



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

DÍAZ TOLOSA, REGINA INGRID

EL RECONOCIMIENTO DEL IUS COGENS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Revista Chilena de Derecho, vol. 41, núm. 2, agosto-, 2014, pp. 555-587

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177032561007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# EL RECONOCIMIENTO DEL *IUS COGENS* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO\*

## *THE RECOGNITION OF THE *IUS COGENS* IN THE CHILEAN JURIDICAL SYSTEM*

REGINA INGRID DÍAZ TOLOSA\*\*

**RESUMEN:** Las normas internacionales de *ius cogens* como principios estructurales del Derecho internacional de origen consuetudinario se incorporan al ordenamiento jurídico chileno de manera automática. Sin embargo, este mecanismo no asegura la eficacia de la institución en su aplicación judicial interna. En efecto, existen tendencias jurisprudenciales que no consideran la imprescriptibilidad e inamnistiableidad como efectos propios de las normas de *ius cogens* derivados de su imperatividad, característica que le es intrínseca a su naturaleza.

**Palabras clave:** *Ius cogens*, ordenamiento jurídico chileno, aplicación interna de normas internacionales

**ABSTRACT:** The *ius cogens* norms like structural principles of the International Law with a customary origin enter to Chilean juridical system in an automatic way. Nevertheless, this mechanism does not assure the efficiency of the institution in its judicial internal application. In effect, there are jurisprudential trends that do not consider the non-applicability of statutory limitations as own effect of the *ius cogens* norms that derives from its peremptory character that is intrinsic to its nature.

**Key words:** *Ius cogens*, Chilean juridical system, domestic application of international norms

### 1. INTRODUCCIÓN

El uso de la expresión *ius cogens* surge en el Derecho de manera esfumada, afirmándose usualmente que la idea de normas imperativas que excluyen la voluntad de las partes ya estaba presente en el Derecho romano, pero más importante que determinar a cabalidad su primera aparición histórica, es advertir que su evolución posterior le ha permitido adquirir un cuerpo y contenido específicos en las distintas ramas de la Ciencia Jurídica.<sup>1</sup>

Así, es posible constatar que en el ámbito internacional, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, el concepto de normas de *ius cogens* aparece con caracteres propios en la terminología de la doctrina y jurisprudencia internacionales para referirse al orden inter-

\* Versión ejecutiva de las ideas principales desarrolladas en profundidad en la tesis doctoral del mismo título elaborada en el Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile para obtener el grado académico de Doctor en Derecho. Investigación financiada con la Beca de apoyo para realización de tesis doctoral, CONICYT 2009, folio n° 24090218.

\*\* Abogado, Licencia en Derecho, Magíster en Ciencia Jurídica y Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigadora del Observatorio Regional de Paz y Seguridad de la Dirección de Investigación y Relaciones Internacionales de la Universidad Bernardo O'Higgins. Correo electrónico: ridiaz@uc.cl.

<sup>1</sup> Cfr. GÓMEZ (2003) pp. 1-4, PUCEIRO (2005) p. 360, AGUILAR (2006) p. 121.

nacional y sus principios constitutivos fundamentales, coincidiendo con la decadencia de las concepciones contractualistas y voluntaristas del Derecho internacional (en adelante DI), y el nacimiento del DI moderno universalizado y socializado. Luego, a mediados del siglo XX, el *ius cogens* es reconocido a nivel positivo, al quedar plasmado como una causal de nulidad de los tratados en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT), el convenir cuestiones contrarias a normas de derecho internacional general. Sin embargo, con el desarrollo posterior del DI, el *ius cogens* trasciende la esfera del Derecho de los Tratados, especialmente luego de las atrocidades sufridas en las guerras mundiales, pues ello intensifica la idea de la existencia de bases fundamentales comunes a los Estados civilizados y el convencimiento de que el Derecho no puede consistir en un ordenamiento estructurado formalmente sin considerar el contenido de sus normas.<sup>2</sup>

En la doctrina internacional, para explicar este fenómeno, los autores asimilan al *ius cogens* con el derecho natural<sup>3</sup>, el orden público internacional<sup>4</sup>, o el “Derecho Constitucional” del DI<sup>5</sup>. Mientras que la jurisprudencia internacional ha reconocido expresamente que en la actualidad el *ius cogens* ha alcanzado el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional, lo cual revela una gradual emergencia de un derecho internacional universal que asegura los intereses y valores más fundamentales de la comunidad internacional como un todo<sup>6</sup>. Además, se desarrolla y aplica especialmente en ciertos sectores del DI, tales como el DI de los derechos humanos (en adelante DDHH), el Derecho internacional humanitario (en adelante DIH) y el Derecho internacional penal (en adelante DIPEN). También destaca la manifestación que ha tenido en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, pues en esta área se revela su real, amplia y profunda dimensión: el *ius cogens* no depende del consentimiento de los Estados, por tanto no se puede acudir a artificios para violar este tipo de normas y su transgresión acarrea como consecuencia una responsabilidad internacional agravada.<sup>7</sup>

Una vez que se admite la existencia de las normas de *ius cogens*, es ineludible la pregunta acerca de cuáles son las normas que tienen este carácter. Al respecto, cabe hacer notar, que las normas de *ius cogens* específicas reconocidas como tal no constituyen un listado taxativo, pues su plena identificación depende del proceso de aceptación y declaración que de ellas haga la comunidad internacional y sin perjuicio de la determinación que actualmente exista, pues no obsta a que en el futuro se desarrollem otras normas que cumplan con los criterios que definen a las normas imperativas de derecho internacional general.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Cfr. PUCEIRO (2005) pp. 360-363, CANÇADO (2012) p. 9.

<sup>3</sup> Cfr. DUBOIS (2009) p. 148.

<sup>4</sup> Cfr. ORAKHELASHVILI (2012) p. 865.

<sup>5</sup> Idea proveniente de la ponencia de PASTOR RIDRUEJO en el IX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de DI en Lisboa el año 1972, titulada *La determinación del contenido del ius cogens*.

<sup>6</sup> Cfr. *v.g.* opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CtIDH): Opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (2003) pár. 4, 99-101 y 110, Opinión consultiva sobre el artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (2009) pár. 54.

<sup>7</sup> Cfr. CARRILLO (2008) p. 370.

<sup>8</sup> Cfr. CRAWFORD (2004) p. 294.

Actualmente, se ha reconocido por la doctrina y jurisprudencia internacionales que tienen carácter de *ius cogens* la prohibición del uso o amenaza de la fuerza<sup>9</sup>; la prohibición de la piratería<sup>10</sup>; la prohibición de crímenes de lesa humanidad: tortura<sup>11</sup>, genocidio<sup>12</sup>, *apartheid*<sup>13</sup>, desaparición forzada de personas<sup>14</sup>; la prohibición de la esclavitud<sup>15</sup>; la libre determinación de los pueblos<sup>16</sup>; y, ciertos principios fundamentales del DI: principio de humanidad<sup>17</sup> y principio *pacta sunt servanda*<sup>18</sup>.

El año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CtIDH) falló en contra de Chile en el *Caso Almonacid*. Uno de los considerandos de la sentencia indica que aun cuando la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (en adelante CICGLH) no se encuentre ratificada por Chile, la imprescriptibilidad de este tipo de conductas debe ser reconocida y aplicada por nuestros tribunales por ser una norma de *ius cogens*.<sup>19</sup> Entonces, nos preguntamos ¿por qué nuestro ordenamiento jurídico debe incorporar, aplicar y reconocer los efectos de este tipo de normas?

A continuación se presentan los resultados del estudio en dos partes. La primera se refiere a los fundamentos existentes para admitir la incorporación del *ius cogens* al ordenamiento jurídico chileno, sin embargo es pertinente de forma previa referirse a la noción de *ius cogens* pues crucial se torna determinar si es una fuente nueva del DI que acarrea formas de incorporación al derecho interno particulares, o solo es una categoría especial de normas que puede plasmarse en cualquier fuente formal del DI ya conocidas, respecto de las cuales ya existen mecanismos de incorporación establecidos. Al respecto se sostiene que el mecanismo de incorporación de estas normas internacionales es automático, pues el *ius cogens* es una fuente material del DI de origen consuetudinario. Luego, la segunda parte se centra en las consecuencias que se producen con la aplicación judicial del *ius cogens* en el ámbito nacional. En esta materia se considera que nuestros tribunales no reconocen plenamente los

<sup>9</sup> Cfr. GÓMEZ (2003) p. 20, CRAWFORD (2004) pp. 232 y 293, PUCEIRO (2005) p. 378, LEPARD (2010) p. 248, Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ): *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (1986) pár. 190, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion)* (2010) pár. 81.

<sup>10</sup> Véase *v.g.* PUCEIRO (2005) p. 378, DUBOIS (2009) pp. 135 y 160.

<sup>11</sup> Véase *v.g.* CRAWFORD (2004) pp. 232 y 294, DUBOIS (2009) p. 160, CANÇADO (2012) p. 5, entre otros.

<sup>12</sup> Véase *v.g.* CRAWFORD (2004) pp. 232 y 293, PUCEIRO (2005) p. 379, DUBOIS (2009) pp. 135 y 160, LEPARD (2010) p. 249, CIJ, *Reservations to the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide* (1951) p. 23.

<sup>13</sup> Cfr. CRAWFORD (2004) pp. 232 y 293, DUBOIS (2009) p. 160, LEPARD (2010) p. 249, entre otros.

<sup>14</sup> Véase *v.g.* MURPHY (2006) p. 82, CtIDH: *Caso La Cantuta* (2006) pár. 157, *Caso Tiu Tojín* (2008) pár. 91, *Caso Gómez y otros* (2010) pár. 105 y 137, *Caso Gelman* (2011) pár. 75, 99, 183.

<sup>15</sup> Véase *v.g.* CRAWFORD (2004) pp. 232 y 293, PUCEIRO (2005) p. 379, DUBOIS (2009) pp. 135 y 160.

<sup>16</sup> Cfr. *v.g.* CRAWFORD (2004) p. 294, PUCEIRO (2005) p. 378, DUBOIS (2009) p. 160, LEPARD (2010) p. 250, CIJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (1950) pp. 70 y 71.

<sup>17</sup> Cfr. CRAWFORD (2004) p. 294, DUBOIS (2009) p. 160, entre otros.

<sup>18</sup> Cfr. PUCEIRO (2005) p. 376, DUBOIS (2009) p. 160, entre otros.

<sup>19</sup> *Caso Almonacid* (2006) párs. 152 y 153.

efectos propios de la aplicación de estas normas internacionales, en especial su imprescriptibilidad e inamnistiabledad, consecuencias derivadas de su carácter de imperativas.

## 2. FUNDAMENTOS DE INCORPORACIÓN DEL *IUS COGENS* AL ORDEN INTERNO CHILENO

### 2.1. LA NOCIÓN DE *IUS COGENS*

En un análisis preliminar del marco teórico necesario para dilucidar la noción de *ius cogens* se constata que numerosas fuentes doctrinarias y jurisprudenciales internacionales se refieren al *ius cogens*, lo cual no se ha reproducido con la misma intensidad y extensión en Chile. Juristas, jueces y parlamentarios chilenos, sobre todo en materias de DDHH y de DIPEN, incorporan en su lenguaje la expresión *ius cogens*, sin embargo, de su lectura, no se puede desprender con claridad y exactitud qué es el *ius cogens*, pues existe cierta confusión en el uso de los términos, por ejemplo, las palabras que usualmente acompañan a la expresión *ius cogens*, separadas de comas, son la **costumbre internacional** o los **principios generales del DI**, como si fueran expresiones sinónimas o que el *ius cogens* sería otra fuente más del DI. Entre la doctrina y la jurisprudencia chilenas no existe una postura clara y unánime, por tanto se trata de un aspecto que requiere ser despejado en una fase anterior al análisis de los fundamentos de su incorporación al ordenamiento jurídico chileno, pues si se considera al *ius cogens* como una nueva fuente del DI, quizás ello implique la existencia de un mecanismo particular de introducción al ordenamiento interno; al contrario, si no se trata de una nueva fuente, seguirán vigentes los mecanismos hoy existentes para la incorporación de las diversas fuentes formales del DI, tanto consuetudinario como convencional.

#### 2.1.1. *El concepto de ius cogens en la doctrina chilena*

En Chile, la literatura acerca de la naturaleza jurídica del *ius cogens* es escasa, sin embargo, se hacen referencias a la institución, ya sea por el estudio de la CVDT de 1969, o a propósito del reconocimiento de los derechos humanos, o por el análisis específico de crímenes internacionales que tienen carácter de *ius cogens*, o bien, de forma aún más indirecta, por el estudio de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

Así, por ejemplo, el profesor Benadava incluye al *ius cogens* en su libro *Derecho Internacional Público*, solo a propósito de la nulidad de los tratados, y las explica como aquellas normas que reflejan valores de importancia fundamental para la humanidad y que han sido así reconocidas por la comunidad de los Estados.<sup>20</sup> En definitiva reproduce la definición del artículo 53 de la CVDT, no contiene indicios de la teoría de la jerarquía normativa, y si se confronta con la definición dada de los principios generales del derecho, en esta misma obra<sup>21</sup>, la única diferencia patente entre estos y las normas de *ius cogens*, sería la imperatividad de estas últimas.

<sup>20</sup> BENADAVA (2004) p. 58.

<sup>21</sup> De acuerdo a BENADAVA (2004) p. 29, los principios generales del derecho designan a aquellos principios fundamentales comunes a los sistemas jurídicos de los diversos Estados.

Por su parte, Troncoso investiga acerca de los derechos humanos como normas de *ius cogens*, y en la primera parte de su artículo entrega un concepto y las características fundamentales del *ius cogens*. Inicia su exposición con énfasis en que esta institución reintroduce la discusión de la existencia de normas básicas y superiores a la voluntad de los sujetos, la cual ya estaba presente en los debates entre iusnaturalistas y positivistas, y la tendencia de relacionar estas normas al concepto de orden público del derecho interno. Además, destaca que la característica de la imperatividad de estas normas se debe a la naturaleza de su objeto y no por el hecho de no admitir acuerdo en contrario; la esencia del *ius cogens* es ser un conjunto de valores muypreciados para la humanidad, por eso son superiores, y la consecuencia de ello es que limita la voluntad de los Estados.<sup>22</sup>

En el ámbito del DIPEN, Arrau, en su estudio realizado como un aporte al debate sobre el proyecto de ley que penaliza conductas de genocidio y crímenes de lesa humanidad y de guerra<sup>23</sup>, destaca la admisión de la existencia del *ius cogens* como un orden público de la comunidad internacional constituido por principios absolutos.<sup>24</sup> En el mismo sentido, y caracterizando a los principios que reflejan los valores superiores y fundamentales de la humanidad como estructurales, se pronuncia Aguilar a propósito de su investigación acerca del reconocimiento jurisprudencial de la tortura y la desaparición forzada de personas como normas de *ius cogens*.<sup>25</sup>

Finalmente, otros autores nacionales que dedican algunas palabras al *ius cogens* a propósito de la incorporación de las normas internacionales al derecho interno, lo entienden como normas jerárquicamente superiores, pero no indagan en su naturaleza jurídica<sup>26</sup>, o bien lo asimilan plenamente, al derecho internacional consuetudinario o a los principios generales del derecho, o a ambos.<sup>27</sup>

### 2.1.2. *El concepto de ius cogens en la jurisprudencia chilena*

Del análisis de sentencias judiciales nacionales se vislumbra una falta de precisión en el uso del término *ius cogens*, confusión o poca claridad en cuanto al significado y contenido de la institución, aunque se percibe la idea de primacía de esta categoría de normas fundamentales del DI en el orden interno.

En la Corte Suprema (en adelante CS) se ha entendido al *ius cogens* como normas especiales del DI que son vinculantes y perentorias para las autoridades nacionales, sin embargo, no se explica el porqué del fenómeno, ni se señala con precisión qué son. Pareciera que en su opinión se asimilan a los principios de DI o al derecho consuetudinario. En efecto, en algunos fallos se afirma la existencia de principios de DI que se han convertido en *ius cogens*, mientras que en otros, si bien se lo concibe como dogmas estructurales del orden

<sup>22</sup> TRONCOSO (1984) pp. 72-82.

<sup>23</sup> Ingresado 7 abril 2004, Boletín n° 3493-07.

<sup>24</sup> ARRAU (2005) p. 4.

<sup>25</sup> Cfr. AGUILAR (2006) pp. 118, 119, 123.

<sup>26</sup> Véase *v.g.* PINOCHET (1990) p. 12.

<sup>27</sup> Véase *v.g.* GAETE (1996) pp. 259, 261 y 266, CEA (1997) pp. 82-84.

internacional reflejo de valores fundamentales, luego se indica que es derecho consuetudinario.<sup>28</sup>

Por su parte, en la Corte de Apelaciones de Santiago las opiniones de los ministros son variadas: el *ius cogens* se entiende como sinónimo de derecho internacional consuetudinario<sup>29</sup>, como derecho internacional general<sup>30</sup>, como principios generales de derecho internacional<sup>31</sup>, e incluso, algunos lo circunscriben a una esfera más restringida; solo como principios generales del derecho penal internacional<sup>32</sup>.

En síntesis, la jurisprudencia nacional ha vislumbrado que las normas de *ius cogens* pueden tener carácter de derecho convencional o de derecho consuetudinario (inclusa en esta categoría, los principios generales del derecho internacional), pero no se refiere a ellas como fuentes particulares del Derecho internacional.

### *2.1.3. Las normas de *ius cogens* como fuente material del Derecho internacional*

Creemos que la aparente confusión que existe en la jurisprudencia chilena entre norma de *ius cogens* y derecho internacional consuetudinario, o su tratamiento como sinónimo, es debido a que las normas de *ius cogens* específicas se originaron y se reconocieron por años en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, en otras palabras, por ser una costumbre arraigada en las naciones civilizadas.<sup>33</sup>

Sin embargo, que el origen o proceso de creación de una norma de *ius cogens* sea tildado de consuetudinario no significa que sean solo meras costumbres internacionales, en su esencia dado que su fundamento de existencia es la protección de valores fundamentales reconocidos como tales por la comunidad internacional en su conjunto, las normas de *ius cogens* son principios propios del DI<sup>34</sup>, aquellos peculiares o distintivos del ordenamiento

<sup>28</sup> Véase *v.g.* CS: *Contra Flores y otro (Caso Molco)* (2006, rol n° 559-2004) considerando 19°, *Contra Pinto (Caso Chena)* (2007, rol n° 3125-2004) considerando 31° y 32 de la sentencia de casación y considerando 14° de la sentencia de reemplazo.

<sup>29</sup> Véase *v.g.* CAS: *Contra Burgos y otros* (2006, rol n° 24471-2005) considerando 18°, *Contra Pinochet y otros* (2007, rol n° 6083-2006) considerando 5°.

<sup>30</sup> Véase *v.g.* CAS: *Reyes y otros con Fisco* (2007, rol n° 3508-2002) considerando 2°, *Valencia con Fisco de Chile* (2007, rol n° 3595-2002) considerando 2°.

<sup>31</sup> Véase *v.g.* CAS: *Contra Burgos y otros* (2006, rol n° 24471-2005) considerando 15° a 17°, *Contra Pinochet y otros* (2007, rol n° 6083-2006) considerando 11°.

<sup>32</sup> Véase *v.g.* CAS: *Quiñones con Fisco de Chile* (2010, rol n° 7816-2009) considerando 10, *Ortiz con Fisco de Chile* (2009, rol n° 7985-2007) considerando 8°, *Antoine con Fisco de Chile* (2008, rol n° 217-2005) considerando 9°.

<sup>33</sup> Se estima que la norma de *ius cogens* es de origen consuetudinario, porque pertenecen al ámbito del derecho internacional general cuyas normas tienen carácter de derecho consuetudinario (Cfr. ANZILOTTI (1935) pp. 81-83, KELSEN (1965) pp. 131 y 161, VERDROSS (1976) p. 113, CONFORTI (1995) pp. 16, 17, 49 y 55, VARGAS (2007) pp. 20 y 21); porque la costumbre internacional es la fuente más antigua del DI y acorde a la descentralización del sistema internacional (Cfr. ANZILOTTI (1935) p. 67, KELSEN (1965) p. 260, VERDROSS (1976) p. 124, LLANOS (2009) p. 488, SCHLÜTTER (2010) p. 1); y, porque la jurisprudencia ha aseverado que el *ius cogens* forma parte del DI consuetudinario (Cfr. *v.g.* CIJ, *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (1986) pár. 190).

<sup>34</sup> Se ha de considerar que los **principios** en el DI pueden ser entendidos al menos de dos formas diversas, categorías que no pueden confundirse entre sí: principios generales del DI reconocidos por las naciones civilizadas y principios propios del DI. Los principios generales del DI reconocidos por las naciones civilizadas –referidos

jurídico internacional, reglas consuetudinarias que forman parte del derecho internacional general, esenciales a la estructura de la comunidad y que se imponen a los Estados con carácter de necesidad, por tanto siendo principios inherentes al sistema jurídico internacional pueden ser identificados a través de un proceso de generalización e inducción a partir de las características principales del mismo sistema.<sup>35</sup> Por tanto, lo más correcto sería referirse al *ius cogens* con la expresión **principios de *ius cogens***<sup>36</sup>, pues son normas que expresan valores básicos o esenciales del ordenamiento internacional que han sido aprehendidos por la comunidad de Estados en su conjunto con la convicción de obligatoriedad de su respeto y protección.<sup>37</sup> Este fundamento axiológico trasunto en las normas de *ius cogens* es tan connatural a su esencia que incluso pareciera que el *ius cogens* no se configura a partir de un

---

en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia— son aquellos comunes a los diversos derechos internos de los Estados, los cuales pueden ser identificados a través de un análisis comparativo profundo de los sistemas jurídicos del mundo más representativos y operan en el razonamiento judicial como fuente subsidiaria para la interpretación o aplicación de una norma internacional, en cuanto reinterpretan elementos esenciales a la idea del Derecho o generalizaciones de categorías jurídicas, v.g. el principio del abuso del derecho y el de la buena fe, el principio de que la violación de una obligación origina el deber de indemnizar, el principio de la cosa juzgada, etc. Su invocación permite llenar las lagunas del DI, reforzar las motivaciones de las sentencias o de las opiniones consultivas, y controlar o limitar la libertad de acción de los Estados. Cfr. VALENCIA (2007) p. 74, LLANOS (2009) pp. 560-563.

<sup>35</sup> Cfr. Conforme a VALENCIA (2007) p. 74, estos se encuentran enumerados en la CONU. De acuerdo a LLANOS (2009) pp. 553-560 son los aplicables específicamente a las relaciones entre los Estados, a problemas propios de la comunidad internacional y que no existen en el derecho interno, v.g. principios generales referentes a las relaciones entre diferentes ordenamientos jurídicos (principio de la primacía del tratado internacional sobre la ley interna), principios generales relativos al ejercicio de las competencias estatales (principio de la continuidad del Estado, principio de la independencia del Estado), principios generales relativos a la responsabilidad internacional (la indemnización debe apreciarse a la fecha de realización efectiva del daño, agotamiento de los recursos internos), principios generales relativos a la condición de la guerra en el mar, principio de igualdad jurídica de los Estados, principio del arreglo pacífico de las controversias, principio de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, principio de la legítima defensa, principio del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, principio de no intervención, principio de la libre determinación de los pueblos.

<sup>36</sup> Tal como lo hacen v.g. las siguientes sentencias de la CS: *Lejderman con Polanco y otros* (2009, rol n° 696-2008) considerando 10°, *Contra Barría y otros* (2007, rol n° 1489-2007) considerando 9°, *Contreras con Ruiz y otros* (2007, rol n° 6188-2006) considerando 29°. Por su parte, la doctrina chilena suele referirse a “los principios de *ius cogens* v.g. CEA (1997) pp. 83 y 84, afirma que el derecho internacional no convencional llamado *ius cogens* son principios de jerarquía constitucional, e incluso supraconstitucional, pues un Estado no puede invocar ninguna razón legítima para atropellar el principio de la buena fe, el cumplimiento de los tratados y tantos otros principios de *ius cogens* que son fundamentales en una convivencia civilizada; NOGUEIRA (2000) p. 179 indica que la CVDT reconoce la existencia de normas imperativas de derecho internacional general respecto de principios e intereses vitales para la existencia misma de la sociedad internacional; más tarde, en otro artículo, NOGUEIRA (2003) p. 411, señala que el DI asegura derechos esenciales o humanos a través de los principios de *ius cogens*; AGUILAR (2006) p. 123 se refiere a las normas de *ius cogens* como aquel núcleo de principios que reflejan valores superiores para la humanidad, definiéndolas como aquellos principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter imperativo, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad.

<sup>37</sup> Cfr. GALINSOGA (2005) p. 648, VALENCIA (2007) p. 75. CANÇADO, en su voto separado, párs. 52 a 58, en CtIDH, Opinión Consultiva n° 18 (2003, serie A n° 18), refiere a los principios generales del derecho como principios materiales que revelan la dimensión axiológica de las normas de *ius cogens*. También véase v.g. fallos nacionales que aluden a la moral pública y a la conciencia de la humanidad, CS: *Lagos y otros con Guerra y otro* (2008, rol n° 4662-2007) considerando 48, *Contra Gómez* (2008, rol n° 1528-2006) considerandos 30 y 31.

proceso de creación típico de costumbre internacional, en cuanto existe menos énfasis en la práctica estatal y más en las nociones de moralidad universal y de justicia.

Del análisis pormenorizado de las normas específicas de *ius cogens* hoy reconocidas como tales se deduce que los valores esenciales del ordenamiento internacional que establecen los límites dentro de los cuales se deben desarrollar y ejercer las actividades y comportamientos de los sujetos del DI y sin los cuales la comunidad internacional no podría subsistir son la paz y seguridad internacionales, de una parte, y la dignidad de la persona humana, de otra.<sup>38</sup> Al respecto, no se ha de olvidar que tras las guerras mundiales, estos valores se ven impulsados en el orden internacional, introduciéndose una dimensión ética a las relaciones jurídicas internacionales y que las normas de *ius cogens* expresan en términos jurídicos estas aspiraciones.<sup>39</sup> Así, este sustrato ético infunde la convicción de la necesidad de respeto irrestricto de las obligaciones que emanen de estas normas, constituyéndose en una limitación que se impone a la soberanía de los Estados, pues no pueden soslayarlas bajo pretexto alguno, incluyéndose falta de consentimiento, vínculo convencional, reserva u objeción persistente.

En consecuencia, el *ius cogens* no es una fuente formal nueva del DI, superordenada al resto, sino una cualidad extrínseca adicionada a algunas normas que les otorga una naturaleza especial, en cuanto imperativas, absolutas, necesarias e indisponibles por los Estados en virtud de su contenido valórico común a los distintos sistemas jurídicos del orbe.<sup>40</sup> Por tanto, en definitiva, el procedimiento de “creación” de una norma de *ius cogens*, consta de dos elementos: el reconocimiento de ciertos valores y la formación de una conciencia de la necesidad de su protección.<sup>41</sup>

Quizás, si se exacerbaba su contenido valórico y su naturaleza de principio se podría llegar a afirmar que el *ius cogens* por esta razón conforma una nueva fuente del Derecho, pues sería un cuerpo autónomo de reglas superiores, independiente de cualquier fuente tradicional de DI; fuente de naturaleza autónoma que se explicaría por factores extrapositivos tales como la moralidad y la humanidad y su relación con los intereses trascendentales de la comunidad.<sup>42</sup> Pero, en realidad, las normas de *ius cogens* pueden revestir forma de cualquiera de las fuentes formales ya conocidas, de ahí que sea posible confundirlas o identificarlas fácilmente con cualquiera de ellas, pueden ser identificadas con los tratados internacionales al estar recogidas expresamente en ellos, pues pueden confundirse con la costumbre internacional por tener todas ellas un origen consuetudinario, y pueden ser expresión de principios generales del derecho por su contenido altamente valórico que las erige como pautas necesarias inspiradoras del derecho normativo.

El establecimiento de una norma como de *ius cogens* es un proceso declarativo de su carácter perentorio, mas no constitutivo de una nueva norma de derecho internacional; no es una proceso de creación de una nueva fuente del DI en el sentido de producir la norma

<sup>38</sup> Cfr. BASSIOUNI (1996) pp. 69 y 70, DRNAS (2002) p. 12, GALINSOGA (2005) p. 648, VALENCIA (2007) p. 75.

<sup>39</sup> Cfr. ACOSTA (1995) p. 6, MURPHY (2006) p. 82, VALENCIA (2007) pp. 77 y 78, LEPARD (2010) p. 140.

<sup>40</sup> Cfr. DRNAS (2002) p. 12, AGUILAR (2006) p. 12.

<sup>41</sup> Cfr. BARBERIS (1970) p. 44 y 45, BASSIOUNI (1996) p. 68.

<sup>42</sup> Cfr. v.g. ORAKHELASHVILI (2006) pp. 108-111.

internacional, sino un proceso de reconocimiento del carácter perentorio de una norma internacional ya existente, por lo que el *ius cogens* sí constituye una fuente, pero material no formal, es decir, fuente entendida como manifestación, formulación, expresión o constatación de normas internacionales previamente existentes, con el reconocimiento y aceptación de su perentoriedad.<sup>43</sup>

El entendimiento del *ius cogens* como fuente material del DI implica que su fuerza obligatoria emana de su contenido y no por ser una fuente formal del DI “de la más alta jerarquía”, lo cual trae como consecuencia su incorporación automática en los ordenamientos jurídicos internos, pues siendo el *ius cogens* solo una categoría especial de normas que atraviesa todo el sistema de fuentes formales del DI –en el sentido que puede constituir cualquier tipo de fuente de las reconocidas tradicionalmente–, y no una fuente formal nueva, no se genera un mecanismo de incorporación al derecho interno particular, sino que seguirá operando aquel utilizado para el tipo de fuente formal que recoge o da soporte a la norma específica de *ius cogens*, y en última instancia, por el origen consuetudinario del *ius cogens*, y por ser norma de derecho internacional general se incorporará siempre al derecho nacional de forma automática, pues como lo expresara Blackstone “el derecho de gentes forma parte del derecho nacional”.<sup>44</sup>

## 2.2. FUNDAMENTOS DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL *IUS COGENS* EN CHILE

### 2.2.1. Incorporación automática de las normas de *ius cogens* al ordenamiento jurídico chileno

Al no ser el *ius cogens* una nueva fuente formal del DI, sino una material de origen consuetudinario y de naturaleza de principio, se constata que el mecanismo de incorporación al orden interno chileno no varía respecto de aquel que usualmente se utiliza, esto es, tratándose de fuentes del derecho internacional consuetudinario por incorporación automática conforme a una costumbre judicial arraigada desde inicios de nuestra República.<sup>45</sup>

Sin embargo, es frecuente que los principios de *ius cogens* sean consagrados en tratados internacionales, por lo que aunque siempre sea posible su incorporación mediante el mecanismo utilizado para las normas del derecho internacional consuetudinario, tratándose de instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile que contienen normas específicas de *ius cogens* o desarrollan una norma de *ius cogens* en particular, el reconocimiento y aplicación por parte de los tribunales de justicia es facilitado, pues es imposible negar o desconocer la obligatoriedad de un tratado que ha sido incorporado al ordenamiento doméstico por disposición de los órganos políticos competentes de acuerdo a los procedimientos establecidos en el propio orden jurídico, y aunque no se señale expresamente en la Constitución el mecanismo de incorporación se entiende procede en virtud de lo prescrito en el artículo 5 inciso 2º. Se ha de destacar que en la comisión que propone el texto de la reforma constitucional de 1989, en la que se incorpora esta disposición a la Carta Funda-

<sup>43</sup> Véase SCHLÜTTER (2010) pp. 11 y 12.

<sup>44</sup> Cfr. v.g. BELLO (1873) p. 19, LLANOS (2011) p. 25.

<sup>45</sup> Cfr. VARGAS (2007) pp. 211-214, LLANOS (2011) pp. 91-95.

mental, se discutió acerca de la alusión expresa de la incorporación de las normas de *ius cogens*, lo cual se consideró innecesario, pues se entendía que la normas de *ius cogens* eran aplicables en Chile en el marco de la obligación de respeto y promoción de los derechos fundamentales que pesa sobre los órganos del Estado y que se incorporan al ordenamiento jurídico interno de forma automática y son de aplicación inmediata por parte del poder judicial, pues forman parte de la constitución material y adquieren plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlas y debiendo todos ellos respetarlas y promoverlas.

También se ha de advertir que la fuente que le da soporte a la norma de *ius cogens* tiene solo una importancia relativa, pues determina algunos de los fundamentos de aplicación de las normas específicas de *ius cogens*, pero no es el único factor a considerar; también importa la temática o área específica del DI en el cual se circunscribe la norma de *ius cogens*, y el considerar los principios generales concernientes a la aplicación del DI en general.

### *2.2.2. Fundamentos específicos referentes a la incorporación de las normas de *ius cogens* pertenecientes al ámbito de los derechos humanos*

Así, es relevante considerar en el campo de los DDHH que Chile es un Estado miembro activo de la comunidad internacional e integrante de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos promovidos por las organizaciones internacionales de las Naciones Unidas y de los Estados Americanos, los cuales ponen de manifiesto la preocupación mundial por la paz y seguridad internacionales y la dignidad humana.

Chile es Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas desde el 24 de octubre de 1945. La Carta de las Naciones Unidas (en adelante CONU) establece para los Estados miembros del sistema universal de protección de los derechos humanos la obligación de un compromiso real y obligatorio con la promoción y protección de los derechos humanos, a través de sus artículos 55 y 56, al disponer que “todos los miembros se comprometen a realizar acciones conjuntas o por separado, en cooperación con la Organización”, para alcanzar el propósito “de respeto universal y observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión”. Así, los Estados firmantes de la Carta han reconocido que los derechos humanos son un tema de interés internacional y dejan de pertenecer exclusivamente a las jurisdicciones nacionales.<sup>46</sup> Por tanto se refuerza la obligación de Chile de aplicar las normas de *ius cogens* y sus principios fundantes, en el ámbito de los DDHH. Además se previene que Chile ha ratificado, en el ámbito del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, los siguientes instrumentos que tratan en específico sobre normas de *ius cogens*, u otros generales que incluyen en parte de sus disposiciones referencias a normas de este tipo: Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP), Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante CTONU), Protocolo adicional a la CTONU, Protocolo para prevenir, reprimir y

<sup>46</sup> Cfr. ALBÁR (2008) pp. 34 – 36.

sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Roma (en adelante ETPI).

Por su parte, en el ámbito americano, Chile es Estado miembro de la Organización de Estados Americanos al firmar su Carta el 30 de abril de 1948, y luego ratificarla en mayo de 1953. Se destaca la aprobación en 1948 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre y la ratificación de la Convención americana sobre derechos humanos (en adelante CADH) en agosto de 1990, obligándose a respetar y cumplir con lo en ella pactado, además de aceptar en el mismo documento de ratificación de la Convención, la jurisdicción de la CtIDH. También destacan la ratificación de tratados sobre normas específicas de *ius cogens*, tales como la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Siendo así las cosas, el Estado no podría sustraerse del cumplimiento de las normas de *ius cogens* que protegen los intereses de la humanidad, pues recibiría el repudio del resto de la comunidad internacional; Chile al ser parte de los sistemas universal y regional americano de protección de los derechos humanos y ha quedado jurídicamente obligado por su propia voluntad a todas sus normas, incluyendo aquellas que tienen carácter imperativo como el *ius cogens*. Pues el haber entrado el Estado de Chile voluntariamente a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos implicó emprender un camino sin retorno, al comprometerse con normas irreversibles como son las referentes al aseguramiento de los derechos esenciales del hombre, lo que exige de todos los miembros del Estado, conciencia y seriedad en la toma de sus decisiones. Así pues, sostenemos que la norma de *ius cogens* este escrita en un tratado y este se encuentre vigente facilita la argumentación en favor del reconocimiento de la misma, pero si no lo está, quedan a salvo las características de obligatoriedad y universalidad del *ius cogens*, y será menester argüir a favor de su inclusión interna con un discurso coherente con el compromiso que Chile ha adquirido con la comunidad internacional al ser Estado parte de estos importantes sistemas internacionales.

Asimismo, se debe tener en consideración que el valor protegido por las normas de *ius cogens* en esta esfera es la dignidad humana, cuestión coincidente en el ámbito internacional y nacional. Paulatinamente a nivel de derecho internacional convencional ha quedado plasmada la importancia de la dignidad humana como fundamento de validez y apoyo del carácter obligatorio de normas específicas de *ius cogens* en este ámbito, entre los cuales destacan aquellas que prohíben los crímenes de lesa de humanidad y las dictadas en complemento, en cuanto instan a la persecución y castigo de los culpables de haber cometido estos graves y condenables ilícitos, tales como: la prohibición de la tortura, la prohibición del genocidio, la prohibición del *apartheid*, la prohibición de la desaparición forzada de personas, la prohibición de la esclavitud y la trata de personas, las normas consuetudinarias y los principios fundamentales del DIH –especialmente, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (en adelante CG)–, y la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. También, indirectamente protegen la dignidad humana, aquellas normas de *ius cogens* cuyo fundamento de validez es la paz y seguridad internacionales, pues evidentemente en caso de conflicto armado la dignidad de las personas se expone a ser

atropellada fácilmente, entre ellas se han mencionar la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, la prohibición de la piratería, el desarme.<sup>47</sup>

### *2.2.3. Argumentos complementarios acerca de la obligatoriedad de las normas de *ius cogens* en el orden interno*

Por último, existen otros fundamentos más generales, que tienen aplicación respecto de toda norma del DI, incluyendo a las de carácter *ius cogens*, y que permiten potenciar o reforzar a los otros argumentos ya referidos. Estos son el cumplimiento de buena fe de las normas internacionales, la imposibilidad de excusarse de las obligaciones internacionales debido a las disposiciones de derecho interno y al seguimiento nacional de la jurisprudencia internacional.

El principio *pacta sunt servanda* es una norma de origen consuetudinario que constituye un pilar fundamental del DI, considerada una regla de valor objetivo derivada de la idea misma de justicia; ni los acuerdos internacionales ni los derechos internos pueden condicionarlo, respecto a este principio solo caben dos actitudes, respetarlo o violarlo. De acuerdo al artículo 26 de la CVDT consiste en que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", y aunque reconocida a nivel positivo como una norma básica del Derecho de los Tratados, hoy trasciende este ámbito, pues se entiende que a fin de lograr la estabilidad de las relaciones entre los Estados, estos han de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales, no solo aquellas emanadas de convenciones, sino también las que tienen su origen en el Derecho internacional común o general. Por tanto, si la buena fe se entiende en el ámbito del Derecho de los Tratados como que el tratado en cuestión obliga a las partes no solo a lo que expresamente se estipula, sino también a lo que mejor conviene al contrato y a la intención común de las partes contratantes, es decir, al espíritu de los convenios; en un el ámbito del derecho internacional general se entiende que los Estados deben abstenerse de realizar actos para frustrar el objeto y el propósito del DI y deben comportarse de manera que los objetivos que se persiguen puedan ser satisfechos, es decir, el principio supone la obligación de los Estados de asegurar una aplicación efectiva del DI.<sup>48</sup>

Esta consideración, acerca del cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales cualquiera sea su fuente, aplicada a la teoría del *ius cogens* implica que los Estados han de actuar de manera consecuente con las normas de este tipo y las obligaciones que de ellas surgen y no pueden unilateralmente desconocer este plexo de normas imperativas del DI, modificarlas o no darles implementación, ya sea omitiéndolas por entero o prefiriendo otras normas que estén en contradicción con ellas o que frustren su propósito. Al contrario, los Estados debieran asegurar la aplicación de estas normas universales, adoptando medidas necesarias para posibilitar su utilización en los órdenes internos, pues si actúan de mala fe, son incongruentes en su actuar y realmente no tienen la intención de obligarse al com-

<sup>47</sup> Véase *v.g.* Preámbulo y artículo 1 de la Declaración universal de derechos humanos, preámbulo de la CONU, preámbulo y artículo 10 n°1 del PIDCP, artículos 5 y 6 de la CADH, artículo 24 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, preámbulo de la CTONU.

<sup>48</sup> Cfr. CONFORTI (1995) p. 17, BENADAVA (2004) p. 180.

prometerse con las normas internacionales preferible sería que no asumieran compromiso internacional alguno.<sup>49</sup>

Similar razonamiento se ha desarrollado respecto del principio de la irrelevancia de las disposiciones de derecho interno para sustraerse de las obligaciones internacionales asumidas, pues si bien consagrado en el ámbito del Derecho de los tratados en el artículo 27 de la CVDT (“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”), se ha entendido que el principio es más amplio y que tiene aplicación respecto de cualquier norma internacional: “la legislación interna de cada Estado debe servir de complemento a la normativa internacional, y no constituirse en un obstáculo para su aplicación”.<sup>50</sup> Por tanto, para evitar cualquier tipo de controversia entre las normas de uno y otro ordenamiento es deseable un trabajo por parte del legislador en aras de armonizar el derecho interno con el internacional, dejando sin efecto o declarando la nulidad de las disposiciones normativas internas contrarias a las obligaciones internacionales contraídas. El DI no otorga las herramientas para evitar que los Estados puedan dictar normas incompatibles con sus normas, por tanto es el propio Derecho interno el encargado de disolver los obstáculos que pueda encontrar la implementación de las obligaciones provenientes del DI.<sup>51</sup>

El cumplimiento de buena fe de las normas internacionales y la imposibilidad de invocar disposiciones de derecho interno para sustraerse de las obligaciones internacionales también se ve reflejado en el ámbito jurisprudencial, pues los Estados están obligados a cumplir las sentencias de órganos jurisdiccionales internacionales aunque ellas no establezcan la ejecutoriedad interna de tales sentencias. Se ha denominado **doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de las cortes internacionales o supranacionales** al deber de dar seguimiento a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales internacionales o supranacionales, sin perjuicio del margen limitado de interpretación de que disponen los tribunales nacionales, en cuanto han de realizar una interpretación armonizante y de cumplimiento del derecho interno con las obligaciones provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>52</sup>

En Chile, la jurisprudencia de la CtIDH debiera ser considerada y aplicados sus criterios en el orden interno, pues el Estado de Chile al ratificar la CADH reconoció esta jurisdicción y la propia Convención en su artículo 68 determina la obligación de los Estados parte de cumplir con sus sentencias. En este cumplimiento es el propio Estado el que determina los medios a través de los cuales concretará y ejecutará las obligaciones emanadas de estas sentencias, entre ellos, anulaciones de resoluciones judiciales, modificaciones normativas, cambio de conducta de los agentes estatales y cambios de interpretación y aplicación del derecho por los tribunales nacionales en seguimiento de la jurisprudencia de la Corte internacional. En cuanto a esta última medida, se ha de destacar que el poder judicial también puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, por tanto

<sup>49</sup> Cfr. VIRALLY (1983) p. 132.

<sup>50</sup> Cfr. LLANOS (2008) p. 251, LLANOS (2011) p. 9.

<sup>51</sup> Cfr. FUENTES (2007) p. 12.

<sup>52</sup> Cfr. MARIÑO (1999) p. 560, NOGUEIRA (2008) p. 297.

debe ser consciente de la importancia del papel que juega en cuanto a dar cumplimiento y hacer estas sentencias internacionales efectivas.

Esta teoría del seguimiento de los criterios de las cortes internacionales puede utilizarse por los tribunales nacionales como argumento complementario en la implementación de las normas de *ius cogens* en el orden interno, aludiendo a fallos internacionales, y no solo aquellos que condenan al Estado o que emanen de la CtIDH, sino también toda sentencia emanada de algún tribunal internacional, pues tratándose el *ius cogens* de una norma de carácter universal, también es útil mostrar que realmente la norma tiene reconocimiento en otras latitudes y cómo han sido normas específicas de *ius cogens* interpretadas en su contenido y efectos en los foros internacionales.

En materia de *ius cogens*, el impacto o influencia de la jurisprudencia internacional en la práctica estatal interna de los Estados debiera concretarse, pues se trata de normas de carácter universal y general, por lo que es de esperarse que exista uniformidad jurisprudencial en el ámbito internacional y local en la interpretación de la determinación del contenido y efectos de las normas específicas de *ius cogens*. En relación a los riesgos asociados a seguir jurisprudencia internacional que se tilde de no acertada en la materia, se ha de prevenir que suele reconocerse indirectamente una posible mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de la jurisdicción supranacional sobre la nacional, pues las sentencias internacionales están constituidas por un conjunto de principios y normas establecidas de forma más o menos uniforme, viniendo a formar parte del acervo jurídico internacional con una cierta autoridad implícita, pues los tribunales internacionales están integrados por los jueces mejor calificados, con mayor experiencia, aquellos que gozan de prestigio o reconocidas cualidades; el número de jueces que los integran, permite inferir que los criterios por ellos sustentados tienen como base análisis exhaustivos, seriamente discutidos y razonados acerca de la cuestión planteada, por lo cual deben tomarse como pautas a seguir por el resto de los juzgadores; son usualmente órganos de decisión última de las controversias, la interpretación que realizan no está sujeta a la revisión de órganos ulteriores, sus resoluciones son definitivas y los criterios en ellas vertidos constituyen una explicación directa y última, acerca de las disposiciones del DI, conformando así, la norma y su interpretación, el estándar normativo cuyo cumplimiento puede ser exigido y que debe ser observado por los Estados.

### 3. PARTE SEGUNDA: CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL *IUS COGENS* INTERNACIONAL EN EL ORDEN INTERNO CHILENO

El reconocimiento de los efectos que producen la aplicación de las normas internacionales de *ius cogens* es fundamental para que la institución opere con eficacia en la práctica y no sea solo una creación teórica. A través de sus efectos la norma específica de *ius cogens* deja de ser una mera declaración y su contenido normativo aflora con fuerza. Así, *v.g.* la norma de *ius cogens* que prohíbe el genocidio solo sería una bella declaración semántica o nominal que carecería de fuerza normativa si no se persiguieran ni castigaran a quienes la vulneran. Las normas de *ius cogens* han de ser aseguradas, esto se consigue primeramente a través del reconocimiento de sus efectos, pues son los medios que permiten disuadir su

trasgresión o sancionarla si ha ocurrido. De esta manera son fundamentales los mecanismos de tutela procesal jurisdiccional que las hacen ser normas vivas y eficaces.

En nuestros tribunales el reconocimiento de los efectos de imprescriptibilidad e inamnistiaabilidad de las normas de *ius cogens* como normas imperativas de derecho internacional general no ha sido uniforme, existen sentencias que realizan una interpretación respecto de por qué y cómo aplicar las normas internacionales de *ius cogens*, pero también otras prefieren no considerarlo y solo aplicar las instituciones reguladas en el derecho interno, tales como la prescripción, la amnistía, la media de prescripción y la prescripción de las acciones civiles. Con la finalidad de evaluar cuál de estas tendencias jurisprudenciales sería la más adecuada conforme a la noción de *ius cogens*, es preciso previamente referirse a la imprescriptibilidad e inamnistiaabilidad como efectos de la imperatividad de estas normas.

### 3.1. LA IMPRESRIPTIBILIDAD E INAMNISTIABILIDAD COMO EFECTOS DE LA IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

#### 3.1.1. *La imperatividad de las normas de ius cogens*

El que una norma sea imperativa o perentoria alude a la fuerza de sus mandatos en cuanto vincula a sus destinatarios sin que estos tengan la posibilidad de desconocerlos o anularlos, no se trata de una mera obligatoriedad ni tampoco indica una inviolabilidad sacrosanta, sí denota que el núcleo de esta norma imperativa es el no admitir acuerdo en contrario, es decir, que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes ni renunciadas por ellas. No se trata de una mera **obligatoriedad**, pues sino no habría diferencia con el resto de las normas del DI, las cuales todas, en principio, son obligatorias para los Estados, lo que significa que la violación de la que podrían ser objeto constituye un acto ilícito, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva. La norma imperativa es obligatoria, tiene que ser cumplida. Pero la obligación de respeto también caracteriza a las normas dispositivas, entonces ¿qué es lo que las distingue de estas? Por otra parte, el carácter de normas imperativas no debe llevar a creer que se trata de normas inviolables o que no pueden ser violadas en ningún caso, pues la noción de inviolabilidad es extraña a la norma jurídica. En realidad, no existe norma jurídica que no pueda ser violada, pues la posibilidad de infracción o incumplimiento es inherente a la esencia misma de toda norma jurídica. En cualquier caso, la naturaleza de la norma no debe confundirse con que, en los hechos, sea o no violentada, es decir que una norma de *ius cogens* tenga carácter imperativo no significa que nunca se viole<sup>53</sup>.

El carácter imperativo de la norma de *ius cogens* en definitiva lo que denota es su **inderogabilidad**. Como expresa la CVDT se trata de una norma “que no admite acuerdo en contrario” y cuya sanción contemplada en caso de que cualquier tratado intente derogarla es la nulidad. A nivel de reconocimiento del *ius cogens* en los órdenes internos, se ha

<sup>53</sup> Cfr. VIRALLY (1966) p. 9, PUCEIRO (2005) p. 369, ORAKHELASHVILI (2006) p. 67, BETANZOS (2009) p. 111. GÓMEZ (2003) p. 6, destaca que quien presente la imperatividad como sinónimo meramente de obligatoriedad, no ha entendido el “abecé del *ius cogens*, el cual no consiste en el cumplimiento forzoso de la norma jurídica (en cuya hipótesis el *ius dispositivum* sería, a su vez, de cumplimiento voluntario)”.

entendido que esta inderogabilidad implica la prohibición de desconocer estas normas por acuerdo entre los poderes del Estado. En otras palabras, la norma perentoria no puede ser invalidada por tratado internacional, ni por ningún instrumento de derecho doméstico, sea judicial, ejecutivo o legislativo. Se ha de prevenir, que si bien esta imperatividad implica la prohibición de determinadas conductas sin posibilidad de exclusión de las partes, el afirmar que todas las normas que no admiten pacto en contrario revisten carácter de *ius cogens* sería una conclusión falaz, pues la inderogabilidad es solo la exteriorización formal de uno de sus caracteres. Además de la imperatividad, es necesario vincular y analizar cómo se ha creado y cuál es su contenido, el cual debe importar consideraciones que trascienden las de los Estados particularmente o las de un grupo de ellos. En síntesis, el *ius cogens* se distingue de una mera **norma imperativa**, en cuanto no es solo sinónimo de inderogabilidad.<sup>54</sup>

La CVDT indica que la norma de *ius cogens* ha de ser “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” como aquella que no admite acuerdo en contrario, sin embargo, observamos que el consentimiento de los Estados no es un requisito para que la norma sea imperativa, pues si bien una norma puede surgir porque los Estados han consentido en ello, una vez que esta ya existe como Derecho, el carácter imperativo de la norma no depende del consentimiento de los Estados, sino de la esencia de la misma. En otras palabras, se ha de distinguir entre la norma como fruto de la voluntad de los Estados partes de la comunidad internacional, del carácter normativo del *ius cogens*, es decir, de la capacidad de una regla así establecida para imponerse al margen de la voluntad de los Estados individualmente considerados. El carácter de perentoriedad de la norma de *ius cogens* proviene de su esencia, de aquella base moral o sustrato valórico que la erige como necesaria, bastando la aceptación por la comunidad internacional de la noción de *ius cogens* y el reconocimiento de su fundamentalidad y universalidad (*opinio iuris cogens*), para que el *ius cogens* aparezca automáticamente como una norma de carácter imperativo.<sup>55</sup>

En consecuencia, un Estado no puede disociarse del carácter perentorio vinculante de la norma de *ius cogens* aunque pruebe que no existe evidencia de su aceptación o reconocimiento por su parte, o incluso, si expresamente la ha negado. El carácter perentorio de la norma no es refutable, si así fuera, se tendría que aceptar que dos o más Estados, o un grupo de ellos, pueda negar la existencia de una norma de *ius cogens* siendo libres de contratar o actuar fuera de la norma, creando un régimen legal contrario a ella. Una situación así sería absurda desde que atentaría contra el propósito mismo de la norma de *ius cogens*, la cual se ha introducido en el derecho internacional positivo para preservar la uniformidad del orden legal internacional en aquellas áreas en las cuales las consideraciones sociales han de prevalecer por sobre los intereses individuales.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Cfr. VIRALLY (1966) p. 9, GÓMEZ (2003) p. 6, PUCEIRO (2005) p. 369, DUPUY (2006) p. 295.

<sup>55</sup> Cfr. REMIRO (1987) pp. 65 y 66, ORAKHELASHVILI (2006) pp. 107 y 108.

<sup>56</sup> ROZAKIS (1976) p. 78.

### 3.1.2. La imperatividad de la norma de *ius cogens* genera indisponibilidad, inderogabilidad, imprescriptibilidad e inamnistiableidad

La imperatividad de las normas de *ius cogens* implica que no pueden ser desconocidas por ninguna persona, agente u órgano del Estado bajo ninguna circunstancia. En otras palabras, son normas que no aceptan excepción alguna a su mandato o prohibición, en cualquier ámbito –nacional o internacional–, por tanto son indisponibles, inderogables, imprescriptibles e inamnistiables.

*a) Indisponibilidad.* Las normas de *ius cogens* son tan consustanciales al orden internacional que no puede hacerse abandono de ellas, es decir, son irrenunciables. Estas reglas de *ius cogens* destinadas a proteger los intereses de la comunidad internacional sobreponen los intereses individuales de los Estados, por lo que es normal que estos no puedan disponer de ellas en sus relaciones *inter se*. Desconocerlas no sería simplemente una renunciación individual por parte de un Estado a sus propios intereses, sino constituiría, al mismo tiempo, un atentado a los intereses superiores de la comunidad internacional, los cuales han de ser respetados en toda circunstancia. Un Estado no puede descargarse de las obligaciones que le impone una norma de *ius cogens*, incluso si existe consentimiento de otro Estado, pues este no puede repudiar sus derechos originados en una norma de *ius cogens*.<sup>57</sup>

*b) Inderogabilidad.* La perentoriedad o imperatividad de las normas de *ius cogens* como característica intrínseca implica como efecto necesario la imposibilidad de que ellas sean derogadas por costumbre o acuerdo entre los Estados o por normas de sus ordenamientos internos. Lo que no significa que todas las normas inderogables sean de *ius cogens*, pues mediante estipulación expresa *inter pates* puede acordarse la inderogabilidad de una norma, aunque esta no sea de *ius cogens*. Este efecto de inderogabilidad se desprende inmediata y necesariamente de la característica de imperatividad de estas normas, tanto así que para algunos juristas constituye un pleonasmo referirse al *ius cogens* como una norma perentoria de derecho internacional general cuya derogación no está permitida. Así, en los sistemas legales derivados del derecho romano y del derecho francés, una norma imperativa es aquella que no puede ser derogada, pues es lo que la caracteriza en contraposición del derecho dispositivo.<sup>58</sup>

Debido a la inderogabilidad de las normas de *ius cogens*, cualquier tratado que fuera en contra de ellas sería nulo *ab initio*, de pleno derecho, es decir, desde la celebración y entrada en vigor del respectivo tratado, y la nulidad tendría eficacia *ex tunc*, es decir, produce efectos que se retrotraen al momento en que se celebró o concluyó el acto, de manera tal que se habrá de eliminar las consecuencias de tal oposición y reconstruir la situación al estado anterior al nacimiento del tratado, pues los efectos que normalmente habrían producido se suprinen: el tratado nunca existió. La violación de normas de *ius cogens* se considera de tal gravedad, que además de ser absoluta, opera sobre todo el tratado y no solo sobre las disposiciones concretas que vulneren la norma de *ius cogens*. Por otra parte, viene a reforzar

<sup>57</sup> Cfr. *v.g.* VIRALLY (1966) pp. 8-11.

<sup>58</sup> Cfr. VERDROSS (1937) p. 573, VIRALLY (1966) p. 9, CHRISTENSON (1988) p. 594, ACOSTA (1995) p. 7.

su efecto de inderogabilidad el hecho de que las circunstancias excluyentes de la ilicitud no operen en relación con la violación de normas imperativas de derecho internacional general, conforme lo pone de manifiesto el artículo 26 del documento de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos ilícitos.<sup>59</sup>

*c) Imprescriptibilidad.* Esta es una consecuencia inherente a toda norma de *ius cogens*, en cuanto su vulneración no impide la persecución y castigo de los infractores por el lapso del tiempo. En efecto, respecto de los crímenes internacionales de *ius cogens* existe un interés de la comunidad internacional en que estas conductas incompatibles con la dignidad humana nunca se olviden ni se perdonen y que los culpables sean castigados siempre. Su imprescriptibilidad es reconocida como un principio perteneciente al derecho internacional consuetudinario que encuentra su consagración convencional en el artículo 3 común de los CG de 1949, el cual señala en forma expresa que los delitos a que él se refiere están y quedan prohibidos "en cualquier tiempo y lugar". De esta forma, la prescripción penal, tanto en lo que se refiere a la persecución del delito como a la imposición de la sanción que en su caso corresponda nunca puede oponerse como causal de exención de la responsabilidad. Incluso, se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de estos crímenes y que de esta forma se diferencian de los delitos comunes.<sup>60</sup>

*d) Inamnistiaabilidad.* Tal como no se pierde la posibilidad de perseguir y castigar estos crímenes por el transcurso del tiempo debido a los intereses esenciales de la comunidad internacional involucrados, instándose por todos los medios de evitar la impunidad de estos ilícitos, tampoco es posible tratándose de crímenes internacionales que gozan del carácter de *ius cogens* amnistiarles, pues ello vendría a menoscabar directamente a los intereses de la comunidad internacional protegidos. Además, se ha de considerar que siendo las disposiciones que tipifican y penalizan los crímenes de DI normas de *ius cogens*, ellas no son susceptibles de acuerdo en contrario por parte de los Estados, ni menos de derogación unilateral como consecuencia de la aplicación de normas de derecho interno, por lo que se deduce que este tipo de crímenes no pueden amnistiarse; las amnistías nacionales no son excepciones al deber internacional de castigar serias violaciones a los derechos humanos, por tanto no pueden aplicarse a crímenes contra la humanidad.<sup>61</sup>

En fin, es evidente, por lo demás, que la amnistía entra en contradicción con el deber de los Estados de adoptar todas las medidas conducentes a la protección de los derechos humanos en sus respectivas jurisdicciones y suprimir los obstáculos que se opongan a ese fin, pues se advierte que entre las medidas de reparación disponibles a partir de la violación de derechos figura con gran frecuencia la investigación, procesamiento y condena de los sujetos penalmente responsables de los hechos violatorios.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Cfr. ACOSTA (1995) p. 11, PUCEIRO (2005) pp. 379 y 380, AGUILAR (2006) p. 132. Véase artículo 44 inciso 5° de la CVDT.

<sup>60</sup> Cfr. BUSTOS (2000) p. 162, HORVITZ (2006) p. 223. Véase artículos 49 inciso 2° y 51 del I CG, 50 inciso 2° y 52 del II CG, 129 inciso 2° y 131 del III CG, 146 inciso 2° y 148 del IV CG.

<sup>61</sup> Cfr. CASSEL (1996) pp. 210 y 219, BUSTOS (2000) p. 164.

<sup>62</sup> Cfr. GARCÍA (1998) p. 71, LAPLANTE (2009) p. 918.

### 3.2. DIFICULTADES PARA RECONOCER PLENAMENTE LOS EFECTOS DEL *IUS COGENS*

#### 3.2.1. *Aplicación de la prescripción y la amnistía como causales de extinción de la responsabilidad penal*

La prescripción y la amnistía como causales de extinción de la responsabilidad penal impiden los procedimientos en contra de quienes hayan perpetrado crímenes internacionales de *ius cogens*, dejándolos sin castigo, pues el Estado renuncia a su pretensión punitiva por razones sociales o políticas, con lo cual se desconocen las obligaciones *erga omnes* que surgen para instar por la sanción de las violaciones graves a las normas de derecho internacional general. Sin embargo, las defensas basadas en estas causales debieran desestimarse, pues carecería de sentido considerar nulos los tratados contrarios a las normas de *ius cogens*, pero aceptar el desconocimiento de estas al aplicar leyes nacionales que absuelvan de responsabilidad a los autores de violaciones graves a las normas de *ius cogens*. Al respecto, existe una progresiva evolución de nuestra jurisprudencia hacia el reconocimiento de la imprescriptibilidad y de la inamnistiableidad de los crímenes internacionales de *ius cogens* en consideración de fuentes jurídicas internacionales. Sin embargo, aún no existe una plena uniformidad.

Nuestra Corte Suprema ha reconocido la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, indicando que la CICGLH cristaliza este principio; el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido, por lo que no es necesario que la Convención se encuentre ratificada en Chile; es aplicable por constituir derecho consuetudinario y gozar del estatus de norma de *ius cogens*, normas internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico chileno. También suelen, aludir a las primeras sentencias de la CtIDH *v.g.* en los casos *Velásquez Rodríguez* (1988), *Godínez Cruz* (1989) y *Blake* (1988).<sup>63</sup> Sin embargo, siguen existiendo fallos nacionales que niegan la aplicación del derecho internacional consuetudinario y de las normas de *ius cogens* que impiden la invocación de las causales de exoneración de responsabilidad penal, pues estiman que la imprescriptibilidad si bien instada en el DI a partir de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial, no es efectivo que fuera un principio de general reconocimiento a la época de comisión de los hechos<sup>64</sup>; además, insisten en que no se pueden aplicar en Chile la CICGLH y el ETPI por no encontrarse ratificados en aquella época, sin reconocer que solo cristalizan derecho internacional consuetudinario.<sup>65</sup> Creemos

<sup>63</sup> CS: *Contra Flores y otro (Caso Molco)* (2006) considerandos 12 a 28, *Lagos y otros con Guerra y otro* (2008) considerandos 8 a 11 de la sentencia de reemplazo, *Lejderman con Polanco y otros* (2009) considerandos 9° a 11°, *Sindicato con Pinochet y otros* (2011) considerandos 29° y 30°.

<sup>64</sup> Cfr. *v.g. Contra Alarcón* (2008) considerando 17.

<sup>65</sup> Cfr. *Contreras con Contreras y otros* (2009) considerando 10° de la sentencia de remplazo (jueces SEGURA, RODRÍGUEZ, BALLESTEROS, DOLMESTCH y TORRES), *Riquelme con Lecaros y otros* (2007) considerando 8° de la sentencia de remplazo, *Aguirre con Astudillo y otros* (2007) considerando 6° del voto disidente de SEGURA en la sentencia de remplazo, *Contra Flores y otro (Caso Molco)* (2006, rol n° 559-2004) considerandos 12° y 13° del voto disidente de BALLESTEROS: “(...) la CICGLH (...) no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Cód-

ello se debe, fundamentalmente, a las variaciones existentes en la composición de la segunda sala penal de la Corte Suprema.

En cuanto a la aplicación del Decreto Ley de Amnistía de 1978, nuestra Corte Suprema de Justicia, ha sostenido una posición cambiante a través del tiempo. En una primera etapa, se aplicó el Decreto tan pronto como se advirtiera que los hechos investigados revestían el carácter de los delitos incluidos en el período establecido en el mismo, sin considerar necesario agotar la investigación respecto de la comprobación del delito o la determinación de la persona del delincuente. Luego, a partir de 1998, se determina que para aplicar la amnistía debe estar comprobada la existencia del delito y determinada la persona del delincuente clara e indubitablemente como única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los hechos investigados, por lo que era necesario investigar hasta probar la procedencia de la amnistía.<sup>66</sup> Al siguiente año, se considera que en el caso de detenidos desaparecidos, ya sea calificando el hecho como secuestro o como detención ilegal, no corresponde la aplicación de la amnistía, pues dichos ilícitos son delitos permanentes y, por tanto, ellos continúan cometiéndose con posterioridad al período temporal comprendido por el Decreto.<sup>67</sup> Además para declarar improcedente la amnistía, se asienta con mayor frecuencia la postura que aplica los CG de 1949 tratándose de ilícitos cometidos durante el tiempo en que el país estuvo bajo declaración de estado de sitio, pues se considera que la ficción de estado de guerra no solo opera respecto de la utilización de la jurisdicción penal de tiempo de guerra, sino también que permite la implementación de toda la normativa aplicable a casos de conflictos armados, entre ella estos Convenios; lo cual había sido expresamente negado con anterioridad.<sup>68</sup>

Para contrarrestar esta interpretación de la inamnistiableidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad por aplicación de los CG se ha sostenido por algunos que el Protocolo adicional II de los CG, permite la aplicación de las amnistías, en virtud del artículo 6.5, según el cual señala que “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. Sin embargo, se genera el problema de cómo compatibilizar esta norma con el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, que impide a los vencedores en un conflicto armado internacional o no internacional el pactar una exoneración de su responsabilidad penal por los crímenes de DI que se hayan cometido. Para tal cometido, se ha interpretado que el sentido del artículo 6.5 del II Protocolo no es favorecer la amnistía por hechos susceptibles de ser calificados como violaciones al DIH, entre ellos crímenes inter-

go Penal. El ETPI (...) no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal”.

<sup>66</sup> Cfr. MATUS (2006) p. 281, REQUA (2012) pp. 82-87.

<sup>67</sup> Cfr. *v.g.* CS, *Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004, rol n° 517-2004) considerando 30°.

<sup>68</sup> Cfr. DÍAZ (2006), *Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004) considerando 34°.

nacionales, sino apunta a hechos vinculados al conflicto propiamente tal, como el recurso de las armas, la rebelión, entre otros que tienen en general carácter de delitos políticos o conexos con delitos políticos. El Protocolo adicional II fue diseñado para asegurar una mayor protección a las víctimas de conflictos armados no internacionales, desarrollando y complementando el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra, si el artículo 6.5 permitiera las amnistías para evitar la prosecución de los más detestables abusos cometidos contra los derechos humanos en conflicto armado, ello sería inconsistente con el objetivo principal del Protocolo. Si bien, el DIH no prohíbe las amnistías totalmente, pues autoriza aquellas otorgadas en beneficio de las personas que participaron en las hostilidades y dadas por cuerpos democráticamente elegidos, excluye las autoamnistías dictadas por quienes cometieron crímenes de guerra y de lesa humanidad. E incluso, bajo la existencia de las primeras, y el reconocimiento de su validez, es necesario igualmente investigar los hechos, pues tanto la sociedad como los familiares de las víctimas tienen derecho a conocer la verdad acerca de lo sucedido, así como los motivos y circunstancias en que los aberrantes crímenes acaecieron, en orden de prevenir su repetición y hacer posible las indemnizaciones pecuniarias correspondientes. Por tanto, se impone la perspectiva que rechaza las amnistías en blanco –aquellas que impiden todo tipo de investigación– y es generalmente aceptado, que las amnistías no pueden ser aplicadas a aquellos casos en los cuales el DI obliga a los Estados a procesar, v.g., las amnistías son ilegales respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad –en especial del genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas–, no solo por la existencia de instrumentos internacionales que contienen la doctrina *aut dedere aut judicare* (obligación de extraditar o juzgar), sino además al ser crímenes con carácter de *ius cogens* corresponde a ellos como una obligación *erga omnes*, la de procesarlos.<sup>69</sup>

Actualmente así es entendido en nuestros tribunales que sostienen que no cabe duda que el Decreto Ley N° 2.191 de 1978 tiene el carácter de una autoamnistía, por lo que puede ser claramente identificado como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, con el evidente propósito de procurar su impunidad. Las amnistías o leyes de punto final tienen por objeto la superación de las heridas del pasado, pero la forma y los contenidos del perdón, en el marco del Derecho, tienen ciertas limitaciones, las cuales surgen del propio compromiso del Estado con su población y del DI (calidad de normas de *ius cogens*). Los autoperdones o impunidad están al margen de la ética y del Derecho.<sup>70</sup>

### 3.2.2. Actuales tendencias o desarrollos en materia de prescripción y amnistía

a) *Aplicación de la media de prescripción o prescripción incompleta.* El artículo 103 del Código Penal, en su inciso 1º, establece que si aún no se ha completado el plazo de prescripción, pero ha transcurrido la mitad del que se exige, el tribunal puede considerar el

<sup>69</sup> Cfr. CASSEL (1996) pp. 208, 218 y 219, HORVITZ (2006) pp. 221 y 222, LAPLANTE (2009) pp. 941 y 942, GALDÁMEZ (2011) pp. 220 y 221.

<sup>70</sup> Cfr. v.g. *Contra Pinto (Caso Chena)* (2007) considerando 24º, *Contra Gómez* (2008) considerandos 25º y 26º.

hecho revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y así disminuir la pena a imponer al responsable. Parte de la jurisprudencia nacional ha considerado que procede la aplicación de esta circunstancia atenuante especial incluso en el caso de trasgresiones a normas de *ius cogens* que protegen la dignidad humana y aunque la parte beneficiada con ella no la hubiere alegado en juicio<sup>71</sup>, lo cual es discutible en consideración de la imperatividad de las normas de *ius cogens* y su consecuente imprescriptibilidad, pues no solo se le resta importancia a la gravedad de la conducta y se beneficia al responsable con la aplicación de una pena desproporcionada al valor del injusto, sino que además no se explica cómo es posible aseverar que ha transcurrido la mitad del tiempo si la imprescriptibilidad implica que no existe plazo de prescripción alguno, o en otras palabras, que el plazo de prescripción es perpetuo.<sup>72</sup>

*b) Aplicación de las normas del Código Civil en materia de prescripción de acciones civiles que persiguen indemnización a favor de las víctimas o sus familiares.* Tratándose de las acciones civiles que persiguen indemnización a favor de las víctimas de crímenes que transgreden los principios de *ius cogens* o sus familiares existe una tendencia jurisprudencial que aplica un plazo de prescripción de 4 años, conforme al artículo 2332 del Código Civil aplicable al régimen de responsabilidad extracontractual<sup>73</sup>, en vez de reconocer la imprescriptibilidad de las mismas en base al fundamento de existir en materia de resarcimiento de violaciones graves a los derechos humanos un régimen de responsabilidad integral, cuyos principios son aplicables tanto al ámbito penal como al civil.<sup>74</sup> Las fuentes de respaldo de este aserto se encuentran en convenios internacionales sobre crímenes de guerra y sobre derechos humanos –entre ellos el artículo 148 del IV CG y el artículo 63.1 de la CADH–, y en la jurisprudencia emanada de la CtIDH<sup>75</sup>, además de considerarse la obligación de

<sup>71</sup> CS: *Contra Barría y otros* (2007, rol n° 1489-2007) considerando 10° y 11° de la sentencia de reemplazo, *Contreras con Ruiz y otros* (2007, rol n° 6188-2006) considerando 30° de la sentencia de reemplazo, *Contra Ruiz y otros* (2007, rol n° 3808-2006) prevención de RODRÍGUEZ y considerando 18° de la sentencia de reemplazo, *Vergara con Sanhueza y otros* (2008, rol n° 6308-2007) considerando 10° de la sentencia de reemplazo, *Contreras con Contreras y otros* (2009, rol n° 4329-2008) voto disidente en la sentencia de reemplazo de DOLMESTCH, *Lejderman con Polanco y otros* (2009, rol n° 696-2008) considerando 22°, *Sindicato con Pinochet y otros* (2011, rol n° 8314-2009) considerandos 39° a 49°, *Contra Aravena y otro* (2012, rol n° 5720-2010) considerando 14° de la sentencia de reemplazo.

<sup>72</sup> GALDÁMEZ (2011) pp. 213 y 214, FERNÁNDEZ y SFERRAZZA (2009) pp. 187-190, REQUA (2012) pp. 93 y 94.

<sup>73</sup> Cfr. v.g. *Muller y otro con Fisco* (2008) considerando 9° de la sentencia de casación, *Reyes con Fisco* (2009) considerando 8° de la sentencia de casación, *Ávila con Fisco de Chile* (2009) considerandos 9° a 12°, *Rivas y otros con Fisco de Chile* (2010) considerandos 5° a 12°, *Contra Estado de Chile* (2011) considerandos 7° a 14°, *Segura con Fisco de Chile* (2012) considerandos 4° a 10°.

<sup>74</sup> Aunque es posible encontrar alguna jurisprudencia que sigue esta tendencia, la cual es acorde a las características y efectos de las normas de *ius cogens*, véase v.g. *Ávila con Fisco de Chile* (2009) voto disidente de BRITO, *Contra Zapata* (2009) considerandos 7° a 9°, *Contra Aravena y otro* (2012) considerando 35° de la sentencia de reemplazo, *Segura con Fisco de Chile* (2012) voto disidente de MUÑOZ y voto disidente de ESCOBAR considerandos 3° y 4°.

<sup>75</sup> En especial CtIDH: *Velásquez Rodríguez* (1988), *Godínez Cruz* (1989), *Bámaca Velásquez* (2000), *Barrios Altos* (2001), *Trujillo Oroza* (2002).

indemnizar los daños producidos por la violación grave a la dignidad humana un principio general del DI de los DDHH.<sup>76</sup>

*c) Adecuación parcial de la legislación nacional a los estándares internacionales.* Nuestros legisladores se han esforzado por realizar una adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en la materia, por ejemplo la Ley N° 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra establece que la acción penal y la pena de estos delitos no prescriben. Sin embargo, expresamente se indica, en el artículo 44, que solo tendrá efectos respecto de hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, es decir, no admite su aplicación de manera retroactiva, siendo que respecto de violaciones graves a las normas de derecho internacional general acaecidas con anterioridad, ya regía la imprescriptibilidad por aplicación de los principios del derecho internacional general y las normas consuetudinarias del mismo.

Otro avance lo constituye la imposibilidad de decretar el sobreseimiento definitivo, de acuerdo al artículo 250 del Código Procesal Penal, respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados. Sin embargo, hubiéramos preferido una alusión no solo a los tratados ratificados y vigentes, sino a las normas internacionales en general, para que se incluyera al derecho internacional consuetudinario y los principios de *ius cogens*. Una visión restrictiva, que no realice una interpretación sistemática y finalista de todo nuestro ordenamiento jurídico, quizás exigiría para la puesta en práctica de esta disposición que se cumplan dos condiciones previas, a saber, primero, que los crímenes internacionales sean tipificados en la legislación interna; segundo, que sea ratificada la CICGLH.<sup>77</sup>

*d) Propuestas legislativas en materia de imprescriptibilidad e inamnistiableidad de crímenes de *ius cogens*.* Interesante es la revisión de los proyectos de ley y su tramitación en materia de exclusión de procedencia de estas casuales de eximición de responsabilidad penal tratándose de crímenes de *ius cogens*.<sup>78</sup> Ninguno ha prosperado a la fecha, pero útil

<sup>76</sup> *Contra Pinto (Caso Chena)* (2007) considerando 24°, *Contra Ruiz y otros* (2007) considerando 33°, *Vergara con Sanhueza y otros* (2008) considerando 21° de la sentencia de reemplazo, *Segura con Fisco de Chile* (2012) voto disidente del Ministro MUÑOZ considerando 4° a 10°.

<sup>77</sup> Cfr. *v.g.* MILLAS (2004 - 2005) pp. 402 y 403.

<sup>78</sup> Boletín n° 654-07, ingresado 7 abril 1992, que interpreta el Decreto Ley N° 2.191, de 1978, sobre amnistía; boletín n° 1718-07, ingresado 11 octubre 1995, que interpreta los artículos 1 y 3 del Decreto Ley N° 2191, sobre amnistía, tratándose de delitos que el DI califica de lesa humanidad; boletín n° 3345-07, ingresado 9 septiembre 2003, proyecto de ley interpretativa que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; boletín n° 3959-07, ingresado 30 agosto 2005, que interpreta el artículo 93, del Código Penal en materia de prescripción de la acción penal en el caso de delitos especialmente sancionados por el Derecho Internacional; boletín n° 4162-07, ingresado 21 abril 2006, proyecto de ley que declara la nulidad del Decreto Ley N° 2.191, de 1978; boletín n° 5918-07, ingresado 11 junio 2008, que interpreta el artículo 93 del Código Penal, excluyendo de la extinción de la responsabilidad penal, por amnistía, indulto o prescripción, a los crímenes y simples delitos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes; boletín n° 6422-07, 31 marzo 2009, proyecto de ley que establece ley interpretativa que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

es revisar las discusiones suscitadas a su respecto, en cuanto denotan las concepciones de nuestros legisladores en el tópico.

El proyecto que más avanzó en su tramitación, fue aprobado en la Cámara de origen, indicando que la prescripción y la amnistía: “no será[n] aplicable[s] a los crímenes y simples delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y de guerra contemplados en las normas imperativas de *ius cogens*, el derecho consuetudinario internacional y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”<sup>79</sup>. Alabamos los términos de esta disposición, pues tratándose de causales de exoneración de la responsabilidad penal de los crímenes con carácter de *ius cogens* es preferible una redacción amplia que incluya al derecho internacional consuetudinario, en vez de una restrictiva que solo haga mención a los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile. Así, por ejemplo, se evitaría la aplicación de la amnistía y de la prescripción arguyendo que la CICGLH aún no ha sido ratificada por Chile. De haber sido así aprobado la norma hubiera sido pionera en materia de recepción del DI al derecho interno, pues por primera vez hubiera habido un texto legal que expresamente hiciera alusión al derecho internacional consuetudinario, y además a las normas imperativas del *ius cogens*. Lamentablemente, en segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado no solo acordó eliminar la referencia al *ius cogens* y al derecho consuetudinario internacional<sup>80</sup>, sino que además el proyecto fue declarado inadmisible por presentar, a juicio de los senadores, un problema de constitucionalidad<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> El proyecto de ley interpretativa que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, boletín n° 3345-07, refundido con boletín n° 3959-07, proponía una ley interpretativa que plasme la vigencia del principio de imprescriptibilidad y de no amnistiableidad de los crímenes de carácter de *ius cogens*, reconociendo claramente la primacía de los principios de DI de los DDHH y del DI Humanitario. Esta propuesta, a juicio de sus impulsores, en ningún caso significaría una transgresión a los principios de legalidad o irretroactividad dado que esta prohibición de aplicar prescripción o amnistía a este tipo de crímenes era preexistente en nuestro Derecho, simplemente de lo que se trataba era de evitar interpretaciones erróneas, obsoletas o inadecuadas. La Cámara de Diputados, el 31 de octubre de 2006, aprueba en general el proyecto refundido. El texto transscrito fue aprobado en discusión particular el 14 de diciembre de 2006.

<sup>80</sup> Nótese que la modificación realizada por la Comisión del Senado, de haber prosperado en definitiva como ley, no hubiera sido un obstáculo absoluto a la aplicación del derecho internacional consuetudinario, pues la expresa alusión al derecho convencional, de ninguna manera excluye al derecho consuetudinario, sobre todo considerando la práctica judicial que data de los inicios de la República que reconoce la incorporación automática al ordenamiento jurídico nacional de las normas internacionales consuetudinarias. También adviértase que con posterioridad, la Comisión del Senado que revisó otro proyecto de ley sobre la materia (boletín n° 5918-07, de 2008, originado en el Senado, el cual se encuentra archivado al ser rechazado en discusión general por el Senado el 18 de marzo de 2009), acordó eliminar la referencia a los tratados internacionales que se encuentran ratificados y vigentes en Chile, por considerarlo restrictivo, y estimar que lo pertinente era efectuar una referencia genérica al DI, lo que da lugar a una remisión a todas las fuentes de esa rama del Derecho.

<sup>81</sup> Declaración hecha por el entonces presidente del Senado Adolfo ZALDÍVAR, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional en relación al artículo 65 de la Constitución (en cualquier estado de tramitación de una norma o proyecto, es obligación del presidente del Senado declarar su inconstitucionalidad; las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales solo pueden tener origen en el Senado, respectivamente). El 10 de junio 2008 se vota en el Senado acerca de esta inconstitucionalidad del proyecto, y se declara en definitiva por 19 votos a favor, 14 en contra y una abstención, su inadmisibilidad. La Cámara de Diputados no acepta la resolución y devuelve los antecedentes del Proyecto al Senado, pues considera que “admitir que esa Corporación declare inadmisible una iniciativa de ley aprobada por la Cámara de Diputados implica aceptar

La Cámara de Diputados, insiste en legislar en materia con una nueva moción<sup>82</sup>, recogiendo la idea matriz de las dos mociones anteriores, pero agregando una nueva propuesta en relación a la denominada prescripción gradual de la pena, el cual ha sido aprobado en discusión general y particular, pasando a la Cámara Revisora con fecha 6 mayo de 2009, y que se encuentra desde junio del año 2011 en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.<sup>83</sup>

#### 4. CONCLUSIONES

1. Dar reconocimiento al *ius cogens* no es sencillo, en su aplicación en ocasiones colinda con otras instituciones jurídicas que lo obstaculizan. Siendo el fundamento último de estas instituciones decisiones políticas, el principal llamado a resolver el conflicto es el legislador. Sin embargo, los jueces con una interpretación finalista o teleológica pueden sin inconveniente concluir que en el caso concreto se debe desplazar o no aplicar estas instituciones que pueden favorecer por razones político criminales o económicas a los que han violado las normas de *ius cogens*.

2. La práctica de los tribunales nos ha demostrado que aún falta un mayor desarrollo institucional del DI y una mejor adecuación del derecho interno con el internacional para que el *ius cogens* sea plenamente reconocido, pero ello no implica que las normas de *ius cogens* solo existan en la teoría, estas nos recuerdan que pese a las diferencias de los pueblos

---

que el Senado puede crear un nuevo trámite constitucional, no reconocido por la Carta Fundamental, y ejercer una facultad que esta no le confiere, lo que, por consiguiente, vulnera su artículo 7. La resolución del Senado, carece de eficacia jurídica, y que únicamente procede que esa Corporación se pronuncie sobre el proyecto en segundo trámite constitucional o ejerza las acciones ante el órgano de control correspondiente. (Oficio n° 7528)”. Sin embargo, recibido el oficio emitido por la Cámara de Diputados en el Senado se pasa el asunto a Comité, no existiendo avances desde el 2008, ni requerimiento al respecto ante el Tribunal Constitucional.

Las discusiones habidas en el Senado para declarar la inadmisibilidad del Proyecto y la decisión de la Cámara de Diputados de no aceptar la resolución de inadmisibilidad declarada por votación en el Senado ponen de manifiesto que es de suyo discutible que el Senado pueda declarar inconstitucional o inadmisible una iniciativa que ha cumplido un trámite completo en la Cámara de Diputados, esto sin duda genera una controversia entre las dos ramas del Congreso Nacional que no es de fácil solución.

Se ha de destacar que en la sesión del Senado en la cual se discutió sobre la inadmisibilidad del Proyecto estaba presente el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia (Viera-Gallo), quien consideró destacar que si hay un problema grave en la tramitación de un proyecto, se aplica el artículo 93 número 3º de la Carta Fundamental, por tanto quienes lo estimen necesario deben recurrir al Tribunal Constitucional, que entre sus facultades tiene la de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley. En segundo lugar, sostuvo que aprobada que sea la iniciativa por una Cámara, no corresponde que la otra la declare inadmisible. De lo contrario se sentaría un precedente extremadamente grave que podría, en un sistema bicameral, bloquear la tramitación de los proyectos.

<sup>82</sup> Proyecto de ley que establece ley interpretativa que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, boletín n° 6422-07, 31 marzo 2009.

<sup>83</sup> “Artículo único.- Fíjase el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se establecen en el artículo 93 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que la amnistía, el indulto y la prescripción de la acción penal y de la pena no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que, en conformidad al Derecho Internacional, constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra. Asimismo, deberá entenderse que la norma del artículo 103 del Código Penal, no será aplicable a los crímenes y simples delitos que, en conformidad al DI, constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, perpetrados por agentes del Estado o particulares actuando al servicio de éste”.

siempre es posible encontrar un mínimo común en el cual los valores esenciales del orden internacional aparecen con toda su fuerza, por tanto siempre será posible aludir a ellas en los foros judiciales, aunque sea al menos solo como criterios inspiradores de interpretación normativa.

3. El DI puede y debe ser utilizado a nivel interno en la búsqueda de un sistema de derecho que se retroalimente y complemente para procurar así la solidificación de las bases morales en salvaguarda de los derechos de la persona. El Estado Constitucional de Derecho se sustenta en una base axiológica de respeto cabal no solo de la democracia, sino sobre todo en la promoción y respeto de los derechos fundamentales, por tanto es menester dar reconocimiento y aplicación a las normas de *ius cogens*.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA ESTÉVEZ, José B. (1995): “Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos”, *Anuario de Derecho internacional*, vol. 11: pp. 3-22.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2006): “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de Derecho Internacional Público”, *Ius et Praxis*, vol. 12 n° 1: pp. 117-154.
- ALBÁR ÁLVAREZ, Juan Pablo (2008): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario* (Santiago, LegalPublishing) 114 pp.
- ANZILOTTI, Dionisio (1935): I *Curso de Derecho internacional* (trad. Julio López Olivan, Madrid, Editorial Reus S.A.) 480 pp.
- ARRAU C., Fernando (2005): “Los crímenes de lesa humanidad: el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad”, *Serie Estudios*, n° 330: 26 pp.
- BARBERIS, Julio A. (1970): “La liberté de traiter des Etats et le *ius cogens*”, *Zeitschrift für Auslandisches Offentliches Recht und Volkerrecht*, vol. 30 n° 1: pp. 19-45.
- BASSIOUNI, M. Cherif (1996): “International crimes: *ius cogens* and obligatio *erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 n° 4: pp. 63-74.
- BELLO, Andrés (1873): *Principios de Derecho internacional* (París, Pablo Dupont y Ca. Clíchy, tercera edición) 332 pp.
- BENADAVA, Santiago (2004): *Derecho internacional Público* (Santiago, Abeledo Perrot, octava edición) 411 pp.
- BETANZOS, Eber (2009): “*Ius cogens*”, *Revista USCS, Direito*, vol. 10 n° 17: pp. 109-116.
- BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo (2000): “Los crímenes de Derecho internacional y los conflictos armados no internacionales”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, n° 2: pp. 143 – 166.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio (2012): “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, 28 pp., [fecha consulta: 27 noviembre 2012]. Disponible en el sitio web de la *Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos*, <<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>>.

- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (2008): “Cambios que la noción de comunidad internacional ha introducido en la naturaleza del Derecho internacional”, Llanos Mansilla, Hugo y Picand Albónico, Eduardo (coords. académicos), *I Derecho internacional Público. Estudios de Derecho internacional. Libro Homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 369-378.
- CASSEL, Douglass (1996): “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 n° 4: pp. 197-230.
- CEA EGANA, José Luis (1997): “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República”, *Ius et Praxis*, vol. 2 n° 2: pp. 81-92.
- CHRISTENSON, Gordon A. (1988): “*Jus cogens: Guarding interests fundamental to international society*”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 28: pp. 585-628.
- CONFORTI, Benedetto (1995): *Derecho Internacional* (trad. Raúl Vinuesa, Buenos Aires, Zavalia) 588 pp.
- CRAWFORD, James (2004): *Los Artículos de la Comisión de Derecho internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado* (trad. Luis Fonseca, Dykinson) 461 pp.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2006): “Aplicación de los Convenios de Ginebra por los Tribunales de Justicia chilenos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 n° 2: pp. 305-327.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (2002): “La normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustancial”, *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, pp. 1-33 [fecha consulta: 29 noviembre 2010]. Disponible en sitio web de la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens/?searchterm=cogens>>.
- DUBOIS, Dan (2009): “The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 n° 2: pp. 133-175.
- DUPUY, Pierre-Marie (2006): *Droit International public* (Paris, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition) 849 pp.
- FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna y SFERRAZZA TAIBI, Pietro (2009): “La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 2009*: pp. 183-192.
- FUENTES TORRIJO, Ximena (2007): *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja* [fecha de consulta: 22 abril 2009]. Disponible en: <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf)>.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto (1996): “Derecho internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 n°s 2 y 3, tomo I: pp. 259-275.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2011): *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia) 337 pp.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (1998): “Dos temas de la jurisprudencia interamericana: *proyecto de vida y amnistía*”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 95 n° 2: pp. 61-75.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio (2003): *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico* (Méjico, Universidad Nacional Autónoma de México, primera reimpresión de la edición de 1982) 227 pp.

- HORVITZ LENNON, María Inés (2006): “Amnistía y prescripción en causas sobre violación de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 2: pp. 217-225.
- KAMMERHOFER, Jörg (2004): “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, *European Journal of International Law*, vol. 15: pp. 523-553.
- KELSEN, Hans (1965): *Principios de Derecho Internacional Público* (trad. Hugo Caminos y Ernesto Hermida, Buenos Aires, El Ateneo) 397 pp.
- LAPLANTE, Lisa J. (2009): “Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 49 n° 4: pp. 915-984.
- LEPARD, Brian D. (2010): *Customary International Law. A new theory with practical requirements* (New York, Cambridge University Press) 419 pp.
- LLANOS MANSILLA, Hugo (2009): *I Teoría y Práctica del Derecho internacional Público. Introducción y fuentes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición) 649 pp.
- LLANOS MANSILLA, Hugo (2011): *IV Teoría y Práctica del Derecho internacional Público. Las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 450 pp.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (1999): *Derecho Internacional Público. Parte General* (Madrid, Editorial Trotta) 616 pp.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2006): “Informe pericial ante CtIDH, sobre aplicación jurisprudencial de Decreto Ley 2191 de Amnistía, de fecha 19 de abril de 1978”, *Ius et praxis*, vol. 12 n° 1: pp. 275-296.
- MILLAS JIMÉNEZ, Jorge (2004/2005): “Crímenes internacionales y prescripción”, *Revista de Ciencias Sociales* n° 49/50: pp. 399-416.
- MURPHY, Sean D. (2006): *Principles of International Law* (Minnesota, Thomson West) 506 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2000): “Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2001: pp. 163-259.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003): “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis*, vol. 9 n° 1: pp. 403-466.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): “El boque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina”, Llanos Mansilla, Hugo y Picand Albónico, Eduardo (coords. académicos), *I Derecho internacional Público. Estudios de Derecho internacional. Libro Homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 265-304.
- ORAKHELASHVILI, Alexander (2012): “Peremptory norms of the international community: A reply to William E. Conklin”, *European Journal of International Law*, vol. 23 n° 3: pp. 863-868.
- PINOCHET ELORZA, César (1990): “Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, n° 13: pp. 9-18.

- PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2005): “Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo”, Jiménez de Aréchaga, Eduardo, Arbuet-Vignali, Heber y Puceiro Ripoll, Roberto, *I Derecho internacional Público. Principios, normas y estructuras* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria) pp. 359-385.
- REMIRO BROTÓNS, Antonio (1987): *Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales* (Madrid, Editorial Tecnos S.A., segunda reimpresión de la primera edición de 1982) 341 pp.
- REQUA, Marny A. (2012): “A Human Rights Triumph? Dictatorship-era Crimes and the Chilean Supreme Court”, *Human Rights Law Review*, vol. 12 n° 1: pp. 79-106.
- ROZAKIS, Cristhos L. (1976): *The concept of jus cogens in the Law of Treaties* (Amsterdam, North-Holland Publishing Company) 206 pp.
- SCHLÜTTER, Birgit (2010): *Developments in customary international law. Theory and the practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers) 369 pp.
- TRONCOSO REPETTO, Claudio Marcelo (1988): “La norma del *ius cogens* aplicada a los derechos”, *Derecho y sociedad: revista de ciencias sociales*, vol. 1 n° 1: pp. 72-84.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán (2007): “La definición de los principios en el Derecho Internacional contemporáneo”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36 n° 106: pp. 69-124.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo (2007): *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 693 pp.
- VERDROSS, Alfred (1937): “Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner’s Report on “The Law of Treaties””, *American Journal of International Law*, vol. 31 n° 4: pp. 571-577.
- VERDROSS, Alfred (1976): *Derecho internacional Público*. Quinta edición alemana, refundida y aumentada con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek (trad. Antonio Truyol y Serra, Madrid, Aguilar) 690 pp.
- VIRALLY, Michel (1966): “Réflexions sur le *ius cogens*”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 12: pp. 5-29.
- VIRALLY, Michel (1983): “Review Essay: Good Faith in Public International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 77 n° 1: pp. 130-134.

## NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Código Civil.
- Código Procesal Penal.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos. Bogotá, 30 abril 1948. Decreto n° 314 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 23 septiembre 1953.
- Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 26 junio 1945. La Ley n° 8.402, 3 enero 1946, dispone su cumplimiento interno.
- Convención americana sobre derechos humanos. San José de Costa Rica, 22 noviembre 1969. Promulgada en Chile por Decreto Supremo n° 873, *Diario Oficial*, 5 enero 1991.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena, 23 mayo 1969. Promulgada en Chile por el Decreto Supremo n° 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 22 junio 1981.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Naciones Unidas, 10 diciembre 1984. Promulgada en Chile por el Decreto Supremo n° 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 26 noviembre 1988.

Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Organización de Estados Americanos, 9 diciembre 1985. Promulgada en Chile por el Decreto Supremo n° 809 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 26 noviembre 1988.

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. Organización de Estados Americanos, 1994. Promulgada por Decreto n° 12 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 24 febrero 2010.

Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Naciones Unidas, Nueva York, 20 diciembre 2006. Entrada en vigor internacional, 23 diciembre 2010. Promulgada en Chile mediante Decreto Supremo n° 280 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 16 abril 2011.

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Naciones Unidas, 21 diciembre 1965. Promulgada en Chile mediante Decreto Supremo n° 747, *Diario Oficial*, 12 noviembre 1971.

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Naciones Unidas, París, 11 diciembre 1948. Promulgada en Chile por Decreto Supremo n° 316 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 11 diciembre 1953.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968. Aprobación en Chile en trámite desde 1994, Boletín n° 1265-10.

(I) Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña. Promulgado en Chile por Decreto Supremo n° 752, *Diario Oficial*, 17 de abril de 1951.

(II) Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar. Promulgado en Chile por Decreto Supremo n° 752, *Diario Oficial*, 18 de abril de 1951.

(III) Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Promulgado en Chile por Decreto Supremo n° 752, *Diario Oficial*, 19 de abril de 1951.

(IV) Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Promulgado en Chile por Decreto Supremo n° 752, *Diario Oficial*, 20 de abril de 1951.

Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso. Ginebra, 40<sup>a</sup> reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 25 junio 1957. Ratificado por Chile el 1 febrero 1999 y promulgado mediante Decreto N° 227, *Diario Oficial*, 12 mayo 1999.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, 1948.

Declaración universal de derechos humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 diciembre 1948.

Decreto Ley (de Amnistía) n° 2.191 del Ministerio del Interior, Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala, *Diario Oficial*, 19 abril 1978.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 julio 1998. Ratificado por Chile el 29 junio 2009 y promulgado por Decreto n° 104 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 1 agosto 2009.

Ley n° 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, *Diario Oficial*, 18 julio 2009.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Naciones Unidas, 16 diciembre 1966. Promulgado en Chile mediante Decreto n° 778, *Diario Oficial*, 29 abril 1989.

Protocolo adicional a la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Naciones Unidas, 2002. Ratificado por Chile el 12 diciembre 2008 y promulgado por Decreto Supremo N° 340 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 14 febrero 2009.

(II) Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, adoptado en 1977. Promulgado en Chile por Decreto n° 752, *Diario Oficial*, 28 octubre 1991.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Palermo, 15 noviembre 2000. Entrada en vigor el 25 diciembre 2003. Ratificado por Chile el 29 noviembre 2004 y promulgado por Decreto N° 342, *Diario Oficial*, 16 febrero 2005.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

*Contra Burgos y otros* (2006): 20 abril 2006, rol n° 24471-2005, *Westlaw CL/JUR/6158/2006*.

*Contra Pinochet y otros* (2007): 3 agosto 2007, rol n° 6083-2006, *Westlaw CL/JUR/3815/2007*.

*Reyes y otros con Fisco* (2007): 11 mayo 2007, rol n° 3508-2002, *Westlaw CL/JUR/3796/2007*.

*Valencia con Fisco de Chile* (2007): 31 mayo 2007, rol n° 3595-2002, *Westlaw CL/JUR/1012/2007*.

*Antoine con Fisco de Chile* (2008): 1 diciembre 2008, rol n° 217-2005, *Microjuris MJJ19036*.

*Ortiz con Fisco de Chile* (2009): 3 agosto 2009, rol n° 7985-2007, *Westlaw CL/JUR/8620/2009*.

*Quiñones con Fisco de Chile* (2010): 29 octubre 2010, rol n° 7816-2009, *Westlaw CL/JUR/8899/2010*.

## CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988): 29 julio 1988, serie C n° 4.
- Caso Godínez Cruz vs. Honduras* (1989): 20 enero 1989, serie C n° 5.
- Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000): 25 noviembre 2000, serie C n° 70.
- Caso Barrios Altos vs. Perú* (2001): 14 marzo 2001, serie C n° 75.
- Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia* (2002): 27 febrero 2002, serie C n° 92.
- Opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (2003): opinión consultiva, 17 septiembre 2003, serie A n° 18.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006): 26 septiembre 2006, serie C n° 154.
- Caso La Cantuta vs. Perú* (2006): 29 noviembre 2006, serie C n° 162.
- Caso Tiu Tojín vs. Guatemala* (2008): 26 noviembre 2008, serie C n° 190.
- Opinión consultiva sobre el artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (2009): opinión consultiva, 29 septiembre 2003, serie A n° 20.
- Caso Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010): 26 mayo 2010, serie C n° 213.
- Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010): 24 noviembre 2010, serie C n° 219.
- Caso Gelman vs. Uruguay* (2011): 24 febrero 2011, serie C n° 221.

## CORTE SUPREMA

- Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004): 17 noviembre 2004, rol n° 517-2004. Disponible en *Ius et Praxis* (vol. 10 n° 2): pp. 337-375.
- Contra Flores y otro (Caso Molco)* (2006): 13 diciembre 2006, rol n° 559-2004, *Westlaw CL/JUR/3805/2006*.
- Aguirre con Astudillo y otros* (2007): 3 julio 2007, rol n° 2079-2006, *Westlaw CL/JUR/5963/2007*.
- Contra Barría y otros* (2007): 27 diciembre 2007, rol n° 1489-2007, *Microjuris MJJ16432*.
- Contra Pinto (Caso Chena)* (2007): 13 marzo 2007, rol n° 3125-2004, *Westlaw CL/JUR/4652/2007*.
- Contra Ruiz y otros* (2007): 30 julio 2007, rol n° 3808-2006, *Westlaw CL/JUR/1510/2007*.
- Contreras con Ruiz y otros* (2007): 13 noviembre 2007, rol n° 6188-2006, *Westlaw CL/JUR/6315/2007*.
- Riquelme con Lecaros y otros* (2007): 12 noviembre 2007, rol n° 6626-2005, *Westlaw CL/JUR/6312/2007*.
- Contra Alarcón* (2008): 13 mayo 2008, rol n° 3872-2007, *Westlaw CL/JUR/2326/2008*.
- Contra Gómez* (2008): 24 enero 2008, rol n° 1528-2006, *Microjuris MJJ16521*.
- Lagos y otros con Guerra y otro* (2008): 25 septiembre 2008, rol n° 4662-2007, *Westlaw CL/JUR/5028/2008*.
- Muller y otro con Fisco* (2008): 28 octubre 2008, rol n° 2152-2007. Disponible en <[http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA\\_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAA NAABhkXAAB&consulta=100&causa=2152/2007&numcua=30937&secre=UNICA](http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAA NAABhkXAAB&consulta=100&causa=2152/2007&numcua=30937&secre=UNICA)>, fecha consulta: 7 noviembre 2012.

- Vergara con Sanhueza y otros* (2008): 8 septiembre 2008, rol n° 6308-2007, *Westlaw CL/JUR/3419/2008*.
- Ávila con Fisco de Chile* (2009): 14 enero 2009, rol n° 3540-2007, *Westlaw CL/JUR/5724/2009*.
- Contra Zapata* (2009): 14 octubre 2009, rol n° 5132-2008, *Microjuris MJJ21499*.
- Contreras con Contreras y otros* (2009): 22 enero 2009, rol n° 4329-2008, *Westlaw CL/JUR/5798/2009* (sentencia de casación) y *CL/JUR/5799/2009* (sentencia de reemplazo).
- Lejderman con Polanco y otros* (2009): sentencia de reemplazo, 25 mayo 2009, rol n° 696-2008. Disponible en <[http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA\\_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAALAAB4ClAAE&consulta=100&causa=696/2008&numcua=15814&secre=UNICA](http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAALAAB4ClAAE&consulta=100&causa=696/2008&numcua=15814&secre=UNICA)>, fecha de consulta: 7 de noviembre de 2012.
- Reyes con Fisco* (2009): 30 marzo 2009, rol n° 4292-2007. Disponible en <[http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA\\_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAOAA\\_BuzWAAB&consulta=100&causa=4292/2007&numcua=9106&secre=UNICA](http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAOAA_BuzWAAB&consulta=100&causa=4292/2007&numcua=9106&secre=UNICA)>, fecha consulta: 7 noviembre 2012.
- Rivas y otros con Fisco De Chile* (2010): 28 diciembre 2010, rol n° 7105-2008, *Westlaw CL/JUR/11380/2010*.
- Contra Estado de Chile* (2011): 30 noviembre 2011, rol n° 6299-2009, *Westlaw CL/JUR/8829/2011*.
- Sindicato Campesino La Esperanza del Obrero del Complejo Agrícola y Forestal Pangui-pulli con Pinochet y otros* (2011): 27 enero 2011, rol n° 8314-2009, *Westlaw CL/JUR/1065/2011*.
- Contra Aravena y otro* (2012): 7 marzo 2012, rol n° 5720-2010, *Westlaw CL/JUR/519/2012*.
- Segura con Fisco de Chile* (2012): 4 mayo 2012, rol n° 9718-2009, *Westlaw CL/JUR/872/2012*.

#### CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- Interpretation of peace treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (1950): opinión consultiva, 30 marzo 1950.
- Reservations to the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide* (1951): opinión consultiva, 28 mayo 1951.
- Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (1986): sentencia, 27 junio 1986.
- Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (request for advisory opinion)* (2010): opinión consultiva, 22 julio 2010.

