA se comprometió a pagar gradualmente indemnización a las víctimas del nazismo. Tal como ha señalado De Greiff, “a diciembre de 2001, la República Federal Alemana (RFA) había pagado, aproximadamente, US \$61,5

ria véase Soto Kloss, Eduardo, “La nulidad de derecho público de los actores estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno”, *Revista Ius Publicum*, núm. 4, pp. 55-62; Corte Suprema de Chile, *Caso Domic Bezic con Fisco*, rol núm. 4753-01, sentencia del 15 de mayo de 2002; Corte Suprema de Chile, *Caso Aedo con Fisco*, rol núm. 852-2000, sentencia del 27 de noviembre de 2000; Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Pesca Chile S. A. con Fisco*, rol núm. 2550-97, sentencia del 31 de enero de 2001.

¹⁰³ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 135.

billones (DM [Deutche Marko] 70 billones) en reparación, incluyendo 47,5 billones (DM 42,5 billones) según las leyes federales de indemnización individual”.¹⁰⁴

En segundo lugar se encuentra el caso de las Montañas Negras (*Black Hills*), consistente en que en virtud del Tratado de Fort Laramie de 1868,

...el gobierno norteamericano delimitó el territorio de la reserva Sioux, al interior del cual se encontraba este macizo montañoso. Ahora bien, en 1874, minas de oro fueron encontradas en estas montañas. La administración de Ulises Grant no respetó el tratado e hizo presión sobre los Sioux para que ellos vendieran sus tierras... En 1980, la Corte Suprema asigna la suma de 122 millones de dólares de indemnización por esta expoliación, lo que fue saludado como un esfuerzo particularmente meritorio para hacer justicia a los indígenas.¹⁰⁵

Un tercer ejemplo que es posible proporcionar es aquel de los aborígenes australianos, en donde “en 1992, la Corte Suprema de Australia rechaza, en la célebre decisión *Mabo*, el concepto de *terra nullius*, es decir, la doctrina según la cual Australia no estaba poblada antes de la llegada de los ingleses”.¹⁰⁶ A raíz de

¹⁰⁴ Greiff, Pablo de, “Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, núm. 99, 2005, pp. 153-199, especialmente p. 156. “According to the German Delegation to the Washington Conference on Assets, as of the end of 1998, Germany can look back on nearly fifty years of compensation totaling more than 100 billion German marks, and annual payments of 1.7 billion German marks continue to be made. This corresponds to more than 60 billion dollars plus continuing annual payments of 1 billion dollars”. Corte de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York, Propuesta Maestra Especial, *In Re Holocaust Victim Assets Litigation (Swiss Banks)* Special Master’s Proposal, September 11, 2000, en <http://www.nyed.uscourts.gov/pub/rulings/cv/1996/665994.pdf> (visitado el 5 de mayo de 2008).

¹⁰⁵ Garapon, Antoine, *La réparation de préjudices de l'histoire*, en http://www.courde cassation.fr/IMG/File/pdf_2007/cycle_assurance_2007/29-11-2006/29-11-2007-garapon.pdf (visitado el 3 de mayo de 2008).

¹⁰⁶ *Idem*.

esta sentencia se abre la posibilidad para el reconocimiento y la recuperación de tierras de los aborígenes, de las cuales habían sido expoliados por la fuerza.

Un caso adicional que se puede agregar es el de la Sociedad de Trenes franceses (en adelante SNCF) y del Estado francés, a quienes se les exigió reparación civil por víctimas judías, por su rol en la deportación de judíos durante la Segunda Guerra Mundial. En junio de 2006, el Tribunal Administrativo de Toulouse condenó a la SNCF y al Estado francés a pagar la suma de 62,000 euros a los demandantes. El Tribunal rechazó las excepciones de prescripción planteadas por el Estado y el abogado de la SNCF.¹⁰⁷ Posteriormente, la Corte Administrativa de Apelaciones de Bordeaux, en marzo de 2007, anuló la sentencia del Tribunal Administrativo de Toulouse del 6 de junio de 2006, pero en razón de la incompetencia del tribunal, sin pronunciarse sobre la prescripción ni sobre el fondo de la demanda.¹⁰⁸ Es importante destacar que, no obstante ser condenado a reparar los daños civiles, el Estado francés no interpuso apelación frente a la sentencia del Tribunal de Toulouse, solamente lo hizo la SNCF. La decisión fue recurrida ante el Consejo de Estado francés y está pendiente de resolución.

C. Principio de coherencia

A partir de un mismo hecho emanan los mismos principios; son los mismos principios los que operan y rigen la misma situación. Tanto la acción penal —que se estima imprescriptible y no hay debate sobre aquello por el tribunal— como la acción civil emanan de una misma situación de hecho: el crimen internacional; en consecuencia, los principios aplicables a la situación son

¹⁰⁷ Tribunal Administratif de Toulouse, Jugement No. 01/4248 del 6 de junio de 2006, en http://www.afma.fr/SNCF/jugement_lipietzc.html (visitado el 5 de mayo de 2008).

¹⁰⁸ Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, *Société National des Chemins de Fer Français c/ MM. George Lipietz et al.*, Arrêt 27 mars 2007, No. 06BX01570.

los mismos, tanto a la acción civil como a la acción penal. Cualquier diferenciación efectuada por el juez, en cuanto a separar ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, es discriminatorio y no guarda coherencia.

Sobre todo, aquí debe tenerse presente que en casos de violaciones a los derechos humanos, “cuando los hechos son cometidos con prevalimiento del poder estatal... la justificación no depende sólo del derecho positivo interno, sino de la compatibilidad de éste con el orden de valores fundamentales de la comunidad internacional expresado en las convenciones internacionales de derechos humanos.¹⁰⁹

D. *Enfoque centrado en las víctimas y en la humanidad*

El derecho penal tradicional o doméstico siempre se ha centrado en el reo, y manifestación de esto es, por ejemplo, el principio *pro reo*, la irretroactividad de la ley penal, la prescripción de las acciones penales y de la pena, etcétera. En este caso nosotros estamos hablando de crímenes internacionales que se regulan por el derecho internacional penal y por el derecho internacional de los derechos humanos. Este cuerpo normativo ha estado siempre centrado en las víctimas, y una expresión de ello es, por ejemplo, el principio *pro homine*. Entonces, un juez penal nacional no puede razonar con cánones penales internos cuando se trata de crímenes contra la humanidad, porque estos últimos se rigen por principios y normas muy diferentes; de hecho, se rigen por un orden jurídico extraestatal.

E. *Principio finalista*

La persecución de un crimen internacional tiene un fin preventivo, un fin sancionador y un fin reparador. Estos fines están particularmente acentuados en materia de crímenes internacio-

¹⁰⁹ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 90.

nales. Estos fines no se cumplirían en materia de crímenes contra la humanidad si se admite la prescripción de la acción civil, especialmente el fin reparador. En este sentido, la antigua Comisión de Derechos Humanos había reconocido que “exigir responsabilidades a los autores de violaciones graves de los derechos humanos es uno de los elementos esenciales de toda reparación eficaz para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y un factor clave para conseguir un sistema de justicia justo y equitativo y, en definitiva, la reconciliación y la estabilidad en un Estado”.¹¹⁰ En este mismo sentido, no hay que olvidar que los principios, en un sistema jurídico, son la ventana abierta hacia las consideraciones éticas en el derecho; es el vértice entre los necesarios aspectos axiológicos, teleológicos y fácticos del derecho, lo que hace que el carácter irredimible, desde un punto de vista moral, de los crímenes internacionales, en especial de los crímenes contra la humanidad, proporcione en primera instancia el fundamento de la reparación.¹¹¹

F. Principio de la reparación integral

La reparación integral en caso de violación a los derechos humanos tiene múltiples funciones: disuadir, sancionar, ejemplificar y, sobre todo, restablecer la situación al estado anterior a su comisión o perpetración, ya sea en términos reales —*restitutio in integrum*— o en términos sustitutivos —la indemnización por equivalencia—. La reparación debida a la víctima es un derecho consagrado en el derecho de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario. Así, como señala Gillard,

[t]here is increasing acceptance that individuals do have a right to reparation for violations of international law of which they are victims. This is particularly well established with regard to

¹¹⁰ Véase Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/34, del 26 de abril de 1999.

¹¹¹ Cfr. Greiff, Pablo de, *op. cit.*, pp. 153-199, especialmente p. 156.

human rights law. Not only do many of the specialized human rights tribunals have the right to award “just satisfaction” or “fair compensation”, but a number of human rights treaties also expressly require States to establish a remedy for violations before national courts.¹¹²

Efectivamente, este principio bien establecido en el derecho internacional se ve reflejado en la Resolución adoptada por la Asamblea General, titulada *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.¹¹³ De una lectura concordante de los principios 4 y 6 se puede concluir que las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional no prescriben, ya sea tanto la acción penal como civil, y además, considerando el principio 7, los Estados deberían disponer en su derecho interno que en violaciones distintas a los crímenes internacionales antes mencionados, la prescripción “de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recursos efectivos contra las violaciones de las normas del... derecho internacional humanitario”.¹¹⁴ Este conjunto de principios y directrices básicos ha sido reconocido, en cierta medida, en algunos fallos de los tribunales chilenos.¹¹⁵

¹¹² Gillard, Emanuela-Chiara, *op. cit.*, pp. 529-553, especialmente p. 536.

¹¹³ Véase *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

¹¹⁴ Zegveld, Liesbeth, “Recursos jurisdiccionales para las víctimas del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 851, 2003, disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5Y8HKK> (visitado el 5 de mayo de 2008).

¹¹⁵ “Que es indudable que los demandantes sufrieron con ocasión de los hechos de que se trata un daño difícil de ponderar y que corresponde asignarles

En este contexto, debe tenerse especialmente presente que una cosa es el derecho a la reparación, derecho humano que se vería frustrado si se declara la prescripción de la acción civil, y otra cosa es el monto y la naturaleza de la reparación, que es una etapa posterior a la declaración del derecho, ya que en dicha etapa pueden tener incidencia las pensiones ya recibidas. El fin reparador de la pretensión punitiva no se vería completo si se declara la imprescriptibilidad de la acción penal pero se acoge la prescripción de la acción civil. En este caso, la reparación integral del daño a la víctima, fin último del *ius puniendi* en violaciones a los derechos humanos, no se cumpliría. Así claramente lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (órgano encargado de la supervigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) a través de sus Observaciones Generales. En efecto, dicho Comité ha dicho que “...se deriva del artículo 7o., leído juntamente con el artículo 2o. del Pacto, que los Estados deben asegurar una protección efectiva a través de algún mecanismo de control. Las quejas por mal trato deben ser investigadas efectivamente por las autoridades competentes. Quienes sean culpables deben ser considerados responsables y las víctimas deben tener a su disposición los recursos efectivos, incluyendo el derecho a obtener una compensación”.¹¹⁶ Este principio

el carácter de víctimas de tales hechos, en conformidad al artículo 9o. de la Resolución No. 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 21 de marzo de 2006, que contiene los «Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones». Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Ortega c. Fisco de Chile*, rol núm. 8917-2003, sentencia del 18 de marzo de 2008. Voto disidente del presidente de la Sala, ministro Lamberto Cisternas Rocha, considerando 9.

¹¹⁶ “...it follows from article 7, read together with article 2 of the Covenant, that States must ensure an effective protection through some machinery of control. Complaints about ill-treatment must be investigated effectively by competent authorities. Those found guilty must be held responsible, and the alleged victims must themselves have effective remedies at their disposal, including the right to obtain compensation”. Human Rights Committee: General Comment

fue reiterado y mayormente explicitado por el Comité en su Observación General núm. 20, cuando señaló que

[a]rticle 7 should be read in conjunction with article 2, paragraph 3, of the Covenant. In their reports, States parties should indicate how their legal system effectively guarantees the immediate termination of all the acts prohibited by article 7 as well as appropriate redress... States may not deprive individuals of the right to an effective remedy, including compensation and such full rehabilitation as may be possible.¹¹⁷

En esta misma línea, y antes de examinar la jurisprudencia, no queremos dejar de mencionar, junto con Zegveld, que “[s]i no hay un tribunal nacional que tenga el poder y la voluntad de conceder reparaciones, las víctimas se ven privadas de un importante medio de reparación”.¹¹⁸

2. *La dialéctica de los jueces*

La imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de crímenes internacionales, particularmente de crímenes contra la humanidad, ha sido discutida en diversos fallos judiciales en Chile. Las posiciones sostenidas a este respecto por la Corte Suprema de Chile en relación con las cortes de apelaciones, en particular la Corte de Apelaciones de Santiago, son diversas. Mientras que en la Corte Suprema se mantiene la tesis de la prescriptibilidad de la acción civil derivada de crímenes contra la humanidad en razón de tratarse de una cuestión patrimonial, de naturaleza diversa a la que da lugar a la imprescriptibilidad de la acción penal por crímenes contra la humanidad, en la Corte de Apela-

No. 7: *Torture or Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Art. 7), 30 de mayo de 1982 (Sixteenth session, 1982), par. 1.

¹¹⁷ Human Rights Committee, General Comment No. 20: *Replaces General Comment concerning Prohibition of Torture and Cruel Treatment or Punishment* (Art. 7), 10 de marzo de 1992 (Forty-fourth session, 1992), pars. 14-15.

¹¹⁸ Zegveld, Liesbeth, *op. cit.*

ciones, en general, se sostiene la tesis de la imprescriptibilidad de la acción civil, por razones de coherencia con la naturaleza de los hechos de los que deriva la referida acción. A continuación veremos algunos ejemplos.

Por un lado, desde la perspectiva de la Corte Suprema, en el *caso Martínez Ruiz, Josefá con Fisco*, de 2006, dicha Corte se pronunció frente a una acción que pretendía perseguir la responsabilidad extracontractual del Estado por la desaparición forzada de personas. En este caso, la Corte señaló que corresponde aplicar las normas sobre prescripción contempladas en el Código Civil, artículo 2332, siempre que no existan normas que consagren su imprescriptibilidad. Además, agregó que resulta inaplicable la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el caso de demanda de indemnización de perjuicios por parte del Estado, porque si bien dicha Convención tiene fuerza normativa reconocida por la Constitución Política del Estado, la misma se encuentra vigente desde una época posterior en el tiempo a aquella en que ocurrieron los hechos objeto del caso. Tampoco corresponde aplicar la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra de 1949, pues el impedimento de autoexoneración que esa norma impone a los Estados contratantes se encuentra circunscrita “únicamente a la responsabilidad criminal por los graves delitos que dicha normativa describe y no alcanza al ámbito de la responsabilidad civil en términos de vedar la prescripción de las acciones tendentes a hacerla exigible”.¹¹⁹

En el *caso Neira con Fisco*, de 2007, la Corte Suprema señaló que, dentro de la legislación nacional, no existe norma alguna que establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; por tanto, son aplicables a la acción de reparación por daño moral

¹¹⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Chile, *Caso Martínez Ruiz, Josefá del Carmen y otros c/ Fisco de Chile*, indemnización de perjuicios, recurso de casación en el fondo, rol núm. 6049-2005, del 27 de diciembre de 2006, considerandos 18, 19 y 20.

derivada de la desaparición de una persona por obra de agentes del Fisco, las normas contempladas en el Código Civil, dado que la referida acción pertenece al ámbito patrimonial y que, por ende, en ausencia de preceptos que consagren su imprescriptibilidad, corresponde estarse a las reglas del derecho común, referidas determinadamente a la materia en los artículos 2497 y 2332 del Código Civil.¹²⁰

En dicha sentencia, mencionada en el párrafo precedente, se explicita que el acogimiento de la excepción de prescripción opuesta por el Fisco no vulnera normas pertenecientes al derecho internacional de los derechos humanos que consagran la imprescriptibilidad en materias relativas a la protección de estos derechos, tales como —alega el recurrente— la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, promulgado mediante Decreto Supremo núm. 873, pues si bien dicho tratado tiene la fuerza normativa que le reconoce el artículo 50., inciso 2, de la carta fundamental, su vigencia arranca de una época posterior en el tiempo a aquella en que ocurrieron los hechos objeto del actual juzgamiento, de modo que sus disposiciones no les resultan aplicables. Tampoco infringe la sentencia que acoge la excepción de prescripción el artículo 131 de la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra de 1949, pues el impedimento de autoexoneración que esa norma impone a los Estados contratantes se encuentra circunscrito, en virtud de la remisión que en ella se hace a las disposiciones precedentes de su texto —los artículos 129 y 130—, únicamente a la responsabilidad criminal por los graves delitos que dicha normativa describe —lo que no aconteció en el caso, en el que se persigue reparación por daño moral— y no alcanza al ámbito de la responsabilidad civil en términos de vedar la prescripción de las acciones tendentes a hacerla exigible.

¹²⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Chile, *Caso Neira Rivas, Gloria L.M. c/ Fisco de Chile*, indemnización de perjuicios, recurso de casación en el fondo, rol núm. 1133-06, del 24 de julio de 2007.

En un interesante fallo, en el caso por el secuestro calificado de *Aurelio Clodomiro Peñailillo Sepúlveda y otros*, donde se discutió la figura de la media prescripción como atenuante de la responsabilidad penal, la Corte Suprema confirmó su correcto criterio en el sentido de que “una de las características que presenta este tipo de ilícitos [crímenes internacionales], entre otras, radica en su imprescriptibilidad, en razón de las Convenciones de Ginebra...”.¹²¹ Este mismo criterio y conclusión han sido sostenidos reiteradamente por la Corte Suprema de Chile, cuando, por ejemplo, ha afirmado que “los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico resultado la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que tanto los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar”.¹²²

En el caso por *el secuestro calificado de Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz y otros*, la Corte Suprema ha reconocido expresamente el carácter consuetudinario del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y, consecuentemente, su plena vigencia y aplicabilidad por el foro nacional. En efecto, la Corte Suprema señaló que

...no obstante que la citada Convención no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, en realidad aquélla se limitó a afirmar la imprescriptibilidad de tales deploables hechos —amén de las fuentes citadas en su Preámbulo—, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen

¹²¹ Corte Suprema de Chile, *Caso por el secuestro calificado de Aurelio Clodomiro Peñailillo Sepúlveda y otros*, rol núm. 3587-05, sentencia del 27 de diciembre de 2007, considerando 17. Las Convenciones de Ginebra de 1949 fueron ratificadas por Chile mediante Decreto Supremo 752/51, de 1951.

¹²² Corte Suprema de Chile, *Caso del secuestro calificado de Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz, Hernán Galo González Inostroza, María Elena González Inostroza y Elsa Victoria Leuthner Muñoz*, rol núm. 3452-06, sentencia del 10 de mayo de 2007, considerando 75.

consuetudinario, confirmando un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los sucesos, pues por su naturaleza preexiste al momento de su positivización. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la mentada convención, y que ésta también era materia común del derecho internacional.¹²³

En el caso por el secuestro calificado de *Aurelio Clodomiro Peñailillo Sepúlveda y otros*, donde la Corte Suprema acoge la figura de la media prescripción, resulta interesante examinar el voto disidente de los ministros Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger la excepción de prescripción en su integridad. Efectivamente, ellos señalan que

...la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo... institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

En primer lugar, teniendo en cuenta que estamos ante un tribunal de derecho, una de las primeras interrogantes que plantearíamos ante esta afirmación es ¿si lo que nos debe preocupar es la vigencia plena de la ley o la vigencia plena del derecho? Evidentemente, nuestra respuesta correspondería a la última, y ello es mucho más amplio que simplemente la ley. En segundo lugar, podríamos reparar en la frase siguiente: “no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles

¹²³ *Ibidem*, considerando 77.

graves como los que refieren los antecedentes de la causa". Los hechos punibles graves de la causa se refieren a crímenes contra la humanidad regidos por el derecho internacional con base en un estatuto específico. Estos hechos son tan intolerables e ignominiosos para la humanidad que precisamente han hecho surgir un estatuto determinado que ha configurado el derecho internacional penal. No se trata de desconocer principios generales del derecho ni la vigencia de la ley, muy por el contrario, se trata de reconocer y aplicar la plena vigencia de las normas (convencionales y consuetudinarias) y estándares internacionales que rigen este tipo de hechos punibles y que constituyen el derecho aplicable. ¿Cuál derecho? El derecho internacional, el derecho de los derechos humanos, el derecho internacional penal y el derecho internacional humanitario.

La Corte Suprema, tanto en el caso *Martínez con Fisco* de 2007 como en el caso *Ruz con Fisco* de 2008, acogió la solicitud de prescripción de la acción civil planteada por el Fisco atendiendo, primordialmente, al principio de seguridad jurídica. En efecto, en ambos casos la Corte señaló que

...la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que, por ley o en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones, a lo que cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales, y en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común, referidas específicamente a la materia.¹²⁴

¹²⁴ Corte Suprema de Chile, *Caso Pedro Ruz Castillo y otro con Fisco de Chile*, rol núm. 743-2007, sentencia del 25 de marzo de 2008, considerando 7; *Caso Manuel Martínez Rodríguez con Fisco de Chile*, rol núm. 4067-2006, sentencia del 29 de octubre de 2007, considerando 8.

Lamentablemente, con esta afirmación la Corte Suprema parece olvidar toda la normativa convencional, consuetudinaria y de principios jurídicos que en materia de persecución y reparación por crímenes internacionales, en particular por crímenes contra la humanidad, existe a nivel internacional y que vinculan al Estado de Chile, tal como se ha expresado en la primera parte de este estudio. En efecto, desafortunadamente, en esta afirmación la Corte omite la referencia a todas las normas y estándares desarrollados desde hace más de 50 años en el derecho internacional, en el derecho de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario, en orden a reconocer un estatuto de imprescriptibilidad integral —tanto su aspecto civil como su aspecto penal— cuando estamos ante crímenes internacionales.

A nuestro entender, resulta una verdadera paradoja que la Corte Suprema invoque los artículos 2332 y 2497 del Código Civil para resolver sobre la procedencia de la acción reparatoria en casos de violaciones a los derechos humanos.¹²⁵ ¿Merece el mismo razonamiento una indemnización por responsabilidad extracontractual derivada de un hecho que data de hace 20 años que un crimen contra la humanidad cometido hace 20 años cuya reparación se pretende exigir?

La Corte Suprema, en el caso *Martínez con Fisco*, con fecha 29 de octubre de 2007, señaló que

...en la especie, se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado y teniendo en consideración que la carta fundamental de 1980 y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, No. 18.575 de 17 de noviembre de 2001, en las cuales se ha sustentado, adquirieron vigencia con posterioridad al hecho ilícito que sirve de antecedente para reclamarla, no cabe sino aplicar, en materia de prescripción, las normas del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial

¹²⁵ Corte Suprema de Chile, *Caso Pedro Ruz Castillo y otro con Fisco de Chile*, rol núm. 743-2007, sentencia del 25 de marzo de 2008, considerando 8.

de la responsabilidad que se persigue, en atención a que la acción impetrada pertenece, como se ha dicho, al ámbito patrimonial.¹²⁶

En este contexto, cabe válidamente preguntarse, ¿en este caso, estamos ante una acción de indemnización derivada de un acto de naturaleza patrimonial o estamos ante una acción reparatoria derivada de un hecho constitutivo de una violación a los derechos humanos, acción reparatoria que, como se ha visto, excede los márgenes de la simple indemnización? Nosotros optaríamos por esta última alternativa. En consecuencia, no se trata de una acción de naturaleza patrimonial, sino de una acción reparatoria en materia de violaciones a los derechos humanos que se rige por las reglas y estándares del derecho internacional y del derecho de los derechos humanos.

Por otro lado, desde la perspectiva de las cortes de apelaciones, en el *caso Bruce con Fisco*, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió —en un fallo dividido— aplicar la prescripción del artículo 2332 del Código Civil a la acción civil que pretendía obtener reparación por la desaparición forzada de Alan Bruce Catalán. En dicho fallo, la Corte efectúa dos afirmaciones que requieren de una crítica. En primer lugar, la Corte señala que “a falta de norma especial que declare la imprescriptibilidad de las acciones para perseguir la responsabilidad extracontractual del Estado, las que por su contenido patrimonial, como es la indemnización de perjuicios que se persigue en la especie, se rigen por el derecho común”.¹²⁷ Nosotros ya hemos señalado que en derecho internacional existe un claro principio general que declara la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Al mismo tiempo, ese principio se expresa bajo la forma de norma consuetudinaria y de norma convencional. En consecuencia,

¹²⁶ Corte Suprema de Chile, *Caso Manuel Martínez Rodríguez con Fisco de Chile*, rol núm. 4067-2006, sentencia del 29 de octubre de 2007, considerando 8.

¹²⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, *caso Bruce Gana, Alan con Fisco de Chile*, rol núm. 1.848-2003, del 28 de septiembre de 2007, considerando 3.

en estos principios y normas se encuentra la fuente de la regla que declara la imprescriptibilidad de los crímenes, la cual intenta buscar la Corte y señala no encontrar. Ahora, es curioso cómo se pregunta la Corte sobre la existencia de una norma especial “que declare la imprescriptibilidad de las acciones para perseguir la responsabilidad extracontractual del Estado”, sin hacer referencia alguna a la reparación integral debida a la víctima o víctimas de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y de una manera intempestiva aplica el derecho común. ¿Cómo pueden los tribunales sostener la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y al mismo tiempo argumentar la prescriptibilidad de la acción civil derivada del mismo hecho?, ¿cómo es posible argumentar a favor de un doble régimen de prescripción derivado de un mismo hecho? El ministro Madrid, en su voto disidente, expresa esta misma idea cuando expone que “la imprescriptibilidad señalada rige tanto para el ámbito de lo penal como de lo civil, puesto que carece de sentido frente a la antedicha afirmación basada en el *ius cogens*, sostener la imprescriptibilidad para el primer ámbito y desestimarla para el segundo, aduciendo para ello que éste es patrimonial, así como también el derecho a la indemnización reclamada, y por lo mismo privada y renunciable”.¹²⁸

En nuestro concepto, el argumento de la coherencia es vital en materia de derechos humanos. El principio de la coherencia implica que debe rechazarse cualquier argumento que conduzca a conclusiones absurdas, y este absurdo se determina con base en argumentos de lógica y en función del sistema jurídico completo, y en particular del sistema de derechos humanos, como un sistema integral. En el caso de marras, si la Corte efectuara además su argumentación a partir del principio de la unidad del orde-

¹²⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, *caso Bruce Gana, Alan con Fisco de Chile*, rol núm. 1.848-2003, del 28 de septiembre de 2007. Voto disidente del ministro Alejandro Madrid, considerando 3.

namiento jurídico, esto es, considerando la totalidad del ordenamiento jurídico, tanto el derecho internacional como el derecho nacional, tanto el derecho escrito como el derecho no escrito, todas estas consideraciones conducirían a decidir de otra manera el *caso Bruce con Fisco*, en torno a la prescripción de la acción civil. En este sentido, Maurach ha señalado que “[s]ólo un Estado que, al menos, realice el esfuerzo de adaptar su derecho positivo a la convicción cultural internacional y a la concepción jurídica de la dignidad del hombre, logrará reducir a un mínimo aceptable aquellos conflictos que surgen de la inevitable disputa sobre la esencia y las formas de aparición del derecho”.¹²⁹

En segundo lugar, la Corte ha dicho que

...en los instrumentos internacionales mencionados en la demanda, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, suscrito por Chile en esa misma fecha, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica de 1969, no existen en dichos institutos normas que establezcan la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, entendidos como aquellas violaciones a los derechos humanos de carácter grave, masivas y sistemáticas.¹³⁰

No deja de sorprender que la Corte de Apelaciones sólo haga referencia a dos pactos de derechos humanos, y no analice en este punto el “complejo normativo del derecho internacional de los derechos humanos” al que alude el demandante. En efecto, el demandante habla de tratados, de jurisprudencia y de principios generales de derecho internacional, y nosotros podríamos agregar la costumbre. En este caso, la Corte pasa por alto todo el análisis de la norma que declara la imprescriptibilidad que pudiera tener su fuente en el derecho consuetudinario, en los principios gene-

¹²⁹ Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *op. cit.*, p. 429.

¹³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, *caso Bruce Gana, Alan con Fisco de Chile*, rol núm. 1.848-2003, del 28 de septiembre de 2007, considerando 11.

rales o en la jurisprudencia. La Corte podría estar perfectamente en desacuerdo con admitir este tipo de fuentes o rechazar la idea de la existencia de este tipo de norma en alguna de estas fuentes, pero debe decirlo. Es deber de la Corte y de todos los jueces en general dar razón de sus argumentos, comunicárselos a la comunidad, entablar una especie de diálogo con la sociedad, este diálogo es una de las fuentes de su legitimidad. Además, dar razones de sus decisiones y motivarlas es un requisito esencial del principio de acceso a la justicia. Así, los tribunales deben aceptar o rechazar argumentos, pero deben analizarlos y explicar por qué los aceptan o por qué los rechazan. En este caso en particular, la Corte simplemente tomó una parte del argumento —no analizó el resto— y lo rechazó, y eso fue suficiente para desechar la demanda.

Entrar a analizar las razones que se pueden haber tenido en cuenta para actuar de esta manera ciertamente es más complejo y entra en el terreno de la especulación. Una posible explicación es el legalismo y positivismo unívoco utilizado a lo largo de todo el fallo, que descarta referencias a derecho consuetudinario o principios generales del derecho internacional, y siempre intenta encontrar una norma escrita como fundamento, en circunstancias que —como bien se sabe— el derecho es mucho más que la ley o una simple norma escrita. El ministro Madrid, en su voto disidente, aporta una argumentación que va, de alguna manera, en esta línea, cuando señala que

...tales normas del derecho internacional sobre derechos humanos están incorporadas y reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional y en su virtud cabe consignar que los crímenes e infracciones referidos son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hubieren cometido, afirmación que puede entenderse emanada también del derecho internacional general (*iustitia cogens*), reconocido por las convenciones internacionales.¹³¹

¹³¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, *caso Bruce Gana, Alan con Fisco de Chile*, rol núm. 1.848-2003, del 28 de septiembre de 2007. Voto disidente del ministro Alejandro Madrid, considerando 3.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en 2006, en el *caso Ruz con Fisco*, señaló —lúcidamente a nuestro entender— que “resulta una exigencia previa determinar la fuente u origen de la acción impetrada por los actores, lo anterior tiene su fundamentación en la existencia de un ilícito y las normas pertinentes, conducirán necesariamente a razonar acerca de la entidad y naturaleza del delito «contra la humanidad o de lesa humanidad», tal como se ha calificado la infracción penal en cuestión por la doctrina penal nacional e internacional”.¹³² Como se ve, la Corte reflexiona en el sentido de la fuente de origen de la acción ejercida, lo cual determina el derecho aplicable, es decir, las normas y principios que guiarán el razonamiento del juez. Junto con esto, este tribunal señala que “el carácter de crimen de lesa humanidad del delito establecido como antecedente de este proceso, en cuanto a la indemnización de perjuicios, hace aplicable también, en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares para conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente, los convenios o tratados internacionales”.¹³³ Estas ideas son completadas más adelante, en esta misma sentencia, cuando se afirma que “esa obligación de responsabilidad indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de violación de los derechos humanos, no sólo en cualquier ley, sino en una de rango mayor como lo es la Constitución Política de la República; y no solamente deriva de ésta, sino de los principios generales del derecho humanitario y de los tratados internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos”.¹³⁴

Además, en este mismo caso la Corte hace una clara referencia al concepto de reparación integral, que, como se ha dicho, además de incluir el derecho de acceso a la justicia para conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente, “implica,

¹³² Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Pedro Ruz Castillo y otro con Fisco de Chile*, rol núm. 4.464-2001, sentencia del 16 de noviembre de 2006, considerando 2.

¹³³ *Ibidem*, considerando 5.

¹³⁴ *Ibidem*, considerando 14.

desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado [a las víctimas y sus familiares], lo que se posibilita con la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno, conforme a lo dispuesto en el artículo 5o. de la Constitución Política de la República”.¹³⁵ En este sentido, dentro de los principios y directrices proporcionados por el derecho internacional se encuentra el principio según el cual

[e]ntre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.¹³⁶

En el *caso Ruz con Fisco*, la Corte de Apelaciones de Santiago ha reiterado la jerarquía superior del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual incide en la determinación de la procedencia del principio de imprescriptibilidad en materia civil, cuando señaló, a propósito de las normas internacionales sobre crímenes de lesa humanidad, que “...siendo ellas prevalentes sobre el derecho interno, se rechazará la excepción de prescripción formulada por el Fisco de Chile, por resultar inaplicable en la especie y por lo razonado en razón de la categoría internacional que tiene el delito que da origen o fuente de la responsabilidad civil invocada”.¹³⁷ Esta afirmación la complementa con un ex-

¹³⁵ *Ibidem*, considerando 6.

¹³⁶ Véase *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, principio VII, par. 11.

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Pedro Ruz Castillo y otro con Fisco de Chile*, rol núm. 4.464-2001, sentencia del 16 de noviembre de 2006, considerando 9.

celente considerando donde deja en evidencia la contradicción que existe entre el derecho interno, en particular las reglas de prescripción del derecho civil, con el derecho de los derechos humanos, cuando señala que

...resultan inatinentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil, sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocados por el Fisco de Chile, al estar en abierta contradicción con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, que protegen el derecho de recibir una reparación correspondiente a víctimas y familiares de éstas, estatuto normativo internacional reconocido por Chile.¹³⁸

Cierra su argumento señalando que los derechos de las personas y los deberes estatales establecidos en disposiciones constitucionales y preceptos internacionales reconocidos y aceptados por Chile forman “parte de los tratados y principios internacionales del derecho humanitario, que consagran la responsabilidad del Estado, las que al tener tal carácter, priman por sobre otra disposición. Preceptos los anteriores a los cuales todo Tribunal se encuentra sujeto al decidir lo sometido a su conocimiento y resolución, pues en su función debe conformarse primero a la batería normativa constitucional e internacional aceptada por Chile en esta materia, la cual establece claramente la responsabilidad estatal.¹³⁹ Esta jerarquía superior del derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, por sobre el derecho interno se encuentra confirmada por la Corte Suprema en el *caso del secuestro calificado de Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz y otros*, en donde señaló que el castigo de los crímenes internacionales, especialmente de los crímenes contra la humanidad,

... proviene directamente de principios surgidos del orden imperativo internacional que se incorporan con jerarquía constitucio-

¹³⁸ *Ibidem*, considerando 10.

¹³⁹ *Ibidem*, considerando 15.

nal como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas limitaciones instituidas para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva, asegurando tanto el deber de punición que le corresponde al Estado por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible la represión de esas conductas, como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.¹⁴⁰

Finalmente, la Corte de Apelaciones, en el *caso Ruz con Fisco*, fundamenta su rechazo de la excepción procesal de prescripción de la acción civil en el principio y valor de que Chile es un Estado constitucional de derecho. Chile es un Estado Constitucional de derecho bajo la Constitución de 1980 y lo era bajo la Carta de 1925, y desde esa época le es exigible “la congruencia de aquélla con los tratados internacionales y los principios generales del derecho internacional; así, Chile era, desde antes de los hechos de autos, signatario de la Carta de las Naciones Unidas y se encontraba vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios”.¹⁴¹ Resulta interesante extraer de esta afirmación el hecho de que, nuevamente, en este caso, el tribunal ha invocado como un instrumento jurídicamente vinculante la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) en circunstancias que, *per se*, no lo es. Esta práctica y esta convicción de la vinculatoriedad jurídica de la DUDH permiten indicar que esta actuación de un tribunal nacional —en definitiva del Estado— constituye prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Chile, *Caso del secuestro calificado de Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz, Hernán Galo González Inostroza, María Elena González Inostroza y Elsa Victoria Leuthner Muñoz*, rol núm. 3452-06, sentencia del 10 de mayo de 2007, considerando 79.

¹⁴¹ Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Pedro Ruz Castillo y otro con Fisco de Chile*, rol núm. 4.464-2001, sentencia del 16 de noviembre de 2006, considerando 15.

En 2008, en el caso *Ortega c. Fisco de Chile*, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción de indemnización de perjuicios intentada. Sin embargo, esta sentencia se pronunció con el voto disidente del ministro Cisternas. En este caso, el voto disidente del ministro Cisternas es elocuente cuando señala, con razón a nuestro juicio, “que tales normas del derecho internacional sobre derechos humanos están incorporadas y reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional y en su virtud cabe consignar que los crímenes e infracciones referidos son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hubieren cometido, afirmación que puede entenderse emanada también del derecho internacional general (*ius cogens*), reconocido por las convenciones internacionales”.¹⁴²

Además, este ministro, en virtud de un principio de coherencia, señala que la imprescriptibilidad “rige tanto para el ámbito de lo penal como de lo civil, puesto que carece de sentido, frente a la antedicha afirmación basada en el *ius cogens*, sostener la imprescriptibilidad para el primer ámbito y desestimarla para el segundo, aduciendo para ello que éste es patrimonial, así como también el derecho a la indemnización reclamada, y por lo mismo privada y renunciable”.¹⁴³

Junto con lo anterior, el ministro Cisternas señala acertadamente, a nuestro juicio, que

...la prescripción de la acción de que se trata no puede ser determinada a partir de las normas del derecho privado que se refieren efectivamente a cuestiones patrimoniales, pues esas normas atienden a finalidades diferentes a aquellas que emanan del derecho internacional de los derechos humanos y del *ius cogens*, que importan obligaciones de respeto, de garantía y de promoción de

¹⁴² Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Ortega c. Fisco de Chile*, rol núm. 8917-2003, sentencia del 18 de marzo de 2008. Voto disidente del ministro Cisternas, considerando 2.

¹⁴³ *Ibidem*, considerando 3.

esos derechos [de carácter *erga omnes*], así como la adopción de medidas para hacerlos efectivos.¹⁴⁴

Pero además, debe tenerse presente que la totalidad del ordenamiento jurídico se encuentra irradiado por los derechos humanos, los cuales configuran un orden objetivo de derechos de carácter constitucional que determina el sistema jurídico, tanto en su ámbito privado como en su ámbito público.

Finalmente, en su voto disidente al fallo en el *caso Ortega con Fisco*, el ministro Cisternas hace clara alusión a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, y a la jurisprudencia internacional de derechos humanos, especialmente a la jurisprudencia derivada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, indica que

...la imprescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias de los daños producidos por los crímenes referidos fluye de los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre derechos humanos después; en particular, en América, de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, y por cierto de la numerosa jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana que ella creó, cuyos fallos han aceptado las peticiones indemnizatorias, considerándolas integrantes o propias de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos.¹⁴⁵

En efecto, tal como señala el ministro Cisternas, la Corte I.D.H. ha admitido y decretado numerosas indemnizaciones y otras reparaciones civiles en casos de violaciones a los derechos humanos, tales como el caso Barrios Altos,¹⁴⁶ el caso La Cantuta

¹⁴⁴ *Ibidem*, considerando 4.

¹⁴⁵ *Ibidem*, considerando 6.

¹⁴⁶ Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75, par. 50, p. 17.

y el caso Almonacid,¹⁴⁷ por mencionar algunos. En este orden de ideas, es extremadamente importante la afirmación hecha por la Corte I.D.H. en el caso La Cantuta, reiterada en el caso Almonacid, en el sentido de que las reparaciones por violaciones a los derechos humanos se rigen por el derecho internacional y que esta obligación no puede ser modificada o incumplida por el Estado, invocando para ello su derecho interno.¹⁴⁸ Además, junto con lo anterior y en esta misma línea de razonamiento, un elemento que nos parece valioso destacar respecto del caso *Martínez con Fisco* es el hecho de que en su voto disidente el ministro Zepeda, aun cuando no está de acuerdo con la imprescriptibilidad de la acción civil, invoca en su razonamiento la sentencia de la Corte I.D.H., *caso Almonacid Arellano vs. Chile*, de fecha 26 de septiembre de 2006. Esto último es un indicador del principio que nosotros hemos mencionado reiteradas veces, en el sentido de que, desde la perspectiva del juez nacional, el intérprete último de los derechos humanos es la Corte I.D.H.¹⁴⁹ Esta misma tendencia se puede apreciar en el *caso Martínez con Fisco*, donde la Corte de Apelaciones de Santiago se funda en, al menos, seis casos de la Corte I.D.H., partiendo del *caso Aloeboetoe* de 1993 para afirmar

¹⁴⁷ Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, par. 144, p. 58.

¹⁴⁸ “El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. La obligación de reparar se regula por el derecho internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno”. Corte I.D.H., *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, par. 200, p. 99.

¹⁴⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Pedro Ruz Castillo y otro con Fisco de Chile*, rol núm. 4.464-2001, sentencia del 16 de noviembre de 2006. Voto disidente del ministro Jorge Zepeda Arancibia.

el principio fundamental y norma consuetudinaria consistente en que todo daño ha de ser reparado.¹⁵⁰

En 2006, en el caso *Martínez con Fisco*, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó el fallo de primera instancia y acogió la acción de indemnización de perjuicios intentada contra el Fisco por daños derivados de violaciones a los derechos humanos. En su fallo, la Corte de Apelaciones señala que

...tratándose de una violación a los derechos humanos, el criterio rector en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos, y ello ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de transgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por responder a criterios claramente ligados al interés privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX.¹⁵¹

En nuestra opinión, esta afirmación se basa en un correcto, coherente y viviente entendimiento del derecho. En efecto, ¿cómo esperar que la reglamentación relativa a la prescripción de la acción civil (nuestro Código Civil) previera la circunstancia de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario? Quizá lo podría prever si es que el Código Civil se hubiera adecuado a las normas existentes en el derecho internacional en esta materia. De ahí que resulte, una vez más, confirmada por esta vía la clara necesidad de que el Estado cumpla con su obligación de adecuar su derecho interno a las normas, estándares y principios de derecho internacional.¹⁵²

¹⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Manuel Martínez Rodríguez con Fisco de Chile*, rol núm. 165-2001, sentencia del 10 de julio de 2006, considerando 1.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² “Artículo 2o. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitutivos”.

La misma sentencia de la Corte señala cuáles son estas normas y principios, al afirmar que

...el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

En consecuencia, la afirmación de que no existe ley que establezca una norma especial que haga excepción a la regla de los artículos 2332 y 2497 del Código Civil es “islacionista” porque aborda el examen del derecho desde la perspectiva de una isla, en el sentido de que nuestro ordenamiento jurídico está aislado y es impermeable a los avances y evoluciones jurídicas de la comunidad mundial y aséptico en orden a que rechaza las “contaminaciones” derivadas de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, del derecho internacional penal, del derecho del medio ambiente y del derecho de los refugiados.

En esta misma sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, el tribunal aborda el principio de la coherencia. En efecto, la Corte señala que

...atendido que en virtud de normas jurídicas del tipo de las citadas no es posible concebir la prescripción de la acción penal, cabe preguntarse qué podría justificar que este motivo de extinción de responsabilidad fuese adjudicado a la responsabilidad civil conforme con los extremos del derecho privado si la respon-

cionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Chile ratificó esta Convención el 8 de octubre de 1990.

sabilidad penal siempre será exigible. Dicha la pregunta de otro modo, por qué tratar la responsabilidad penal a partir de criterios particulares, propios de la naturaleza del hecho, y al mismo tiempo enfrentar la civil desde orientaciones válidas para otras materias.¹⁵³

Nosotros ya hemos señalado que aparece como incoherente e incluso discriminatorio tratar jurídicamente un mismo hecho —que reviste especial gravedad— de un modo en el caso de la acción penal, y de otro modo en el caso de la acción civil reparatoria. No se advierte razón ni proporción para efectuar esta distinción. ¿Por qué en el caso de la acción penal se admite por el tribunal nacional la regla internacional de la imprescriptibilidad y en el caso de la acción civil no? Además, como también se ha reseñado, la ausencia misma de la posibilidad de discutir y obtener reparación civil implica, por parte del Estado (a través de sus tribunales), una vulneración de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por infracción del derecho de acceso a la justicia contemplado —en una visión integral— en los artículos 19, No. 3, de la Constitución Política de la República, y 8o. y 25 de la referida Convención. En este sentido, debe destacarse que la Corte I.D.H. ha afirmado correctamente que “el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real”.¹⁵⁴ En este sentido, Cançado Trindade ha hablado de un principio fundamental consistente en el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*. Este autor ha señalado que

[u]no de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto na-

¹⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Manuel Martínez Rodríguez con Fisco de Chile*, rol núm. 165-2001, sentencia del 10 de julio de 2006, considerando 2.

¹⁵⁴ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, par. 126, p. 124.

cional como internacional (artículos 25 y 8o. de la Convención Americana)... podemos aquí visualizar un verdadero derecho al derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico —a niveles tanto nacional como internacional— que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana.¹⁵⁵

Desde esta última perspectiva de la visión integral, esta misma Corte de Apelaciones, correctamente a nuestro entender, ha señalado, en el *caso Martínez con Fisco*, que

[...] la cuestión de los derechos fundamentales constituye un sistema, y por tal razón no es posible interpretar los hechos que los afecten y las normas que los regulan de manera aislada, como tampoco pueden introducirse normas que sean consecuencia de otros criterios orientadores vinculados a finalidades que exceden la naturaleza de esta clase de derechos, como son las que han sido invocadas por la demandada, porque toda conclusión alcanzada en tales circunstancias necesariamente será contraria al sistema jurídico de los derechos fundamentales.¹⁵⁶

En efecto, lleva razón la Corte de Apelaciones cuando reitera un principio ya afirmado en todas las jurisdicciones de derechos humanos en el sentido de señalar que los derechos humanos configuran un *corpus iuris* integral de derechos, donde se funden normas convencionales, consuetudinarias, constitucionales y principios de derecho.

Además, la Corte de Apelaciones señala que no es posible admitir la prescriptibilidad de la acción civil en casos de viola-

¹⁵⁵ Corte I.D.H., *Caso López Álvarez vs. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10. de febrero de 2006, Serie C, No. 141. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, par. 52, p. 17; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de noviembre de 2007, Serie C, No. 174. Voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, par. 13.

¹⁵⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Manuel Martínez Rodríguez con Fisco de Chile*, rol núm. 165-2001, sentencia del 10 de julio de 2006.

ciones a los derechos humanos conforme a las reglas del Código Civil, porque “el valor justicia que orienta el derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad, al extremo que el derecho internacional... ha recogido el criterio que predica que todo daño ha de ser reparado”.¹⁵⁷

A nuestro entender, este principio fundamental del derecho consistente en que “todo daño ha de ser reparado” reviste una relevancia particular en el orden de los derechos humanos, configurándose en un verdadero derecho de las víctimas y sus familiares. La ausencia o negación de la reparación civil contribuye a generar otras múltiples violaciones a los derechos humanos, tales como el derecho a la verdad, la prohibición de la impunidad, el derecho a la compensación adecuada y el acceso a la justicia, *lato sensu*.

IV. CONCLUSIONES

- 1) La potente aparición e incursión de los derechos humanos en el derecho ha generado una progresiva sensibilización ascendente en torno a los hechos de barbarie y a las atrocidades cometidas por el hombre contra el hombre y la humanidad. Esta gradual pero poderosa toma de conciencia de lo inadmisible por y para el ser humano se ha traducido en una humanización del derecho que se refleja, entre otras cosas, en los aspectos penales del derecho internacional.
- 2) Dentro de los principios que se han derivado de esta conciencia jurídica de la humanidad se encuentra el principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Así, en el estado actual del derecho internacional, del derecho de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y, sobre todo, del derecho internacional penal, se puede afirmar que —convencional, consuetudinario—

¹⁵⁷ *Ibidem*, considerando 5.

nariamente y como principio del derecho— se ha consagrado la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Por consecuencia, esta imprescriptibilidad surge, emana y se rige por el derecho internacional, *lato sensu*.

- 3) Las limitaciones o restricciones que el derecho interno puede prever para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, tales como la prescripción de la acción, no son admisibles frente a hechos constitutivos de crímenes internacionales, que se rigen por el derecho internacional, jerárquicamente superior a la normativa interna.
- 4) La normativa internacional en materia de violaciones graves a los derechos humanos hace referencia explícita a la obligación de perseguir, investigar y sancionar a los partícipes de crímenes internacionales y al deber del Estado de reparar, el cual constituye un principio fundamental y un concepto consustancial al derecho. Por consecuencia, la regla de la imprescriptibilidad rige tanto para las consecuencias civiles como para los aspectos penales derivados de un crimen internacional.
- 5) La idea de la seguridad jurídica —tal como se entiende en derecho estatal— tiende a sobrevalorarse y a entenderse de manera inarmónica según los principios de interpretación en derechos humanos. Según una interpretación coherente e integral del ordenamiento de los derechos humanos, la seguridad jurídica no es un principio absoluto, y en el enfrentamiento entre seguridad formal y justicia material debe triunfar esta última.
- 6) La jurisprudencia en foro doméstico ha tendido a reconocer la posibilidad de ejercer la acción civil reparatoria en casos de violaciones a los derechos humanos sin consideración al elemento de la prescripción, salvo en los casos chilenos resueltos por la Corte Suprema. En el foro nacional ha habido una clara división entre los principios y criterios aplicados —correctamente a nuestro juicio— por

las cortes de apelaciones y los razonamientos efectuados por la Corte Suprema. La razón fundamental de esta diferencia radica, a nuestro entender, en la ausencia de incorporación en los razonamientos jurídicos de la Corte Suprema de las normas y principios aplicables a hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos.

- 7) La falta o la denegación del derecho de las víctimas (o de sus familiares) de violaciones a los derechos humanos a una reparación integral constituye a su vez una infracción múltiple de dichos derechos, ya que implica atentar contra el derecho a una compensación adecuada, promueve la impunidad —tal como se ha explicado *supra*— e impide el acceso a la justicia (reparatoria).

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- ANDERSON-GOLD, Sharon, *Unnecessary Evil: History and Moral Progress in the Philosophy of Immanuel Kant*, Albany, State University of New York Press, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal y el Estado de derecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- BENADAVA, Santiago, *Derecho internacional público*, 7a. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 2001.
- BROWNLEE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1998.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1996.
- COMPLAK, Krystian, “Por una comprensión adecuada de la dignidad humana”, *Dikaion. Lo Justo*, año 19, núm. 14, 2005.
- DOUDOU, Thiam, *Cinquième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par le Rapporteur spécial*. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Par-

- tie II) - avec le Statut pour une cour criminelle internationale. Doc. A/CN.4/404 and Corr.1 and Corr. 2. Extrait de *l'Annuaire de la Commission du droit international*, 1987, vol. II (1), 17 de marzo de 1987.
- FRULLI, Micaela, "Are Crimes against Humanity more Serious than War Crimes?", *European Journal of International Law*, vol. 12 (2), 2001.
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, Yale University Press, 2a. ed., New Haven, 1969.
- GARAPON, Antoine, *La réparation de préjudices de l'histoire*, disponible en: http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/cycle_assurance_2007/29-11-2006/29-11-2007_garapon.pdf [visitado el 3 de mayo de 2008].
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, "Acerca del valor moral de la seguridad jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003.
- GILLARD, Emanuela-Chiara, "Reparations for Violations of International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, vol. 85, núm. 851, 2003.
- GREIFF, Pablo de, "Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, núm. 99, 2005.
- GROSSWALD CURRAN, Vivian, "The Politics of Memory / Erinnerungspolitik and the Use and Propriety of Law in the Process of Memory Construction", *Law and Critique*, vol. 14, 2003.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, "Crímenes internacionales y prescripción", en AMBOS, Kai et al. (ed.), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- HÄBERLE, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- JOINET, Louis, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), preparado de conformi-

dad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, Anexo II, *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.

KANT, Immanuel, *La religión dentro de los límites de la mera razón*, trad. de Felipe Martínez Marzoa, Madrid, Alianza Editorial, 1969.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994.

MAYER, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, trad. de la 2a. ed. por Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1937.

NAUCKE, Wolfgang, *Die Strafjuristische Privilegierung Staatsverstärkter Kriminalität*, Francfort/M., 1996.

LÖSING, Norbert, “Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002.

ORENTLICHER, Diane, *Informe de la experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, Adición, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Doc. N.U. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, “Las Naciones Unidas y la codificación del derecho internacional: aspectos jurídicos y políticos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos y QUEL LÓPEZ, Francisco Javier (coords.), *Las Naciones Unidas y el derecho internacional*, Barcelona, Ariel, 1997.

PIERRY ARRAU, Pedro, “Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, núm. 10, 2003.

RADBACH, Gustav, *El hombre en el derecho*, trad. de Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980.

REMIRO BROTÓNS, Antonio, *El caso Pinochet*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.

- RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo, “La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 6, julio de 2007.
- SCHACHTER, Oscar, “Human Dignity as a Normative Concept”, *AJIL*, núm. 77, 1983.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La nulidad de derecho público de los actores estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno”, *Revista Ius Publicum*, núm. 4.
- VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Santiago de Chile, 2006, Cuadernos del Tribunal Constitucional, núm. 31.
- VAN WEEZEL, Alex, “Inadmisibilidad de las ‘leyes interpretativas’ in *malam partem* en materia penal”, *Gaceta Jurídica*, núm. 323, 2007.
- ZAID, Mark S., “Will or Should the United States Ever Prosecute War Criminals?: A Need For Greater Expansion in the Areas of Both Criminal and Civil Liability”, *New Eng. L. Rev.*, núm. 35, invierno de 2001.
- ZEGVELD, Liesbeth, “Recursos jurisdiccionales para las víctimas del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 851, 2003, disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5Y8HKK> (visitado el 5 de mayo de 2008).