

Informe Jurídico

Sobre la cuestión de la existencia del elemento de contexto de Crímenes contra la Humanidad con respecto a los eventos en Chile entre el 17 y el 28 de octubre de 2019, tal como se describe en la Acusación Constitucional del 30 de octubre de 2019

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos

Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania

Director Ejecutivo del "Instituto de Ciencias Criminales"

Director "Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano" (CEDPAL)

Juez del Tribunal Especial para Kosovo (Kosovo, Specialist Chambers), La Haya, Países Bajos

Amicus curiae del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial la Paz, Colombia

18 de noviembre de 2019, 3:20 am (hora alemana)

Advertencia del autor: La siguiente es una traducción del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile del documento original en inglés "*Legal Brief on the question of the existence of the context element of Crimen against Humanity with regard to the events in Chile between 17 and 28 October 2019 as described in the Acusación Constitucional of 30 October 2019*" de 18 de noviembre de 2019. Lamentablemente, el documento presenta algunos errores de traducción, los cuales, a pesar de una primera revisión, no han podido ser totalmente corregidos. Se trata por tanto, sólo de un documento de referencia de la versión original en idioma inglés.

Contenido

Resumen ejecutivo	1
I. Mandato.....	3
II. Ley aplicable.....	3
1. Disposiciones relevantes.....	3
2. Cinco requisitos legales (<i>elementos típicos</i>) del elemento de contexto de CaH	5
2.1. Cometido como parte de un ataque	6
2.2. Ataque generalizado o sistemático	8
2.3. Dirigido contra una población civil ("cometido ... contra una población civil") ..	10
2.4. El elemento de la política ("ataque ... [que] responde a una política del Estado")	12
(a) Consideraciones generales	12
(b) En particular: prueba de una política (el acertijo probatorio)	16
2.5. Elemento subjetivo.....	20
III. Datos disponibles	21
1. Datos presentados en la Acusación Constitucional.....	21
2. Hechos presentados en otras fuentes (hasta el 15 de noviembre de 2019)	22
IV. Evaluación legal de los hechos disponibles (Subsunción)	24
1. CaH (elemento de contexto) con respecto a los hechos presentados en la Acusación Constitucional?	24
2. CaH (elemento de contexto) con respecto a hechos posteriores (hasta el 15 de noviembre de 2019)?	25
3. La controversia de Micco / Mañalich	26
4. ¿Política por omisión?	29
ANEXO I: Lista de abreviaturas.....	33
ANEXO II: Lista de Fuentes.....	35
I. Tabla de casos.....	35
II. Documentos oficiales	37
III. Doctrina.....	38
IV. Otras fuentes	40

Informe Jurídico

Sobre la cuestión de la existencia del elemento de contexto de Crímenes contra la Humanidad con respecto a los eventos en Chile entre el 17 y el 28 de octubre de 2019, tal como se describe en la Acusación Constitucional del 30 de octubre de 2019*

Resumen ejecutivo

1. El elemento de contexto en Crímenes contra la Humanidad ('CaH') requiere un ataque sistemático o generalizado contra "cualquier" población civil de conformidad con una política de una entidad colectiva, especialmente un Estado, con conocimiento del ataque (infra II.2.). La Ley 20.352 de Chile es, por un lado, más clara que el Artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ('Estatuto de la CPI') en el sentido de que dicha política se refiere explícitamente al ataque en su conjunto, ya sea generalizada o sistemática (II.1.). Por otro lado, sin embargo, diluye el requisito de la política al vincularlo con meros agentes estatales; esto exige una interpretación restrictiva a la luz del derecho penal internacional ('ICL') (sobre esto II.2.4. (a)).
2. Los hechos presentados en la Acusación Constitucional ('AcusCon') señalan violaciones graves y generalizadas de los derechos por parte de las fuerzas de seguridad, especialmente la fuerza de policía Carabineros (III.1.). Esto lo confirman fuentes posteriores que indican un aumento constante de estas violaciones (hasta el 15 de noviembre de 2019) que equivalen, al menos cuantitativamente, a violaciones generalizadas y parcialmente graves de los derechos humanos (III.2.). En resumen, parece justo señalar que al momento de escribir este Informe, la situación en el terreno no ha mejorado sino que ha empeorado, con el gobierno aparentemente incapaz de recuperar el control y restablecer el orden público.
3. Existe una diferencia cualitativa importante entre las violaciones graves de los derechos humanos y la CaH. Esta diferencia está marcada por el elemento de contexto (II.2.), Especialmente su requisito de política (II.2.4.). Este requisito es particularmente relevante en nuestro contexto. Si bien una política (estatal) para cometer CaH no necesita ser formalizada y/o explícita y puede cristalizarse a medida que las acciones se desarrollan en el terreno, es decir, puede surgir durante un conflicto o crisis en curso (II.2.4. (a)), dicha política es difícil de probar (II.2.4. (b)), especialmente si no es explícita y se basa en una acción afirmativa, sino que, por el contrario, se caracteriza por una falta (deliberada) de tomar medidas de protección.

* Agradezco a Lara Barrêto Ambos (estudiante de doctorado de la Universidad de Greifswald) y Sem Sandoval (estudiante de doctorado de la Universidad de Göttingen) por su asistencia en la realización de este informe. Las opiniones señaladas en este documento corresponden únicamente al autor y no representan necesariamente la de los asistentes.

4. La existencia de una política puede inferirse de una serie de factores (II.2.4. (b)), pero estos son específicos de cada caso y dependen de las circunstancias concretas sobre el terreno. Por este motivo, es difícil y arriesgado extraer conclusiones (normativas) legales (definitivas) (IV.) de una explicación muy general y escrita (III.), que, además, se basa principalmente en alegatos e información de segunda mano (rumores)). De hecho, la AcusCon menciona el término CaH solo de pasada ("crímenes de lesa humanidad") e interpreta los eventos como un ataque generalizado o sistemático en el sentido del art. 1 (1) y 2 de la Ley 20.357 pero no proporciona ningún análisis legal del elemento de contexto, y mucho menos el requisito de política (IV.1.). Otras fuentes son igualmente pobres en razonamiento legal (IV.2.), excepto una respuesta del destacado jurista chileno Juan Pablo Mañalich al director del INDH Sergio Micco (IV.3.). En cualquier caso, esta controversia también carece de un análisis exhaustivo del estándar de ICL relevante; en particular, Mañalich se basa en una lectura demasiado amplia del art. 1 (2) de la Ley 20.357 (ibid.).

5. Ni los hechos presentados en la AcusCon ni los hechos posteriores (hasta el 15 de noviembre de 2019) permiten inferir la existencia de una política activa de CaH del Estado de Chile. Estos hechos tampoco permiten concluir que existe tal política de Estado por omisión (IV.4.). Claramente, tal política es más difícil de probar que una política activa por la misma razón que no se manifiesta en una conducta activa y explícita. Además, no se puede inferir de la mera ausencia de acción gubernamental o, lo que es más relevante en nuestro caso, la aparente incapacidad (en lugar de falta de voluntad) del gobierno para recuperar el control del espacio público. De hecho, el funcionamiento aparente de las instituciones del *Rechtsstaat* chileno, especialmente el papel prominente del INDH como una agencia pública independiente de derechos humanos con un mandato de cumplimiento y una función *partie civile* ("*querellante*") y el seguimiento de cualquier querrela por parte del sistema de justicia independiente (penal), más bien indica lo contrario, a saber, que el Estado chileno está comprometido a controlar sus fuerzas de seguridad y que existen mecanismos de cumplimiento de los derechos humanos. En última instancia, corresponde, por supuesto, a los tribunales penales chilenos o, de acuerdo con el principio de complementariedad (Art. 17 Estatuto de la CPI), que la CPI decida si CaH se produjeron en Chile durante el período objeto de este informe legal o tiempo posterior.

I. Mandato

Al suscrito le fue encomendado por el Sr. Luis Herosilla, en nombre del Sr. Andrés Chadwick, ex Ministro del Interior de Chile, en una carta del 7 de noviembre de 2019, la redacción de este Informe Legal, en los términos siguientes:

"solicito a Ud. se sirva dictaminar, en su calidad de Catedrático de Derecho Penal Internacional, si a partir de los hechos declarados en la acusación constitucional... es posible concluir la *existencia de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, producto de una política estatal.*" (Énfasis agregado)

De esto se desprende la naturaleza limitada de este mandato, es decir, por un lado, llevar a cabo una evaluación legal de la "existencia de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, de conformidad con una política estatal" (Denominado elemento de contexto de CaH) que, por otro lado, en términos fácticos, se basará en los hechos previstos en la Acusación Constitucional ('AcusCon') de la Cámara de Diputados del Congreso chileno¹.

Esta tarea la lleva a cabo el firmante en su calidad de académico, con total independencia, sin ninguna interferencia e independientemente de los intereses específicos de la parte solicitante, como se indica en la carta de 7 de noviembre de 2019:

"El Dictamen debe emitirse objetivamente, atendida su calidad y experiencia como catedrático y Juez Internacional, sin atención al interés de mi cliente".

Sin embargo, es necesario realizar algunas advertencias. Como el informe debió prepararse bajo una enorme presión de tiempo, pues, debía presentarse antes del 17 de noviembre de 2019, 24 horas, hora de Chile, la investigación necesaria, en cuanto a la ley aplicable (II.) y los hechos disponibles (III.)- no podría llevarse a cabo con la minuciosidad e integridad que normalmente es similar a la del firmante. Además, la redacción del texto y el refinamiento del argumento no se extienden hasta el último detalle.

II. Ley aplicable

1. Disposiciones relevantes

El gobierno de Chile depositó su instrumento de ratificación al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ('Estatuto de la CPI') el 29 de junio de 2009². Por lo tanto, el Estatuto entró en vigor para Chile el 1 de septiembre de 2009 (Art. 126 (2) Estatuto de

¹ El documento no tiene fecha, pero según informes de prensa (por ejemplo, Mercurio, 31 de octubre de 2019, p. C4) data del día 30 de octubre de 2019.

² <https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states_parties/latin_american_and_caribbean_states/Pages/chile.aspx> accessed 17 November 2019.

la CPI). Como consecuencia, la CPI tiene jurisdicción con respecto a los eventos objeto de este informe legal (Art. 11 (2), 12 Estatuto de la CPI).

La Ley 20.352 de 30 de mayo de 2009, publicada el 18 de julio de 2009, autorizó al Estado chileno a reconocer la jurisdicción de la CPI en los términos previstos en el Estatuto de Roma. Esta ley define el elemento de contexto de CaH en la parte pertinente de la siguiente manera:

“Artículo 1º.- Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1º. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2º. Que el ataque a que se refiere al numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados ...

Artículo 2º.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá:

1º. Por "ataque generalizado", un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y

2º. Por "ataque sistemático", una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas.”

El Art. 7 del Estatuto de la CPI dice en la parte pertinente lo siguiente:

"(1) ... 'crimen contra la humanidad' significa cualquiera de los siguientes actos cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil, con conocimiento del ataque ..."

“(2) (a) 'Ataque dirigido contra cualquier población civil' significa un curso de conducta que involucra la comisión múltiple de actos a que se refiere el párrafo 1 contra cualquier población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.”

Comparando estas disposiciones hay cuatro puntos notables, los dos primeros son especialmente relevantes en nuestro contexto: Primero, y lo más importante, mientras que la relación entre el requisito disyuntivo generalizado / sistemático y el elemento político es poco clara y controvertida bajo el art. 7 Estatuto de la CPI, art. 1 (2) de la Ley 20.352 establece claramente, estableciendo condiciones concurrentes o acumulativas con respecto al ataque, que siempre debe llevarse a cabo de conformidad con una política de una entidad colectiva. Este es el enfoque correcto como se mostrará a continuación (II.2.4. (a)). En segundo lugar, la misma disposición diluye, sin embargo, el concepto de política al extenderlo más allá de una entidad colectiva (especialmente un Estado) a agentes estatales; esto exige una restricción teleológica a la luz de la ICL, especialmente el Estatuto de la CPI, como también se mostrará a continuación (ibid.). Tercero, el art. 2 (2) de la Ley 20.352 contiene una definición de ataque sistemático que no está en línea con ICL como se demostrará a su vez (II.2.3.). Cuarto, la Ley 20.352 no exige, como el art. 7 (1) Estatuto de la CPI, un "conocimiento específico del ataque" (II.2.5.).

2. Cinco requisitos legales (*elementos típicos*) del elemento de contexto de CaH

Antes de que los requisitos legales del elemento de contexto se expliquen con más detalle, están en juego algunas observaciones preliminares sobre la ley aplicable y las autoridades pertinentes. En cuanto a la ley aplicable, se desprende de lo anterior (II.1.) que la ley y el Art. 7 El Estatuto de la CPI no es completamente idéntico. Dado que el Estatuto de la CPI no impone formalmente obligaciones de implementación a los Estados partes (aparte del Art. 70 (4) respecto de los delitos contra la administración de justicia y el Art. 88 con respecto a la cooperación de procedimientos)³, un Estado parte no necesita *tout court* incorporar las definiciones de delitos del art. 5 a 8 bis del Estatuto de la CPI en su legislación interna, pero solo prevé el castigo de la conducta relevante a la luz del principio de complementariedad (Art. 17 del Estatuto de la CPI)⁴. Es por esta razón que una ley nacional como la Ley 20.352 en principio prevalece en la medida en que en lo que respecta al enjuiciamiento y adjudicación internos. Sin embargo, dicha ley debe interpretarse de acuerdo con el estándar internacional aceptado, es decir, en nuestro contexto, especialmente el art. 7 Estatuto de la CPI. Esta disposición generalmente puede considerarse como un tipo de estándar mínimo para una definición de CaH, por lo tanto, requiere una aplicación universal⁵. Esta opinión se confirma por el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional ('ILC') ha adoptado el art. 7 literalmente en su CaH Draft Convention⁶.

En cuanto a la cuestión de las autoridades pertinentes en la que se basa esta sección de este Informe, debe señalarse primero que la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, especialmente de la CPI (dado su efecto vinculante de facto en Chile como Estado parte), sirve como fuente primaria. En contraste, en cuanto a los puntos de vista de la doctrina, el informe se basa en gran medida en trabajos previos del firmante (especialmente para más detalles y referencias)⁷; otros trabajos solo se citan en la medida en que constituyen libros de texto / comentarios⁸ y/o son -especialmente relevante/innovador en el contexto respectivo; Lo mismo se aplica a los trabajos de organizaciones u organismos internacionales, especialmente el ('ILC'). Este enfoque restrictivo con respecto a las autoridades/referencias también se ha adoptado por razones de espacio, especialmente para evitar una nota al pie demasiado pesada en toda esta parte del texto. En cualquier caso, se puede encontrar una lista detallada de las autoridades en el Anexo II de este Informe.

³ Más detalladamente cf. Ambos, *Internationales Strafrecht* (2018), § 6 mn. 36-7.

⁴ Sobre el principio de complementariedad con más detalle cf. Ambos, *Tratado ICL III* (2016), págs. 266 y sigs.

⁵ Schabas, *Comentario* (2016), p. 153.

⁶ CIT, *Proyecto de Convención CaH* (2017), art. 3.

⁷ Cf. Ambos, *Tratado ICL II* (2014), pp. 46 ss. (Capítulo II); id., *Internationales Strafrecht* (2018), págs. 261 y sigs. (§ 7 mn. 166 ss.); Hall / Ambos, en Triffterer y Ambos, *Comentario* (2016), Art. 7 mn. 1-29, 105-111.

⁸ Robinson, en Cryer et al., *Introduction* (2019), págs. 231 y sigs. ; Werle y Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 972 ss. ; Gil Gil, en Gil Gil y Maculan, *DPI* (2019), págs. 421 y sigs. ; Stahn, *Critical Introduction* (2019), págs. 52 y sigs. ; Jurovics, en Fernández y Pacreau, *Comentario* (2012), págs. 417 y sigs. Útiles para (más) referencias son Schabas, *Commentary* (2016), pp. 145 y siguientes. y Nilsson, en Klamberg, *Commentary* (2017), pp. 31 ss.

2.1. Cometido como parte de un ataque⁹

Este requisito está previsto por la ley chilena y el Estatuto de la CPI. En consecuencia, los actos subyacentes, es decir, los delitos individuales, deben ocurrir como parte de un ataque. Sin embargo, estos actos podrían (pero no necesariamente) constituyen el ataque en sí mismo¹⁰. Por ejemplo, el asesinato en masa de civiles puede ser suficiente como un ataque contra la población civil; no es necesario probar un ataque separado contra los mismos civiles, dentro del cual se cometieron los asesinatos¹¹.

El concepto de "ataque" generalmente se refiere a una campaña u operación llevada a cabo contra la población civil, un "curso de conducta" en palabras del Art. 7 (2) (a) Estatuto de la CPI -que implica la comisión (múltiple) de los actos subyacentes¹²-. Sin embargo, el ataque no necesita involucrar a las fuerzas militares¹³ ni a las hostilidades armadas, ni a ninguna fuerza violenta¹⁴; puede tener lugar antes, durante o después de un conflicto armado, sin ser necesariamente parte de él¹⁵. Puede implicar cualquier maltrato de la población civil¹⁶.

La expresión "curso de conducta" tiene, a pesar de los calificadores generalizados / sistémicos discutidos a su vez (infra 2.2.), connotaciones generalizadas y sistemáticas¹⁷. El Pre-juicio de la CPI de Kenia. La Cámara ('PTC'), en línea con la jurisprudencia anterior¹⁸ y desarrollándola aún más, consideró un ataque como "una campaña u operación llevada a cabo contra la población civil"¹⁹. De esto queda claro

⁹ Las citas entre paréntesis son de la Ley 20.352.

¹⁰ cf. Robinson, en Cryer et al., Introduction (2019), pp. 232, 241.

¹¹ ICTR, Akayesu, 2 de septiembre de 1998, TJ, párr. 581.

¹² Cf. CPI, Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párr. 80; también Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 209 ("curso de conducta" que incorpora un aspecto sistemático); Nta-ganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 662 ('flujo general de eventos'); también Nilsson, en: Klamberg (2017), Commentary, pp. 31-2.

¹³ CPI, Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párr. 80.

¹⁴ TPIR, Akayesu, 2 de septiembre de 1998, TJ, párr. 581 ("Un ataque también puede ser de naturaleza no violenta, como imponer un sistema de apartheid ... o ejercer presión sobre la población para que actúe de una manera particular ... si se organiza a gran escala o de manera sistemática"); conc. Rutaganda, 6 de diciembre de 1999, TJ, párr. 70; Musema, 27 de enero de 2000, TJ, párr. 205. Para el TPIY cf. Kunarac, 22 de febrero de 2001, TJ, párr. 416. Cf. también ICC, Elements of Crimes (2013), pág. 3 para.3. Para una opinión contraria, Mettraux, Crímenes Internacionales (2005), p. 156.

¹⁵ TPIY, Stakić, 31 de marzo de 2003, TJ, párr. 623; conc. Brdanin, 1 de septiembre de 2004, JT, párr. 131; Kordić y Čerkez, 17 de diciembre de 2004, AJ, párr. 666; ICTR, Nahimana et al., 28 de noviembre de 2007, AJ, párrs. 916-7.

¹⁶ cf. TPIY, Kunarac, 22 de febrero de 2001, TJ, párr. 416; TPIR, Semanza, 15 de mayo de 2003, TJ, párr. 327; también ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1101 ("toute forme de violencia"). En este sentido también Werle y Jessberger, Völkerstrafrecht (2020), mn. 983.

¹⁷ ICC, Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 208 ("... aspectos cuantitativos y cualitativos ... relevantes para el establecimiento de la naturaleza 'generalizada' o 'sistemática' del ataque ...").

¹⁸ Comenzando con ICTR, Akayesu, 2 de septiembre de 1998, TJ, párr. 581 ("... ataque ... como un acto ilegal ... orquestado a gran escala o de manera sistemática"); conc. TPIY, Prlić et al., 29 de mayo de 2013, TJ, párr. 35; Mladić, 22 de noviembre de 2017, TJ, párr. 3024. Para más referencias de jurisprudencia, cf. Ambos, Treatise ICL II (2014), pág. 58, fn. 94.

¹⁹ CPI, Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párr. 80; también Bemba, 15 de junio de 2009, Decisión de confirmación, párr. 75 y 21 de marzo de 2016, TJ, párr. 149; Situación en la República de Costa de Marfil, 15 de noviembre de 2011, Decisión de autorización, párr. 31; Ruto et al., 23 de enero de 2012, Decisión de confirmación, párr. 109; Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1101; Harun y Kushayb, 27 de abril de 2007, Decisión de orden de detención, párr. 61.

que los actos aislados y aleatorios están excluidos²⁰ y se requieren múltiples actos²¹. Sin embargo, la multiplicidad por sí sola no es suficiente, un ataque es algo más que "un mero agregado de actos aleatorios"²², se requiere un cierto patrón²³ (lo que implica un tipo de elemento de política que se analiza a continuación, (d)). Si bien el ataque requiere una multiplicidad de actos (criminales), no necesariamente necesita una multiplicidad de actores, ni un solo perpetrador tiene que actuar en diferentes momentos²⁴. Por ejemplo, si un solo perpetrador envenena el agua de una gran población, por lo tanto cometería una multiplicidad de asesinatos (y por lo tanto múltiples actos criminales) con un solo acto (natural)²⁵.

Si bien el concepto de ataque tiene connotaciones generalizadas/sistemáticas y políticas, no se requiere que cada acto individual que ocurra dentro del ataque sea generalizado o sistemático, siempre que el acto respectivo forme parte de un ataque con estas características. Si, por ejemplo, se producen algunos asesinatos, algunas violaciones y algunas palizas, cada uno de estos actos no necesita ser generalizado o sistemático, si solo los actos juntos satisfacen cualquiera de estas condiciones. Se deduce que las acciones del individuo en sí mismas no necesitan ser generalizadas o sistemáticas, siempre que formen parte de un ataque tan generalizado o sistemático. De hecho, la comisión de un solo acto, como un asesinato, en el contexto de una campaña más amplia contra la población civil, puede equivaler a una CaH²⁶.

Sin embargo, cuenta que debe haber un nexo suficiente entre los actos ilegales del autor (s) y el ataque²⁷. La existencia de un cierto "grado de planificación, dirección u organización por parte de un grupo u organización"²⁸ es el nexo necesario entre los individuos y, de lo contrario, los actos no están relacionados entre sí. El grado preciso del nexo no está definido en la ley escrita, pero la jurisprudencia reconoce que la relación puede establecerse mediante una 'evaluación objetiva de las características, objetivos, naturaleza y/o consecuencias de los actos involucrados'²⁹, en última instancia, dependiendo de las circunstancias fácticas de cada caso. Los indicios

²⁰ cf. ICTY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 644 ("... no ... un acto en particular, sino un curso de conducta"). Cf. también Jurovics, en Fernández y Pacreau, Comentario (2012), págs. 417, 471-2; Gil Gil, en Gil Gil y Maculan, DPI (2019), pág. 424.

²¹ CPI, Blé Goudé, 11 de diciembre de 2014, Decisión de confirmación, párr. 127 ("curso de conducta que implica la comisión múltiple de actos").

²² CPI, Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 209 ("aspecto sistémico, ya que describe una serie o flujo general de eventos en lugar de un mero agregado de actos aleatorios").

²³ CPI, Bemba, 15 de junio de 2009, Decisión de confirmación, párr. 81; Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 209; Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 664 (dos operaciones como parte de la misma campaña militar y 'sucesión lógica de eventos'); cf. también Chaitidou, en Bergsmo y Song, Convención (2014), pp. 47, 66-7.

²⁴ cf. Werle y Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 982, 984.

²⁵ Cf. Ambos, *Tratado ICL II* (2014), p. 59.

²⁶ cf. ICTY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 649 ("... el autor individual no necesita cometer numerosos delitos para ser considerado responsable").

²⁷ cf. ICTR, Akayesu, 2 de septiembre de 1998, TJ, párr. 579. Ver también Schabas, *Commentary* (2016), 166-167.

²⁸ CPI, Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 210; también Blé Goudé, 11 de diciembre de 2014, Decisión de confirmación, párr. 146.

²⁹ ICC, Bemba, 21 de marzo de 2016, TJ, párr. 165; Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1124; Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 696.

confiables incluirían: las similitudes entre los actos del autor y los actos que ocurren dentro del ataque; la naturaleza de los eventos y circunstancias que rodean los actos; su proximidad temporal y geográfica con el ataque³⁰; y, la naturaleza y el alcance del conocimiento del autor del ataque (al respecto infra 2.5.) al cometer los actos. La manera en que los actos se asocian o promueven la política subyacente al ataque (a esto 2.4.) Es de particular importancia.

2.2. Ataque generalizado o sistemático

Primero, debe señalarse que el enfoque alternativo, el ataque debe ser generalizado o sistemático, no solo está contenido en ambos art. 1 (1) de la Ley 20.352 y el art. 7 (1) Estatuto de la CPI, pero ha sido repetido muchas veces en la jurisprudencia³¹ y adoptado por algunas codificaciones internacionales³²; también puede decirse que es el punto de vista predominante en la doctrina³³. En cuanto al art. 7 Estatuto de la CPI, por supuesto, existe una aparente contradicción entre el párr. 1 y párr. 2 (a), este último requiere que la comisión múltiple de actos se base en una determinada política (y aparentemente opta por un enfoque acumulativo). Explicaremos a continuación (2.4. (a)) cómo se puede resolver esta contradicción, confirmando de hecho el enfoque chileno.

El término *generalizado* tiene principalmente un significado cuantitativo que se refiere a la escala del ataque o, equivalentemente, al (gran) número de víctimas. Esto se refleja correctamente en el art. 2 (1) Ley 20.352. La jurisprudencia ha interpretado el término al referirse solo "al [gran] número de víctimas"³⁴, "a la multiplicidad de víctimas"³⁵, o a la comisión de los actos "a gran escala"³⁶ o ambos a "la naturaleza a gran escala del ataque y el número de víctimas"³⁷ (sin embargo, sin requerir un "umbral numérico específico de víctimas").³⁸ La jurisprudencia de la CPI adopta el mismo enfoque, destacando que el elemento generalizado no debe ser evaluado rigurosamente

³⁰ Cf. TPIY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párrs. 629-633; para la CPI cf. Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 696 con más referencias.

³¹ Para el TPIY cf. solo: Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párrs. 646-8; Karadžić, 24 de marzo de 2016, TJ, párr. 477; para el ICTR Akayesu, 2 de septiembre de 1998, TJ, párr. 579; Munyakazi, 5 de julio de 2010, TJ, párr. 503; para la CPI: Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1123; Bemba, 21 de marzo de 2016, TJ, párr. 65.

³² Más recientemente, Ley de Cámaras de Especialistas y Fiscalía Especializada ('Ley KSC'), 3 de agosto de 2015, art. 13 y CDI, Proyecto de Convención CaH (2017), art. 3.

³³ cf. Werle y Jessberger, Principios (2014), p. 339; Jurovics, en Fernández y Pacreau, Commen-taire (2012), págs. 466-7; Robinson, en Cryer et al., Introduction (2019), págs. 232-3; Hall / Ambos, en Triffterer y Ambos, Comentario (2016), Art. 7 mn. 4 con más referencias; sobre el desarrollo histórico ibid., mn. 18.

³⁴ TPIY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 648.

³⁵ TPIR, Kayishema y Ruzindana, 21 de mayo de 1999, TJ, párr. 123

³⁶ TPIY, Blaškić, 3 de marzo de 2000, TJ, párr. 206; confirmado por jurisprudencia posterior, por ejemplo, Gotovina et al., 15 de abril de 2011, TJ, párr. 1703; TPIR, Nzabirinda, 23 de febrero de 2007, TJ, párr. 21; Munyakazi, 5 de julio de 2010, TJ, párr. 503; ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párrs. 1098, 1123.

³⁷ Cf. para ICTY recientemente Mladić, 22 de noviembre de 2017, TJ, párr. 3025 y Šešelj, 11 de abril de 2018, AJ, párr. 57; para ICTR cf. Musema, 27 de enero de 2000, TJ, párrs. 203-4; para ICC cf. Bemba, 21 de marzo de 2016, TJ, párr. 163; Katanga, 7 de marzo, TJ, párr. 1123; Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, nota 12, párr. 691.

³⁸ CIT, Proyecto de Convención CaH (2017), p. 33; Stahn, Introducción crítica (2019), pág. 57.

('exclusivamente') cuantitativamente ni geográficamente, sino sobre la base de los hechos del caso³⁹. Relevante, en particular, el concepto no está limitado geográficamente, pero puede incluir gran número en una pequeña área⁴⁰.

En cuanto a la sistemática calificó la jurisprudencia temprana del TPIY y el TPIR lo interpretó estrictamente, estableciendo un umbral muy alto, es decir, como indicando "un patrón o plan metódico"⁴¹, "completamente organizado sobre la base de una política común que involucra importantes recursos públicos o privados".⁴² Sin embargo, La jurisprudencia posterior adoptó una definición más amplia que se refiere a "la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria".⁴³ Chambers explicó que "[p]atrones de crímenes, en el sentido de la repetición no accidental de delitos similares conducta de manera regular, son una expresión común de tal ocurrencia sistemática"⁴⁴. La CPI adoptó esencialmente la misma opinión⁴⁵. El PTC de Ntaganda sugirió como un ejemplo de ese "patrón regular" un "modus operandi recurrente, que incluye la construcción de barricadas, la colocación de minas terrestres y actos coordinados ... ilegales ..."⁴⁶ y el empleo de "medios y métodos similares para atacar los diferentes lugares ..."⁴⁷. De manera similar, el TC de Ntaganda requería una "naturaleza organizada" y "patrones de crímenes"⁴⁸, como se manifiesta en "una serie de acciones repetidas que buscan siempre producen los mismos efectos en una población civil ..."⁴⁹.

³⁹ Cf. ICC, Bemba, 21 de marzo de 2016, TJ, párrafo 163; Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, nota 12, párr. 691.

⁴⁰ ICC, Ntaganda, 9 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 22 ("varias ubicaciones"), 24 (en "un área geográfica amplia" durante un largo período de tiempo); Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 224 ("generalizado (i) involucró una gran cantidad de actos; (ii) atacó y victimizó a un número significativo de personas; (iii) se extendió durante un período de más de cuatro meses; y (iv) afectó a toda la ciudad de Abidjan"); cf. también ILC, Draft Convention CaH (2017), pág. 33 ("no se requiere una gran área geográfica ...").

⁴¹ TPIY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 648.

⁴² TPIR, Akayesu, 2 de septiembre de 1998, TJ, párr. 580. Cf. también (crítico) Ambos, Tratado ICL II (2014), págs. 60-61; Hall / Ambos, en Triffterer y Ambos, Comentario (2016), Art. 7 mn. 20 con fn. 137.

⁴³ TPIY, Kordić y Čerkez, 17 de diciembre de 2004, AJ, párr. 94; también Blaškić, 29 de julio de 2004, AJ, párr. 101; Kunarac, 12 de junio de 2002, AJ, párr. 94; recientemente Mladić, 22 de noviembre de 2017, TJ, párr. 3025 ("naturaleza organizada de los actos de violencia"); ICTR, Musema, 27 de enero de 2000, TJ, párrs. 203-4.

⁴⁴ ICTY, Kordić y Čerkez, 17 de diciembre de 2004, AJ, párr. 94; Blaškić, 29 de julio de 2004, AJ, párr. 101; Kunarac, 12 de junio de 2002, AJ, párr. 94; TPIR, Muhimana, 28 de abril de 2005, TJ, párr. 527 ("un patrón de conducta deliberado"); CPI, Ntaganda, 9 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 24; Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1123.

⁴⁵ CPI, Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párr. 96; Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 223; Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1123; Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 692.

⁴⁶ CPI, Ntaganda, 9 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 24.

⁴⁷ ICC, Ntaganda, 13 de julio de 2012, art. 58 Decisión, párr. 31.

⁴⁸ 48 ICC, Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 692.

⁴⁹ ICC, Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 693 (considerando si (i) se produjeron actos idénticos o se pueden identificar similitudes en las prácticas delictivas; (ii) se utilizó el mismo modus operandi; o (iii) las víctimas fueron tratadas de manera similar en un área geográfica amplia).

El denominador común de las diversas definiciones jurisprudenciales⁵⁰ es que "un ataque sistemático" se lleva a cabo de conformidad con una política o plan preconcebido "⁵¹. Sin embargo, eso no significa que el elemento del plan o política es "un elemento legal del delito", pero solo que sirve, en el mejor de los casos, como un indicador de la "sistemática" del ataque⁵². Además, un ataque puede ser sistemático aunque no exista plan o política si solo ya no es aleatorio, sino que se dirige contra la población civil como el objeto principal del ataque⁵³. En cualquier caso, contrasta con la definición del art. 2 (2) de la Ley 20.352 con el estándar internacional lleva a la conclusión de que la definición chilena no tiene suficientemente en cuenta el plan o el componente de política del calificador sistemático.

Tomando los calificadores "generalizados" y "sistemáticos" juntos, a veces es difícil distinguirlos e identificar concretamente las circunstancias reales que están cubiertas por uno u otro. Por ejemplo, dos ataques coordinados en dos grandes edificios con muchos pisos que causan miles de muertes pueden calificar como generalizados debido a la cantidad de víctimas y al alcance geográfico del ataque cuando el piso total se tiene en cuenta el espacio. Tal ataque puede ser mayor en total y extenso que varios ataques contra un grupo de aldeas muy dispersas. Incluso un ataque sistemático debe involucrar más de unos pocos incidentes. De manera similar, un ataque generalizado debería, y por su propia naturaleza, basarse o llevar adelante una política. Sin embargo, un ataque generalizado no necesita ser sistemático y viceversa.

2.3. Dirigido contra una población civil ("cometido ... contra una población civil")

Los actos deben dirigirse a "cualquier población civil". "*Población*" se refiere a una multiplicidad de personas que comparten atributos comunes⁵⁴, lo que implica la naturaleza colectiva de los delitos con exclusión de actos individuales⁵⁵ (y en este sentido repite el calificador "generalizado"). Sin embargo, este requisito no significa que

⁵⁰ Para más referencias de jurisprudencia cf. Ambos, Tratado ICL II (2014) p. 60 con fn. 111; Schabas, Com-mentary (2016), 164-165.

⁵¹ cf. TPIR, Bagilishema, 7 de junio de 2001, TJ, párr. 77; TPIY, Vasiljevic, 29 de noviembre de 2002, TJ, párr. 35; CPI, Katanga y Ngudjolo Chui, 30 de septiembre de 2008, Decisión de confirmación, párr. 397; conc. Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 225 ("los preparativos para el ataque se llevaron a cabo con anticipación", "el ataque fue planeado y coordinado", "los actos de violencia ... revelan un patrón claro de violencia").

⁵² cf. TPIY, Kunarac, 12 de junio de 2002 AJ, párr. 98 ("evidentemente relevante"); Blaškić, 29 de julio de 2004, AJ, párr. 100; TPIR, Muhimana, 28 de abril de 2005, TJ, párr. 527; también ICC, Harun y Kushayb, 27 de abril de 2007, Decisión de orden de detención, párr. 62 ("la política es un elemento a partir del cual se puede inferir la naturaleza sistemática de un ataque"); Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párrs. 1098, 1113, 1123.

⁵³ Cf. CPI, Situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párrs. 81, 109 ("población civil objetivo principal ..."); Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párrs. 1111-13 (1113: "L'analyse du caractère systématique de l'attaque va dès lors au-delà de l'existence d'une quelconque politique visant à éliminer, persécuter ou affaiblir une communauté"); cf. también Robinson, en Cryer et al., Introducción (2019), p. 236.

⁵⁴ Cf. CPI, Bemba, 15 de junio de 2009, Decisión de confirmación, párr. 76; Ruto et al., 23 de enero de 2012, Decisión de confirmación, párr. 164; Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1103; Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 667 ('colectivo'); cf. también Werle y Jessberger, Principios (2014), p. 334.

⁵⁵ cf. TPIY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 644 ("el énfasis no está en la víctima individual sino en el colectivo"); cf. también Werle y Jessberger, Völkerstrafrecht (2020), mn. 973; Robinson, en Cryer et al., Introduction (2019), p. 239; Gil Gil, en Gil Gil y Maculan, DPI (2019), pág. 425.

toda la población de un Estado, entidad o territorio deba ser atacada⁵⁶; más bien, es suficiente "que suficientes personas fueron atacadas en el curso del ataque, o que fueron atacadas en tal situación". de manera ... que el ataque fue de hecho dirigido contra una 'población' civil ... "⁵⁷.

El uso del término "*dirigido contra*" significa que la población civil debe ser el objeto principal del ataque y que el ataque sigue un cierto curso de conducta⁵⁸. El juez de primera instancia considerará, a este respecto, entre otros, "los medios y métodos utilizados en el curso del ataque, el estado de las víctimas, su número, la naturaleza discriminatoria del ataque, la naturaleza de los crímenes cometidos en su curso, la resistencia a los asaltantes en el momento y la medida en que se puede decir que la fuerza atacante ha cumplido o ha intentado cumplir con los requisitos de precaución de las leyes de guerra "⁵⁹. Las víctimas del ataque no necesitan ser el objetivo de un ataque por su pertenencia a un determinado grupo, no se requiere una intención discriminatoria⁶⁰.

El requisito de población califica al grupo objetivo como "*civil*". Si bien las peculiaridades de CaH hablan en contra de una aplicación automática y sin reservas de la (estrecha) comprensión de los civiles en el derecho internacional humanitario ('DIH')⁶¹, en nuestro contexto es suficiente para referirse al artículo 50 (3) del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra según el cual "[La presencia dentro de la población civil de individuos que no entran en la definición de civiles no priva a la población de su carácter civil". Esta aclaración ha sido seguida por tribunales nacionales e internacionales⁶². Significa que el hecho de que pueda haber algunos no civiles (por ejemplo, combatientes de facto) en medio de un grupo de civiles (por ejemplo, en el contexto de una manifestación cívica) no priva a este grupo de su carácter civil. Además, no se

⁵⁶ Cf. TPIY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 644; ICC, Ruto et al., 23 de enero de 2012, Decisión de confirmación, párr. 164.

⁵⁷ TPIY, Kunarac, 12 de junio de 2002, AJ, párr. 90 (fn. Omitido); conc. Kordić y Čerkez, 17 de diciembre de 2004, AJ, párr. 95; Blaškić, 29 de julio de 2004, AJ, párr. 105; más recientemente Mladić, 22 de noviembre de 2017, TJ, párr. 3026.

⁵⁸ cf. ICTY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 644 (el requisito "asegura que lo que se alegará no será un acto en particular, sino un curso de conducta"); también Robinson, en Cryer et al., Introduction (2019), p. 236.

⁵⁹ cf. TPIY, Kunarac, 12 de junio de 2002, AJ, párr. 91 (fn. Omitido); conc. Blaškić, 29 de julio de 2004, AJ, párr. 105; TPIR, Semanza, 15 de mayo de 2003, TJ, párr. 330; conc. SCSL, Fofana y otros, 28 de mayo de 2008, AJ, párr. 299; CPI, Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párr. 82; Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párrs. 1104-5; Bemba, 21 de marzo de 2016, TJ, párr. 154; Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 668.

⁶⁰ Cf. TPIY, 15 de julio de 1999, Tadić, AJ, párrs. 283 ss., 288 ss. ("Intención discriminatoria ... solo con respecto a aquellos crímenes para los cuales esto se requiere expresamente, es decir, para el artículo 5 (h), en relación con varios tipos de persecución"). Véase también en la medida en que "por motivos de focalización" Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 715.

⁶¹ Cf. Hall / Ambos, en Triffterer y Ambos, Comentario (2016), Art. 7 mn. 24. El autor abordará el tema con mayor profundidad en un documento sobre la contribución del ECCC a esta pregunta en un próximo número especial del JICJ sobre el legado del ECCC.

⁶² ICC, Bemba, 21 de marzo de 2016, TJ, párr. 153; Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1105; Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 668; Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 63; también TPIY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 638; Galić, 30 de noviembre de 2006, AJ, párr. 144; Blaškić, 29 de julio de 2004, AJ, párr. 115 (dependiendo del número de soldados); TPIR, Akayesu, 2 de septiembre de 1998, TJ, párr. 582; Nzabi-rinda, 23 de febrero de 2007, TJ, párr. 22.

requiere que el ataque se dirija contra la población civil en su conjunto, sino solo contra un número suficiente de individuos⁶³.

2.4. El elemento de la política ("ataque ... [que] responde a una política del Estado")

(a) Consideraciones generales

Tanto la Ley 20.352 (Art. 1 (2)) como el Estatuto de la CPI (Art. 7 (2) (a)) contienen el requisito de una política, aunque, como ya se indicó anteriormente (II.1.), la ley chilena es, por un lado, más clara, en que la política requerida se refiere explícitamente al ataque generalizado o sistemático en su conjunto, pero, por otro lado, es demasiado amplia en cuanto al concepto de política, que lo extiende a una mera política de agentes estatales ("política ... de sus agentes").

Antes de examinar más de cerca el elemento de política (y la interpretación restrictiva resultante) del Art. 1 (2) de la Ley 20.352), vale la pena señalar que los Estatutos de otros tribunales penales internacionales no contienen ese elemento⁶⁴ y su jurisprudencia incluso rechaza su estado de derecho consuetudinario desde la Sentencia de Apelaciones de Kunarac⁶⁵, dando este elemento, como máximo, un peso probatorio como indicación de la existencia de un ataque generalizado o sistemático⁶⁶. En cualquier caso, aparte del desarrollo poco claro del derecho internacional consuetudinario en esta y otras áreas⁶⁷, la falta del elemento de política no significa que este elemento no pueda derivarse del requisito del ataque, especialmente en su forma sistemática⁶⁸, como ya se indicó anteriormente⁶⁹. Para cualquier tipo de conducta sistemática se requiere, por pequeño que sea, un grado de organización que, a su vez, requiere una política y una entidad lo suficientemente poderosa como para implementarla⁷⁰. Por lo tanto, el calificador "sistemático" inevitablemente implica un

⁶³ cf. ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1105.

⁶⁴ cf. por un lado el art. 5 TPIY y art. 3 Estatutos del TPIY y, más recientemente, el art. Ley KSC, supra nota 32, que solo copia el párr. 1 del art. 7 Estatuto de la CPI pero no párr. 2 que contiene el elemento de política. Para más detalles, incluido el derecho internacional consuetudinario, Hall / Ambos, en Triffterer y Ambos, *Commentary* (2016), art. 7 mn. 109; Robinson, en Cryer et al., *Introduction* (2019), págs. 234 y sigs.

⁶⁵ TPIY, Kunarac, 12 de junio de 2002 AJ, párr. 98, básicamente siguiendo a Mettraux (2002), 237 HarvILJ 43, 270 ss.; crit. Schabas, *Comentario* (2016), p. 157 ("poco convincente"); Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 712-713; Robinson, en Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 235.

⁶⁶ cf. supra nota 52 y texto principal.

⁶⁷ Así, la Corte Suprema de Canadá indica con razón, haciendo referencia explícita al art. 7 (2) (a) Estatuto de la CPI, que "el derecho internacional consuetudinario puede evolucionar con el tiempo para incorporar un requisito de política ..." (*Mugesera v. Canadá*, [2005] 2 SCR 100, párr. 158).

⁶⁸ Cf. en más detalle Ambos, *Tratado ICL II* (2014), págs. 67–76; también Chaitidou, en Bergsmo y Song, *Convención* (2014), págs. 47, 66-7; sobre la equivalencia también Robinson, en Cryer et al., *Introduction* (2019), pp. 232-3, 236.

⁶⁹ Supra nota 51 con texto principal.

⁷⁰ CPI, Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 216 ("ambos se refieren a un cierto nivel de planificación del ataque ... evidencia de planificación, organización u orientación ... relevante para probar tanto la política como la naturaleza sistemática del ataque ..."). Cf. también Katanga y Ngudjolo Chui, 30 de septiembre de 2008, Decisión de confirmación, párr. 396; Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1111 ("sistemática" presupone la política); Bemba, 15 de junio de 2009, Decisión de confirmación, párr. 81; conc. Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párr. 96 (la organización y el "patrón regular" pertenecen al núcleo de la noción de "sistemático").

elemento de política sin, sin embargo, asimilar completamente "política" y "sistemático". De hecho, la jurisprudencia subraya la diferencia entre los dos conceptos argumentando que el elemento "sistemático" es más exigente que la "política"⁷¹; en cualquier caso, es claramente necesario aclarar aún más la relación entre estos dos elementos⁷². Por otro lado, el elemento de política puede, posiblemente, también inferirse del calificador "generalizado" (cf. ya supra (b) *in fine*) dado que múltiples actos deben emanar o contribuir a una política estatal u organizativa⁷³.

Estas consideraciones dejan en claro que el requisito de política y su función es clave para capturar completamente la lógica de CaH. Habla de la ilicitud específica de CaH que los distingue tanto de la criminalidad ordinaria como de las violaciones básicas de los derechos humanos⁷⁴. Por lo tanto, la función principal del elemento de política es señalar⁷⁵ actos de violencia aleatorios ("oportunistas") o "criminales aislados", conducta "desde el alcance de CaH"⁷⁶ y enfatizar la naturaleza planificada, dirigida, organizada y similar al patrón del ataque⁷⁷. Sin embargo, un ataque generalizado solo, en el sentido cuantitativo del término, no implica necesariamente una política (aunque podría ser como se acaba de argumentar anteriormente); de lo contrario, incluso los delitos

⁷¹ CPI, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párrs. 1111 ss. (no "sinónimo" [1111], la naturaleza sistemática del ataque va más allá de la existencia de una política [1113]); también Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación, párr. 216 (a pesar de la similitud indicada en la nota anterior, los conceptos "no deben combinarse" e "implican umbrales diferentes"). En la misma línea, Robinson, en Bergsmo y Song, Convención (2014), págs. 103, 114 ss. (argumentando que "la" política "no necesariamente requiere una planificación deliberada, dirección u organización de la orquesta, sino solo que algún Estado u organización debe haber alentado al menos el ataque ..."); también Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 714 ("sistemática" que requiere "un alto grado de coordinación y actividad de organización", "política" "más moderada, satisfecha por un vínculo más general con un estado u organización" que "puede demostrarse por la improbabilidad de que los delitos sean actos imprevistos casuales"), 721 (política "menos exigente"); críticamente de la casi equivalencia de "sistemática" y "política" en la jurisprudencia ICC Halling (2010), 836 LJIL 23, 836-7; Sadat (2013) 334 AJIL 107, 334; Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 713-714.

⁷² Para una buena discusión ver Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 714; Marchuk (2017) 55 BostonUniv.ILJ 35, 55 ss.

⁷³ cf. CPI, Blé Goudé, 11 de diciembre de 2014, Decisión de confirmación, párr. 128 ("el curso de conducta contra la población civil se llevó a cabo de conformidad con una política estatal u organizativa"); Bemba, 21 de marzo de 2016, TJ, párr. 151; Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párrs. 663-4; cf. también Chaitidou, en Bergsmo y Song, Convención (2014), págs. 47, 65; considerando que "generalizado" implica un umbral más alto Robinson, en Cryer et al., Introduction (2019), p. 233.

⁷⁴ Véase más convincentemente ICC, Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, Opinión disidente Juez Kaul, párr. 56 ss. (63: "rasgo decisivo, característico e indispensable de CaH.... Fundamento fundamental y fundamental..."). En más detalle cf. Ambos, Tratado ICL II (2014), págs. 55-56 con más referencias.

⁷⁵ cf. por ejemplo, CPI, Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párr. 117.

⁷⁶ Se remonta al Proyecto de Código de 1996 de la ILC, art. 18 con comentarios (aquí citados del párrafo 5). Cf. también Robinson, en Bergsmo y Song, Convención (2014), págs. 119-120 (descartando "crimen ordinario no relacionado"); Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 705; también Gil Gil, en Gil Gil y Maculan, DPI (2019), p. 427 ("concepto más estricto" de CaH); Jurovics, en Fernández y Pacreau, Comentario (2012), p. 459; Meseke, Verbrechen gegen die Menschlichkeit (2004), pág. 135.

⁷⁷ CPI, Katanga y Ngudjolo Chui, 30 de septiembre de 2008, Decisión de confirmación, párr. 396; Bemba, 15 de junio de 2009, Decisión de confirmación, párr. 81; Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párrs. 84 ss. ; para una visión matizada con respecto a un "patrón regular", sin embargo, ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párrs. 1112-1113 (distinguiendo "política" de "ataque sistemático" que requiere un patrón).

comunes, si solo están lo suficientemente "generalizados", equivaldrían a CaH⁷⁸. Por lo tanto, un ataque generalizado cuantitativamente solo equivale a CaH, si al mismo tiempo está, cualitativamente, basado en ("de conformidad con o en promoción de "[Art. 7 (2) (a) Estatuto de la CPI]) una determinada política de una entidad centralizada y colectiva⁷⁹. De hecho, el requisito de la política implica, según lo establecido explícitamente por los Elementos de Crímenes de la CPI, que el Estado (u organización) "promueve activamente [s] o alienta [s]" el ataque⁸⁰. Así, mientras que el art. 7 (2) (a) El Estatuto de la CPI no requiere que un ataque sea generalizado y sistemático (ya que eso convertiría la formulación disyuntiva del párrafo 1 en acumulativa), implica que cualquier ataque, independientemente de ser generalizado o sistemático, sea "de conformidad con o en cumplimiento de una política estatal u organizativa" (Art. 7 (2) (a) Estatuto de la CPI) o, en palabras de la Ley 20.352, "responda a una política del Estado ..." . Como consecuencia, debe haber un nexo entre el ataque y la política⁸¹.

Tenga en cuenta que las autoridades internacionales siempre se refieren a una política de una *entidad colectiva* que *excluye* una asociación flexible de individuos sin una estructura jerárquica y una *autoridad centralizada*. Si bien esto puede ser menos claro en el caso de actores no estatales ("política organizacional", Art. 7 (2) (a) Estatuto de la CPI)⁸², en el caso de un Estado, como en nuestro contexto, dicha política seguramente debe ser diseñada o provenir del nivel central del gobierno⁸³, no solo de agencias estatales subordinadas (de seguridad) o incluso simples "agentes" ("agentes", Art. 1 (2) Ley 20.352)⁸⁴. De lo contrario, la función distintiva del elemento de política - para distinguir a CaH de los delitos comunes / violaciones básicas de los derechos humanos, como se explicó anteriormente se vería socavado, CaH se acercaría mucho a las violaciones (generalizadas) de los derechos humanos por parte de distintas fuerzas de seguridad del Estado. Así, la parte respectiva del art. 1 (2) La Ley 20.352 debe

⁷⁸ cf. Ambos, Tratado ICL II (2014), p. 69, con más referencias.

⁷⁹ cf. también Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 707 ss. ("Corolario lógico" del ataque no aleatorio, "dimensión asociativa" [710], "escala y asociatividad" [711, énfasis en el original]); Werle y Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 1002.

⁸⁰ CPI, Elementos de crímenes (2013), p. 3, párr. 3.

⁸¹ cf. ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1115 (ataque "llevado a cabo de conformidad con o en cumplimiento de la política"), 1116 ("nexo" entre "curso de conducta" y "política").

⁸² cf. en cuanto al debate en el contexto del litigio de Kenia ante la CPI Ambos, Tratado ICL II (2014), págs. 73 y sigs. ; Schabas, Comentario (2016), p. 159, 161 ss. ; Robinson, en Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 238; Werle y Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 995 ss. Una autoridad líder incluso argumenta que el art. 7 (2) (a) "no se refiere a actores no estatales ..." (Bassiouni, *History I* (2005), p. 151-152), pero esta posición no está respaldada por la ley y la práctica actuales (lo señalo en pasando que Bassiouni era el presidente del Comité de Redacción de la Conferencia de Roma).

⁸³ Véase también el Proyecto de Código ILC 1996, art. 18 ("dirigido por un gobierno").

⁸⁴ La referencia al TPIY, Blaskic, 3 de marzo de 2000, TJ, párr. 205 en el sentido de que la política "no necesita implicar los niveles más altos de un estado u organización" (véase, por ejemplo, Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 709 con fn. 14, énfasis en el original) es engañoso en lo que respecta a las preocupaciones la entidad anterior ("estado"). Para el Blaskic TC se analiza la "maquinaria del Estado" en este contexto (párr. 205) en lugar de una organización (no estatal), como queda claro a partir de las referencias a la discusión de la ILC ("bandas criminales") y el caso francés de Barbie ("... fuerzas y organizaciones mayores ... que las de ciertos países ..."). También vale la pena recordar en este contexto, como ya se mencionó (supra nota 64 con texto principal) que los Estatutos de los Tribunales Ad Hoc ni siquiera prevén un elemento de política.

interpretarse de manera restrictiva en línea con el telos de CaH, exigiendo, bajo cualquier circunstancia, una política estatal (que, por supuesto, puede ser implementada por agentes estatales). Aparte de eso, es importante tener en cuenta que el ataque en su conjunto, no el acto subyacente individual, tiene que llevarse a cabo de conformidad con una política⁸⁵ (como ya se explicó anteriormente, 2.1., El acto subyacente debe ser parte del ataque - requisito de nexos-, pero no necesariamente tiene sus características generalizadas/sistemáticas).

En cuanto a la forma de la política, no hay gran controversia. Los tribunales *ad hoc* han declarado en repetidas ocasiones que "[t] aquí no es requisito que esta política deba adoptarse formalmente como la política de un estado"⁸⁶ (o de una organización que puede ser igualmente el "hacedor de políticas" como reconocida explícitamente por el Art. 7 (2) (a) Estatuto de la CPI pero no relevante en nuestro contexto)⁸⁷; ni la política o el plan "necesariamente deben declararse expresamente o incluso declararse de manera clara y precisa"⁸⁸. Puede desarrollarse como parte de un proceso continuo a medida que se emprenden acciones⁸⁹. Por lo tanto, en resumen, una política implícita o de facto es suficiente.

Si bien la política seguramente debe ser una para cometer CaH⁹⁰ y la entidad detrás de ella debe promover o alentar el ataque respectivo⁹¹, esto no responde a la pregunta de cómo se manifiesta esta política, cómo se expresa. ¿Es necesaria una conducta activa o es suficiente una mera omisión (aquiescencia, tolerancia)? Mientras que una política activa parece estar implícita en el calificador sistemático, ¿cómo se puede planificar u organizar algo sin la política activa respectiva de la entidad que lo respalda? - está menos claro cómo puede existir una política con respecto a una multiplicidad de actos criminales (es decir, un ataque generalizado) que no están organizados o planificados (es decir, sistemáticos). Esto parece concebible solo si la política también puede consistir en una omisión por parte de la entidad, por ejemplo, en la omisión deliberada

⁸⁵ Con énfasis en ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1115: "... no ... que demuestre que cada uno de los actos enumerados en el artículo 7 (1) del Estatuto se llevó a cabo de conformidad con o en cumplimiento de una política estatal u organizativa ...", pero "la operación o curso de conducta [es decir, el ataque , KA] ...".

⁸⁶ cf. ICTY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 653; TPIR, Akayesu, 2 de septiembre de 1998, TJ, párr. 580; más recientemente ICTY, Mladić, 22 de septiembre de 2017, TJ, párr. 3025; Karadžić, 24 de marzo de 2016, TJ, párr. 477; ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1108. Cf. también Robinson, en Bergsmo y Song, *Convention* (2014), págs. 122 y sigs.

⁸⁷ cf. Hall / Ambos, en Triffterer y Ambos, *Comentario* (2016), Art. 7 mn. 111.

⁸⁸ TPIY, Blaškić, 3 de marzo de 2000, TJ, párr. 205; cf. también ICC, Katanga y Ngudjolo Chui, 30 de septiembre de 2008, Decisión de confirmación, párr. 396; Bemba, 15 de junio de 2009, Decisión de confirmación, párr. 81; Ka-tanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párrs. 1108 ss. (sin "diseño formal", "dado que las motivaciones explícitamente avanzadas son, en última instancia, de poca importancia"); Bemba, 21 de marzo de 2016, TJ, párr. 160 (política "no se formalizará"); Ntaganda, 14 de junio de 2014, Decisión de orden de detención, párr. 24.

⁸⁹ cf. ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1110 (la política solo puede hacerse visible "en el curso de su implementación", como "parte de un proceso continuo", es decir, de forma retrospectiva); Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 674 ("cristalizar y desarrollar ... a medida que se emprenden las acciones").

⁹⁰ cf. ya, TPIY, Tadić, 7 de mayo de 1997, TJ, párr. 653.

⁹¹ cf. Ya supra nota 80 con texto principal.

de tomar medidas de protección⁹², tolerando así los respectivos delitos (no sistemáticos)⁹³. Sin embargo, la omisión es un escenario excepcional y “no puede ser inferido únicamente de la ausencia de acción gubernamental u organizativa.”⁹⁴ Si bien esto parece limitar la política a la conducta activa⁹⁵, no está claro cómo distinguir, objetivamente, entre una simple omisión (falta de acción) y ausencia de acción; una distinción subjetiva, centrada en la mera negligencia en el primer caso y en la tolerancia dirigida conscientemente para facilitar la comisión de crímenes en el último caso⁹⁶, aunque teóricamente posible, conlleva los problemas usualmente probatorios con respecto a la prueba de un estado de trastorno mental.

En este contexto, parece que la manifestación de la política depende de la naturaleza del ataque como sistemática o generalizada. En el primer caso, la política proporcionaría al menos cierta orientación con respecto a las posibles víctimas para coordinar las actividades de los perpetradores individuales. Un ataque sistemático, por lo tanto, requiere una conducta activa del lado de la entidad detrás de la política sin que necesariamente constituya una actividad extensa o repetida. Más bien, lo que cuenta es si la conducta es suficiente para desencadenar y dirigir el ataque, por ejemplo, mediante promesas de impunidad para atacar a ciertas personas. Un ataque generalizado que no es al mismo tiempo sistemático es uno que carece de orientación u organización. La política detrás de tal ataque puede ser una mera inacción deliberada, tolerancia o aquiescencia.

(b) En particular: prueba de una política (el acertijo probatorio)

Claramente, cuanto menos explícita es una política, más difícil es probarla. Téngase en cuenta que esto es muy relevante en nuestro contexto, como veremos a continuación (IV.), Al aplicar la ley a los hechos. Por lo general, no existe una "pistola humeante" a través de un plan explícito o un diseño preestablecido⁹⁷, pero la existencia de una política debe inferirse de una serie de factores, por ejemplo, como lo indica el TC de Ntaganda, la naturaleza planificada del ataque, la existencia de un patrón recurrente de violencia, la movilización de fuerzas (estatales), declaraciones u otros documentos atribuibles a la entidad⁹⁸. Anteriormente, el TC Katanga se refería a "acciones repetidas que ocurren de acuerdo con una misma secuencia, o la existencia de preparativos o movilización colectiva orquestada y coordinada por ese Estado u organización"⁹⁹. En

⁹² ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1108.

⁹³ Para ejemplos de esto, cf. Ambos, Tratado ICL II (2014), p. 70; en la misma línea, Robinson, en Bergsmo y Song, Convention (2014), págs. 130 y sigs. ; también Rodenhäuser (2014), 913 LJIL 27, 925-6.

⁹⁴ Cfr. CPI, Elementos de crímenes (2013), p. 3, párr. 3 con fn. 6; también ICC, Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 673. Obsérvese que el TC de Ntaganda afirmó una política de promoción "activa" de la UPC / FPLC de conformidad con una "estrategia preconcebida" dirigida específicamente a la población de Lendu (párr. 689).

⁹⁵ Fouchard, en Bellivier et al., Crimes (2018), p. 139.

⁹⁶ cf. Gil Gil, en Gil Gil y Maculan, DPI (2019), pág. 428.

⁹⁷ ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1109.

⁹⁸ cf. recientemente Ntaganda, 8 de julio de 2019, TJ, párr. 674 con más factores y varias referencias; anteriormente ICTY, Blaskic, 3 de marzo de 2000, TJ, párr. 204 (enumerando una serie de indicadores).

⁹⁹ ICC, Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párr. 1109.

términos concretos, la Cámara destacó la participación de las autoridades y comandantes locales, así como la naturaleza organizada de un ataque específico contra la población civil de una aldea¹⁰⁰. El PTC de Kenia enfatizó la naturaleza organizada y coordinada de los ataques que vinculan actos concretos de violencia (policial) con políticos y otros hombres en el fondo¹⁰¹. También vale la pena señalar en este contexto que la Fiscalía haya terminado un examen preliminar sobre los eventos en Honduras entre julio de 2009 y abril 2014 (después del golpe de estado del 28 de junio de 2009) por falta de pruebas suficientes de la política respectiva¹⁰².

Estas consideraciones abstractas tienen, por supuesto, límites. En última instancia, todo depende de las circunstancias concretas de la situación o caso respectivo. En la CPI, el enjuiciamiento de Laurent Gbagbo, ex presidente de Costa de Marfil, por presunto CaH cometido bajo su supervisión, es un buen ejemplo de la dificultad de encontrar pruebas convincentes del elemento de contexto, especialmente su requisito de política¹⁰³. Gbagbo ha sido absuelto con una mayoría de dos a uno (Jueces Tarfusser y Henderson, Juez Herrera Carbucciona disidente) por TC I el 15 de enero de 2019¹⁰⁴, la esencia del problema es la prueba de un ataque contra la población civil por las fuerzas pro-Gbagbo. En el momento de los procedimientos de confirmación, los jueces Kaul y van den Wyngaert (disidente del juez Fernández de Gurmendi) plantearon la cuestión de si la evidencia presentada con respecto a los requisitos de la política (centrándose en gran medida en la agregación de incidentes individuales posiblemente podría llegar a un ataque) fue suficiente para cumplir con el umbral de "fundamentos sustanciales para creer" del art. 61 (5) Estatuto de la CPI. La mayoría de la Cámara, en esencia después de la decisión anterior de no confirmación de Mbarushimana (mayoría)¹⁰⁵, no

¹⁰⁰ *Ibíd.*, párrs. 1142 y siguientes, 1167 (ataque sistemático a Bogoro de conformidad con una política).

¹⁰¹ CPI, Situación en Kenia, 31 de marzo de 2010, Decisión de autorización, párrs. 117 ss.

¹⁰² cf. ICC-OTP, Honduras (2015), párr. 102 ss. (103: "... si bien parece que el régimen de facto desarrolló un plan para asumir el poder y ejercer el control sobre el país, el diseño de este plan y la implementación de medidas de conformidad con este plan no implicaron ni constituyeron una política para comprometerse un ataque contra la población civil ...").

¹⁰³ Ver también Schabas, *Commentary* (2016), p. 159-60 (argumentando que algunos PTC "han sido muy exigentes con la evidencia de una política").

¹⁰⁴ cf. <<https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>>. La sentencia también concierne a Charles Blé Goudé, ya que los casos se unieron en la fase de juicio el 11 de marzo de 2015. Sin embargo, la versión final de la sentencia no se ha publicado hasta ahora: una vez se publicó en el sitio web pero luego se eliminó debido a problemas de confidencialidad. ; desde entonces no se ha vuelto a colocar.

¹⁰⁵ ICC, Mbarushimana, 16 de diciembre de 2011, Decisión de confirmación, párr. 242 y siguientes, especialmente 263-267 (decidiendo por mayoría [los jueces Steiner y Tarfusser, el juez Mmasenono Monageng disienten] que CaH por falta del elemento de política, de conformidad con el estándar probatorio del artículo 61 (5) del Estatuto de la CPI, no ha sido establecido. Esta decisión ha sido confirmada, así como la Decisión de Cierre de Gbagbo (infra nota 118), por el AC (Mbarushimana, 20 de mayo de 2012, Decisión de Cierre de Apelación). La Decisión de Cierre de Gbagbo se refiere en su parte pertinente (párr. 24 y siguientes) .con fn. 38 ss.) varias veces simultáneamente a la Confirmación de PTC de Mbarushimana y la decisión de AC. Para una crítica detallada de la decisión de Confirmación de Mbarushimana, Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 724 ss. (argumentando que el enfoque de la mayoría fue "inapropiadamente estricto", "incongruente con sus propios hallazgos de hechos" y "inexplicablemente riguroso ... evaluando cada evidencia de política de forma aislada sin considerar la totalidad". [725]).

estaba convencida. Por lo tanto, se suspendió la audiencia de confirmación y el Fiscal solicitó presentar más pruebas¹⁰⁶. Echemos un vistazo más de cerca a los principales puntos de evidencia legal de la mayoría del PTC.

La decisión comienza con una distinción entre la prueba de la responsabilidad personal del sospechoso y la prueba del elemento de contexto de CaH argumentando que la primera "necesita para ser probado con mayor detalle que el último."¹⁰⁷ En cualquier caso, mientras que la información "relevante como prueba de los elementos contextuales "puede ser" menos específica ", aún debe ser" suficientemente probatoria y específica para apoyar la existencia de un "ataque" contra una población civil "¹⁰⁸. Por lo tanto, esta información debe incluir, por ejemplo, detalles sobre la " identidad de los perpetradores, o al menos información sobre el grupo al que pertenecían ", también en cuanto a la identidad de las víctimas o al menos su lealtad política o de otra índole¹⁰⁹. Además, el Fiscal debe probar "un número suficiente de incidentes relevantes para el establecimiento" del elemento de contexto¹¹⁰. En cuanto al tipo de evidencia¹¹¹, el PTC considera "preferible" tener "tanta evidencia forense y material como sea posible", "debidamente autenticada" y con "cadenas de custodia claras e ininterrumpidas"¹¹²; si se ofrece evidencia testimonial, debe ser de "primera" mano ", mientras de cualquier evidencia claramente tiene "menos valor probatorio", y los rumores anónimos son especialmente problemáticos¹¹³. En este contexto, la mayoría expresa una "seria preocupación" de que el Fiscal "se haya basado en gran medida en informes de ONG y artículos de prensa" ya que este tipo de evidencia es ni el producto de una "investigación completa y adecuada" ni "generalmente constituye un sustituto válido para el tipo de evidencia" mencionado anteriormente¹¹⁴. Por lo tanto, en última instancia, la mayoría "no está preparada para aceptar acusaciones comprobadas únicamente a

¹⁰⁶ ICC, Gbagbo, 3 de junio de 2013, Adjo Decisión de urna, después del párr. 47 (Juez Fernández de Gurmendi disidente). La Cámara solicitó al Fiscal específicamente que proporcione más pruebas sobre seis cuestiones (ibid., Párr. 44), a saber, entre otras cosas, las "posiciones, movimientos y actividades" de los grupos armados pertinentes, la "estructura organizativa de las 'fuerzas pro-Gbagbo' "(especialmente "cómo el 'círculo interno' coordinó, financió y proporcionó los medios para las actividades de los diferentes subgrupos ... ") , " [H] ahora, cuándo y por quién se adoptó una supuesta política / plan para atacar ... incluyendo información específica sobre reuniones ... " e información muy específica y precisa sobre los supuestos (sub) incidentes (por ejemplo , en relación con los perpetradores y su vínculo con una presunta política y número de víctimas, los actos concretos cometidos, etc.

¹⁰⁷ ICC, Gbagbo, 3 de junio de 2013, Decisión de aplazamiento, párr. 22.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid., Párr. 23.

¹¹¹ Ibid., Párrs. 24 ss.

¹¹² Ibid, párr. 27.

¹¹³ Ibid., párrs. 27-8; para un enfoque más flexible Robinson, EJIL: Talk, noviembre de 2019, Parte 2; sobre rumores (anónimos) en procedimientos penales internacionales también Ambos, Tratado ICL III (2016), pp. 474 y sigs.

¹¹⁴ CPI, Gbagbo, 3 de junio de 2013, Decisión de aplazamiento, párr. 35; también párr. 36 ("incapaz de atribuir mucho valor probatorio a estos materiales"). Para una opinión contraria, Robinson, EJIL: Charla, noviembre de 2019, Parte 1 ("... Los informes de las Naciones Unidas y las ONG pueden proporcionar información confiable ...").

través de rumores anónimos". en evidencia documental ... "115. En cuanto a las inferencias (extraídas de la conducta de Gbagbo, su círculo íntimo y sus fuerzas), la mayoría enfatiza que deben estar" suficientemente respaldadas por la evidencia "116.

Si bien los cargos contra Gbagbo han sido confirmados en un segundo intento un año después (nuevamente por una decisión mayoritaria)¹¹⁷, el AC confirmó las consideraciones probatorias de la decisión de aplazamiento del PTC¹¹⁸ y el TC, como ya se dijo anteriormente, absolvió a Gbagbo por falta de pruebas (nuevamente por mayoría)¹¹⁹. Esto parece sugerir que las fallas del caso del Fiscal resaltadas por la suspensión de la mayoría con vistas a, entre otras cosas, el elemento de política de CaH, no parecen haber sido subsanados en el juicio, al menos a los ojos de la mayoría TC. Para estar seguros, tanto la decisión de aplazamiento del PTC (confirmada por el AC) como la absolución del TJ (aún bajo apelación) han recibido algunas graves críticas sobre la opinión de la mayoría sobre la evidencia¹²⁰. En cualquier caso, sin embargo, toda la controversia, con cámaras divididas y un debate académico en curso, muestra que el enfoque probatorio del elemento de política de CaH no está resuelto de ninguna manera y de hecho es un eufemismo si uno de los elementos básicos contendientes llama al elemento de política "un umbral bastante básico que es bastante fácil de satisfacer"¹²¹.

¹¹⁵ *Ibid.*, Párr. 37; por el contrario, un enfoque mucho más flexible Opinión disidente, Juez Fernández de Gurmendi, párrs. 23 ss. (criticando, en el párrafo 48, el "error legal y metodológico" de la mayoría "para tratar de evaluar el requisito de política en relación con actos separados, o incidentes", en lugar de considerarlo con respecto al ataque como un completo "y, además, el" enfoque parcial de los hechos y las pruebas "de la mayoría que" simplemente no es útil para evaluar las formas sistémicas de criminalidad").

¹¹⁶ ICC, Gbagbo, 3 de junio de 2013, Decisión de aplazamiento, párr. 36.

¹¹⁷ ICC, Gbagbo, 12 de junio de 2014, Decisión de confirmación (Juez van den Wyngaert disidente).

¹¹⁸ ICC, Gbagbo, 16 de diciembre de 2013, Decisión de Apelación de Apelación, párrs. 36 ss., 67.

¹¹⁹ Cf. <<https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>> La sentencia escrita se publicó en el sitio web, pero se eliminó nuevamente, ya que aparentemente contenía información confidencial. Al momento de redactarse, la nueva versión redactada de la sentencia no se ha presentado nuevamente.

¹²⁰ Para una crítica detallada de la decisión de aplazamiento de PTC (mayoría) ver Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 716 ss. (argumentando que inferir la política "de la improbabilidad de la hipótesis competitiva de la coincidencia" habría sido suficiente para afirmar una política CaH de las fuerzas pro-Gbagbo [723] y pedir una "corrección" de esta jurisprudencia [731]) y Robinson, en Cryer et al., Introduction (2019), p. 237 (argumentando que una "política puede inferirse de la manera en que ocurren los eventos" o "de la improbabilidad de la hipótesis rival ..."). En esencia, el punto de vista de Robinson corresponde a las opiniones disidentes de los jueces Mmasenono Monageng y Fernández de Gurmendi en las decisiones de Confirmación Mbarushimana y Clausura de Gbagbo. Robinson y col. También trató de convencer al ICC AC, sin éxito, de revocar la decisión de aplazamiento del PTC (cf. Robinson et al., Amicus Curiae (2013)). Para su reciente crítica sobre la absolución de los TJ, ver Robinson, EJIL: Talk, noviembre de 2019 (tres partes) criticando un enfoque de la evidencia "Car-tesian" ("hiperesceptico"). Robinson parece haberse apoderado de la versión una vez publicada de la sentencia (supra nota 104).

¹²¹ Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 706. Si bien el elemento de política es, como ya se dijo anteriormente (nota 71), menos exigente que el calificador sistemático, no es completamente poco exigente, es decir, "bastante fácil de satisfacer". Igualmente, exige evidencia sólida (primaria y confiable) para probar el elemento de política no crea "nuevos obstáculos formidables" o significa "imponer concepciones idealizadas del elemento de política" (*ibid.*, p. 730).

2.5. Elemento subjetivo

El artículo 7 (1) del Estatuto de la CPI exige explícitamente que el autor cometa los actos con conocimiento del ataque generalizado o sistemático más amplio contra la población civil. La Ley 20.352 no dice nada al respecto. El requisito de conocimiento se define más detalladamente en los Elementos de crímenes de la CPI¹²², que requieren que "[el] perpetrador sabía que la conducta era parte o pretendía ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil", es consistente con la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, que concluyó que el autor debe saber que hay un ataque contra una población civil y que ella sabe que sus actos son parte de ese ataque¹²³.

El requisito de conocimiento constituye un elemento mental adicional a ser distinguido del elemento mental general del Artículo 30 del Estatuto de la CPI¹²⁴ (o, para el caso, el *dolus* general de acuerdo con el Art. 2 del Código Penal de Chile ['PC']¹²⁵). En términos estructurales, el requisito de conocimiento proporciona la conexión necesaria entre los actos individuales del perpetrador y el ataque general por medio de la mentalidad del perpetrador, y asegura que los actos individuales y aislados, que solo se han llevado a cabo simultáneamente con un ataque general (los llamados actos "oportunistas"), no califican como CaH¹²⁶.

Si bien los autores deben ser conscientes de que sus actos forman parte del ataque colectivo, esto no significa que deben tener conocimiento de todo el ataque en todos sus detalles.¹²⁷ Los contenidos específicos del conocimiento requerido y si se discuten los objetos de referencia¹²⁸, pero se puede dispensar una discusión adicional aquí ya que no hay información (cf. III.) sobre el estado mental de los presuntos autores de los actos subyacentes de CaH. En cualquier caso, el conocimiento necesario puede ser probado por evidencia circunstancial¹²⁹

¹²² CPI, Elementos de crímenes (2013), p. 4, art. 7 (1) (a), párr. 3.

¹²³ TPIY, Tadić, 15 de julio de 1999, AJ, nota 73, párr. 248; Kunarac, 12 de junio de 2002, AJ, párrs. 99, 102; más recientemente Karadžić, 24 de marzo de 2016, TJ, párr. 479; Mladić, 22 de noviembre de 2017, TJ, párr. 3029; ICTR, Musema, 27 de enero de 2000, TJ, párr. 206; más recientemente Munyakazi, 5 de julio de 2010, TJ, párr. 504; ICC, Katanga y Ngudjolo Chui, 30 de septiembre de 2008, Decisión de confirmación, párrs. 401-2; Al Bashir, 12 de julio de 2010, Decisión sobre la segunda orden de detención, párr. 87; Katanga, 7 de marzo de 2014, TJ, párrs. 782, 971, 983.

¹²⁴ Cf. Ambos, Tratado ICL II (2014), p. 77, con más referencias.

¹²⁵ La PC no define el *dolus* pero se entiende de acuerdo con la doctrina convencional que contiene un elemento cognitivo y volitivo, cf. Politoff et al., DP Chileno (2004) p. 255.

¹²⁶ cf. también Robinson, en Cryer et al., Introduction (2019), p. 241.

¹²⁷ Cf. CPI, Elementos de crímenes (2013), p. 3, párr. 2 (sin "conocimiento de todas las características del ataque"); también Ambos, Tratado ICL II (2014), p. 78 con más referencias.

¹²⁸ cf. Ambos y Wirth (2002), 1 CLF 13, 37 ss. ; para más detalles Hall / Ambos, en Triffterer y Ambos, Comentario (2016), Art. 7 mn. 26.

¹²⁹ CPI, Bemba, 15 de junio de 2009, Decisión de confirmación, párr. 126; Bemba, 21 de marzo de 2016, TJ, párrs. 166-9; Katanga y Ngudjolo Chui, 30 de septiembre de 2008, Decisión de confirmación, párr. 402.

III. Datos disponibles

1. Datos presentados en la Acusación Constitucional

De acuerdo con nuestro mandato (supra I.), los datos relevantes deben tomarse de la AcusCon. Estos hechos ("hechos fundantes") se presentan en la segunda y tercera parte de la AcusCon (pp. 5 y siguientes, 8 y siguientes)¹³⁰, aunque algo confusos con consideraciones legales y normativas. Como estos no pertenecen a la base fáctica propia de la situación bajo examen, serán tratados en nuestra evaluación (legal) (IV.1.).

En cuanto a los hechos reales, el documento comienza con 13 párrafos (números) (pp. 6-8) que se refieren principalmente a la protesta, sus causas y las (contra) medidas del gobierno, solo señalando en el párr. 12 (p. 8) a datos del Instituto Nacional de Derechos Humanos ('INDH') según los cuales el 27 de octubre la situación era la siguiente: "hay" un número de 547 personas heridas por el uso de armas de fuego, 122 lesiones graves ("en sus globos oculares") y 103 denuncias ("querellas") han sido presentadas en referencia a torturas, malos tratos y violencia sexual por parte de las fuerzas militares y policiales, 5 (cinco) asesinatos por agentes estatales y 3.193 personas detenidas. No está claro si todas estas cifras se confirman, ya que la información en sí misma cambia de la presentación de - al parecer - hechos objetivos al principio (con respecto a las personas lesionadas y maltratadas) a una mera presentación de quejas seguidas de la declaración como a personas asesinadas y detenidas. AcusCon vuelve a referirse a estos datos (las 103 denuncias de tortura, etc.) en la pág. 17 (Segunda Parte, Capítulo II) y luego a varios casos documentados por el INDH (págs. 21-23) que indican un mayor (¡sic!) Número de personas heridas (1,092 de las cuales 546 por armas de fuego de las cuales 122 han sido alcanzadas en el globo ocular) sobre la base de la visita a 50 hospitales entre el 17 y el 27 de octubre de 2019 (p. 21); repite el número de detenidos (3.193) sobre la base de 104 visitas en comisarías de policía¹³¹.

El documento cita una declaración de la Asociación Nacional de Jueces (Asociación Nacional de Magistrados) donde la Asociación expresa preocupaciones sobre el uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad (militares) que, si se demuestra que son ciertas ("acciones de ser ciertas"), va más allá de lo permitido bajo el estado de emergencia y que es "especialmente preocupante" ("especialmente preocupante") debido a las múltiples quejas de acción excesiva con respecto a los tratos crueles, inhumanos y degradantes, especialmente con respecto a los niños y jóvenes (p. 23). La AcusCon también cita un informe del "Departamento de Derechos Humanos del Colegio Médico de Chile" según el cual al menos el 6% de los heridos pertenecen a menores y el 68% de las lesiones son causadas por proyectiles (p. 23). El documento cita además una declaración de los "Juventudes Comunistas" quejándose de arrestos ilegales y arbitrarios y persecución política (p. 24) y una serie de informes periodísticos de violaciones de derechos (pp. 25-6).

¹³⁰ El documento no indica páginas, pero las citaré del archivo pdf y / o me referiré a la parte respectiva o a las notas a pie de página respectivas.

¹³¹ El INDH señala además (como se cita en la página 22): "Hemos registrado simulacros de ejecución, desnudos, amenazas de violencia y otras formas de violencia sexual, grave maltrato físico y verbal, golpes, excesiva demora de la policía en "conducir a las personas detenidas a la comisaría, manteniéndose en los furgones, con mala ventilación y hacinadas, durante largas horas".

2. Hechos presentados en otras fuentes (hasta el 15 de noviembre de 2019)

Dada la importancia de la base fáctica para las siguientes conclusiones, se han llevado a cabo algunas investigaciones adicionales, aunque no son requeridas por nuestro mandatario, para contrastar los hechos presentados en el AcusCon con otras fuentes. Claramente, la fuente más importante es el INDH, ya que funciona directamente en el terreno y, por lo tanto, presenta información de primera mano (primaria). Actualiza sus números regularmente a través de Twitter¹³².

Un informe de radio¹³³, citando datos (anteriores) del INDH, da números ligeramente más bajos que el AcusCon. Esto, por supuesto, no es sorprendente dado que el número de víctimas/incidentes aumenta con el tiempo. El informe menciona el abuso de la fuerza policial durante y antes de las detenciones en forma de despojo forzado, abuso físico y verbal ("maltrato físico y verbal")¹³⁴, palizas ("golpes") y la policía mantiene detenidos en camionetas superpobladas con poca ventilación para largas horas. Al parecer, la gran mayoría de las personas están detenidas por simples desordenes, por lo que generalmente salen de la estación de policía el mismo día. De las personas registradas ingresadas en los hospitales, varias resultaron heridas debido a armas de fuego (heridas por armas de fuego), heridas (lesionadas) y muchas de ellas con lesiones oculares debido al impacto de los perdigones (heridas oculares a causa de impacto de balines). Con el tiempo, estos números siguen aumentando, como era de esperar¹³⁵.

Los números INDH del 10 de noviembre¹³⁶ indican lo siguiente: 5.629 detenciones (de las cuales 861 son mujeres, 3.981 hombres y 634 menores), 2.009 heridos hospitalizados (643 fueron afectados por perdigones¹³⁷), 42 por balas, 41 por balines y 345 por armas de fuego no identificadas, 938 por otros golpes, gases y otros ["golpes, gases y otros"]; 182 de estos resultaron con lesiones oculares) y 283 casos judiciales ("acciones judiciales": 5 homicidios, 6 intentos de homicidio ["homicidio frustrado"], 52 denuncias de violencia sexual, 192 de tortura y trato cruel ["torturas y tratos crueles"], 12 denuncias de lesiones ["querellas lesiones"], tres recursos adicionales ["recursos de queja"] y 13 casos de recursos constitucionales ["amparos"]). Según los números más

¹³² <<https://twitter.com/inddhh>>.

¹³³ <<https://radio.uchile.cl/2019/10/22/nuevo-informe-del-indh-reporta-1-601-detenidos-y-violencia-sexual-contra-mujeres/>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

¹³⁴ El informe cita ejemplos dados por el INDH, entre otros, de la siguiente manera: "Dos de las querellas son por hechos de violencia sexual contra mujeres en Comisarías. Una de ellas relatada haber sido puesta de boca al suelo sobre la basura y con el arma de servicio, haber sido amenazado con disparar si se mueve, para luego tocar su cuerpo con el fusil y amenazarla con penetrarla con el arma, a hacer sentadillas, fue insultada y amenazada con violencia sexual".

¹³⁵ Cf. específicos números publicados por el INDH el 4 de noviembre de 2019 <<https://twitter.com/inddhh/status/1191410625739661315/photo/1>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

¹³⁶ <<https://twitter.com/inddhh/status/1193613314217185281>>. Cf. también CNN Chile, 23.10.2019 / 22:49: INDH presenta denuncias contra policías y militares por violencia sexual <https://www.cnnchile.com/pais/indh-detenidos-heridos-querellas-violencia-sexual_20191023/>.

¹³⁷ El "perdigón de goma" se define en las instrucciones policiales respectivas (Instrucciones, infra nota 172, p. 28) como sigue: "Cartucho calibre 12 mm. el cual mantiene como proyecto 12 postas de goma endurecida, de material de caucho, el cual es de carácter no letal."

recientes del 15 de noviembre de 2019, las detenciones aumentaron a 6,362 y el número de heridos a 2,381¹³⁸.

Otra fuente nacional importante son los informes de la Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile, que monitorea la situación en el terreno y hasta el momento ha producido 15 informes. El último del 14 de noviembre de 2019, 14:00¹³⁹, informes de 1,518 quejas en total recibidas hasta esa fecha (exacta), que se refieren principalmente a diferentes tipos de lesiones (principalmente causadas por proyectiles no balísticos ["proyectiles no balísticos"]) pero también a detenciones arbitrarias (69 casos) y violaciones de derechos de grupos especialmente vulnerables (por ejemplo, 95 casos de niños y adolescentes¹⁴⁰); para el período comprendido entre el 13 de noviembre a las 2 p.m. y el 14 de noviembre a las 2 p.m., informa de 125 denuncias, que se refieren a 93 casos de lesiones causadas por disparos con "perdigones" y 14 casos causados por bombas lacrimógenas ("bombas lacrimógena").

Aparte de eso, hay otras fuentes secundarias menos confiables. El 8 de noviembre, un grupo independiente de especialistas en derechos humanos¹⁴¹, nombrados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, hizo una declaración condenando el uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad, señalando al menos a 20 personas asesinadas y alrededor de 1.600 heridos, incluidos agentes de policía¹⁴². Además, se informa sobre el uso excesivo de la fuerza antes de la detención (miles, incluidos menores), los abusos de niños y los malos tratos que posiblemente constituyan tortura¹⁴³. Nuevamente, se hace referencia a información sobre violencia sexual contra mujeres, hombres y adolescentes, incluidas prácticas como el despojo forzado ("desnudos forzados"), tocar y violar ("tocamientos y violaciones") durante la detención¹⁴⁴.

Según un informe del New York Times del 10 de noviembre¹⁴⁵, citando (posibles) víctimas y participantes de las protestas, los agentes de policía han apuntado deliberadamente a los rostros y especialmente a los ojos de los civiles, por lo que los gránulos no letales crearían más daño. Estas declaraciones de víctimas, eventualmente atacadas sin razón por la policía, contrastan con la declaración (desafortunada) del presidente Piñera: "Estamos en guerra contra un enemigo poderoso e implacable que no respeta a nadie ni a nada" ("Estamos en Guerra contra un enemigo poderoso",

¹³⁸ Ibid y <<https://www.theclinic.cl/2019/11/15/balance-del-indh-a-cuatro-semanas-del-estallido-social-2-381-heridos-y-6-362-detenido>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

¹³⁹ Universidad de Chile - Defensoría Jurídica, Informe de Monitoreo N° 15, 14.11.2019.

¹⁴⁰ Con respecto a los niños y adolescentes, véase también Defensoría de la Niñez, Informe (2019) (denuncia de violaciones de derechos entre el 18 y el 26 de octubre de 2019).

¹⁴¹ Clément Nyaletsossi Voule, relator especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación; José Antonio Guevara Bermúdez, presidente-relator, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria; Agnes Callamard, relatora especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; David Kaye, relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión; Michel Forst, relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos; Philip Alston, relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos y presidente del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra la mujer y las niñas, <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25269&LangID=E>>.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ <<https://www.nytimes.com/video/world/americas/10000006795557/chile-protesters-shot-eye.html>>.

implacable, que no respeta nada y nadie ")¹⁴⁶. Por último, pero no menos importante, el 11 de noviembre, Amnistía Internacional ('AI') emitió un comunicado, basado en una visita in situ de dos semanas¹⁴⁷, que señala la continuación de las violaciones generalizadas de los derechos humanos ("Violaciones de derecho humanos de forma generalizada") y la presunta omisión (presunta) del presidente de tomar decisiones (efectivas) para detener la crisis ("decisiones efectivas para hacer frente a la crisis")¹⁴⁸. Volveremos a la posición de AI a continuación.

Al comparar los hechos presentados en el AcusCon con estas otras fuentes, se puede concluir que la información coincide, teniendo en cuenta que los datos cuantitativos mencionados en el AcusCon han sido superados por los desarrollos posteriores. En cualquier caso, dado el fuerte aumento en el número dentro de un período de tiempo relativamente corto¹⁴⁹, parece que el gobierno no ha podido controlar la situación, especialmente en lo que respecta a los abusos de la fuerza policial Carabineros.

IV. Evaluación legal de los hechos disponibles (Subsunción)

1. CaH (elemento de contexto) con respecto a los hechos presentados en la Acusación Constitucional?

En vista de nuestro encargo, la pregunta clave es si los hechos presentados en AcusCon permiten concluir que se ha cometido CaH durante el período cubierto por AcusCon (es decir, del 17 al 28 de octubre de 2019). La respuesta a esta pregunta es claramente negativa. Esto se deduce, por un lado, de la propia AcusCon, ya que no contiene ninguna información relevante y plausible a partir de la cual se pueda inferir la existencia del elemento de contexto de CaH, especialmente el requisito de política. Como se estableció anteriormente (III.1.), la AcusCon contiene datos que demuestran una serie de abusos (policiales) lo que, en su conjunto, permite concluir que se han cometido violaciones generalizadas o generalizadas de los derechos humanos, a diferencia de CaH.

Sin embargo, la propia evaluación de AcusCon va mucho más allá de esto. El documento habla de "violencia sistemática contra la población" ("violencia sistemática contra la población" [p. 17, subtítulo a.]) Y una "praxis sistemática" ("práctica sistemática") de las fuerzas de seguridad para usar munición no letal de una manera

¹⁴⁶ min. 4:52 <<https://www.nytimes.com/video/world/americas/100000006795557/chile-protesters-shot-eye.html>>.

¹⁴⁷ "El equipo de crisis y respuesta táctica para las Américas de Amnistía Internacional lleva dos semáforos en terreno, y junto con Amnistía Internacional Chile está llevando a cabo una minuciosa documentación de graves violaciones a derechos humanos y crímenes de derecho internacional. El equipo de investigación se ha reunido con autoridades chilenas, organizaciones de la sociedad civil, víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares. Asimismo, en solo una semana, Amnistía Internacional recibió más de 10,000 denuncias y abundante material audiovisual sobre el uso excesivo de la fuerza por parte de los militares y carabineros, los cuales están verificados por los especialistas digitales y de armas de la organización ". < <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-amnistia-internacional-denunciara-violaciones-ante-cidh/>>.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ En dos semanas, del 27 de octubre al 10 de noviembre, de 1.092 a 2.009 heridos, de los cuales 122 a 197 resultaron gravemente heridos; de 3.193 a 5.629 detenciones y de 103 a 192 denuncias de tortura, maltrato y violencia sexual, etc.

que provocó el mayor daño posible, especialmente "tratando de causar daño a los ojos" ("buscando producirles daños oculares"), punible como "mutilaciones" según el art. 396 del Código Penal chileno (pp. 23-4). En el contexto de la supuesta "violencia sistemática", CaH ("crímenes de lesa humanidad") se menciona por primera vez (p. 18); además, se afirma que un ataque generalizado o sistemático como se define en el art. 2 de la Ley 20.357 "resuena en nuestra lectura del momento que hace unos días vivió Chile" (ibid., Después del texto principal de fn. 21). Por último, aunque no menos importante, aunque fuera *stricto sensu* fuera de nuestro mandato, pero vale la pena mencionarlo dadas las implicaciones legales, la AcusCon imputa al (ex) Ministro Chadwick la "violencia sistemática" ("violencia sistemática" [p. 26]) de las fuerzas policiales por omisión, invocando, entre otros, el art. 28 del Estatuto de la CPI que regula el concepto de "responsabilidad de mando" (págs. 26-29).

Desafortunadamente, ninguno de estos reclamos normativos legales está respaldado por ningún tipo de análisis legal. El AcusCon no discute los calificadores generalizados y sistemáticos ni los requisitos - explicados anteriormente (II.2.) - de CaH (ni el concepto altamente complejo y controvertido de la responsabilidad del comando). El documento solo repite la redacción del art. 1 y 2 de la Ley 20.357 (sin contrastarlo con el estándar ILC, especialmente con respecto al calificador sistemático, a esto II. 1 y 2.2.), Se refiere a una definición de CaH por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (pp. 18-9) (aunque esta es una agencia de la ONU especializada en asuntos de refugiados sin ninguna experiencia específica en ICL) y enumera varios instrumentos de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de la ONU sobre la Tortura, Convención contra la Desaparición Forzada, pp. 19-21) que no analiza de ninguna manera y los cuales, de todos modos, no contribuyen en absoluto a la clarificación de los asuntos legales relevantes. Este déficit en el análisis legal es especialmente sorprendente con respecto al reclamo de violencia "sistemática": si bien el objetivo de los manifestantes al dispararles directamente en los ojos con perdigones puede equivaler, en principio, a un ataque sistemático¹⁵⁰, esto presupone primero un análisis de este concepto a la luz de la ICL aplicable (restringiendo así la definición demasiado amplia de Art. 2 (2) Ley 20.357) y, en segundo lugar, la presentación de información confiable que indica que estos disparos siguen un plan, patrón o una política diseñada al más alto nivel del Estado (véase II.2.2.).

2. CaH (elemento de contexto) con respecto a hechos posteriores (hasta el 15 de noviembre de 2019)?

Las fuentes adicionales (III.2.), Si bien muestran un aumento importante de las violaciones de los derechos humanos y, por lo tanto, en el mejor de los casos, al elemento cuantitativo ("generalizado") de CaH, no cambian significativamente la imagen del calificador sistemático y el requisito de política de CaH. Al igual que AcusCon, algunos informes y declaraciones no se limitan a la descripción de (supuestos) hechos,

¹⁵⁰ En este contexto, la composición de los gránulos (perdigones) también pueden ser relevante, consúltese los hallazgos recientes de la Universidad de Chile según los cuales solo el 20% consiste en caucho, <<https://www.24horas.cl/nacional/estudio-de-la-universidad-de-chile-afirma-que-solo-20-de-la-composi-cion-de-perdigones-de-carabineros-es-de-goma> --- 3731418>, consultado el 18 de noviembre de 2019 (hora alemana).

sino que contienen consideraciones legales y normativas, incluidos juicios de valor. Quizás el más obvio ejemplo es la declaración publicada el 11 de noviembre de 2019¹⁵¹ donde la organización no solo informa hechos (III.2.) sino que los mezcla con consideraciones legales-normativas que alegan y atribuyen violaciones graves de derechos humanos ("graves violaciones de derechos humanos ") e incluso posibles crímenes internacionales ("posibles crímenes de derecho internacional"), con Erika Guevara Rosas, la directora para las Américas, haciendo la siguiente declaración:

"Es evidente que el presidente Sebastián Piñera no ha dispuesto de todas las medidas a su alcance para detener las graves violaciones de derechos humanos y posibles crímenes de derecho internacional que siguen ocurriendo en Chile desde el inicio de las protestas sociales. La represión violenta en contra de quienes se manifiestan ha sido constante e incluso podría intensificarse tras las medidas de seguridad propuestas por el presidente el 7 de noviembre... *Esta continuidad demuestra que no hay una voluntad real de cambiar la estrategia fallida para atender los reclamos de la ciudadanía, con pleno respeto de sus derechos.*"¹⁵²

Sin embargo, como en el caso de AcusCon, estos reclamos no están respaldados por ningún análisis legal de ningún tipo. Por el contrario, los expertos independientes de la ONU, aunque también critican la situación sobre el terreno (III.2.), Adoptan un enfoque más cauteloso. Ven en el uso excesivo de la fuerza una violación de "los requisitos de necesidad y proporcionalidad".¹⁵³ Al mismo tiempo, sin embargo, celebran la decisión del gobierno de invitar a una misión de la ONU al país para que una evaluación independiente de La situación puede hacerse. También enfatizan que las autoridades han mostrado la "voluntad explícita" ("voluntad expresa") de "enjuiciar y determinar responsabilidades" ("perseguir y determinar las autoridades") por posibles violaciones de derechos humanos, especialmente las cometidas por agentes del Estado¹⁵⁴.

3. La controversia de Micco / Mañalich

Si bien todos los informes y declaraciones anteriores no contribuyen en nada a los problemas legales relevantes, o bien hacen reclamos legales sin suficiente justificación (AcusCon, AI) o ni siquiera se refieren a CaH, sino solo - ¡lo suficientemente malo! - a violaciones de derechos debido al uso excesivo de la fuerza (expertos de la ONU), se produjo un debate legal más útil de conformidad con la siguiente declaración de Sergio Micco, director de la INDH, respondiendo a una pregunta sobre los méritos legales de la AcusCon:

"Conceptualmente, la violación sistemática de los derechos humanos supone una concertación entre distintas instituciones, donde se crean leyes o se hacen políticas públicas que directamente, intencionadamente, tiene el objetivo de violar los

¹⁵¹ <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-ampnista-internacional-denunciara-violaciones-ante-cidh/>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

¹⁵² *Ibíd.*, énfasis agregado.

¹⁵³ "[...] el elevado número de heridos y la manera en la cual se han utilizado las armas no letales parece indicar que el uso de la fuerza fue excesivo y violó los requisitos de necesidad y proporcionalidad <<https://noticias.un.org/es/story/2019/11/1465161>>; inglés <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25269&LangID=E>>.

¹⁵⁴ "voluntad expresa de perseguir y determinar las responsabilidades en casos de violaciones de los derechos humanos, en particular las cometidas por agentes del Estado", <<https://news.un.org/es/story/2019/11/1465161>>.

derechos humanos (...) si tú me preguntas a mí como director del Instituto, te diría que *no* y quien diga ... tiene que probarlo"¹⁵⁵.

Además de las críticas generales sobre esta declaración¹⁵⁶, aparentemente, solo hubo una refutación sobre los méritos (legales), a saber, por Juan Pablo Mañalich¹⁵⁷, un prominente e internacionalmente respetado erudito en derecho penal chileno. Mañalich resume¹⁵⁸, en gran medida con precisión¹⁵⁹, el estado de la ley con respecto al elemento de contexto de CaH, entre otras cosas, refiriéndose al elemento disyuntivo generalizado/sistemático¹⁶⁰, a varias violaciones de derechos que equivalen a actos subyacentes de CaH¹⁶¹ y a los "manifestantes" como población civil (destinataria)¹⁶², para luego declarar sobre el elemento de política:

"... la fisonomía de la situación presente solo vuelve pertinente la pregunta de si el ataque generalizado o sistemático 'respond[e] a una política del Estado o de sus agentes'. Es fundamental partir observando que, de acuerdo con el tenor de la disposición legal, la

¹⁵⁵ <<https://www.t13.cl/noticia/nacional/sergio-micco-violacion-sistematica-dd.hh.-no-y-quien-diga-contrario-tiene-probarlo>> consultado el 17 de noviembre de 2019, énfasis agregado.

¹⁵⁶ cf. <<https://radio.uchile.cl/2019/11/04/balance-del-indh-4-364-detenidos-y-1-569-heridos-en-hospitales/>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

¹⁵⁷ Mañalich (2019) El Desconcierto.

¹⁵⁸ El argumento de Mañalich de que Micco invocó incorrectamente la presunción de inocencia ya que "no está formulando una imputación" es irrelevante en nuestro contexto, pero observo de paso que el mismo Mañalich formula tal imputación con respecto al Presidente de Chile (basado en la responsabilidad del mando de conformidad con Art. 35 Ley 20.357, es decir, una responsabilidad por omisión) en otro comentario ([2019] CIPER / Académico) que muestra que el argumento de Micco no es demasiado descabellado.

¹⁵⁹ Sin embargo, no estoy de acuerdo con él cuando equipara el elemento de contexto y el calificador sistemático ("... es un requisito que se alude cuando, de manera técnicamente impropia, se habla del carácter" sistemático "de las leyes de derechos humanos ...") Dado que el elemento de contexto contiene más requisitos como se explicó anteriormente (II.2.).

¹⁶⁰ "... para alcanzar la gravedad que las [violaciones de derechos humanos, KA] se convierta en crímenes de lesa humanidad, las respectivas violaciones de derechos humanos en las que incurran agentes del Estado ser o bien masivas o bien sistemáticas, en circunstancias de que su carácter "masivo" ha tendido a ser equiparado a su carácter "generalizado" ... ". Mañalich también distingue correctamente entre una forma generalizada y sistemática de un ataque más abajo (con fn. 8). El fn. están aquí y en las siguientes citas omitidas pero noto de pasada que Mañalich se refiere en las notas 6-8 a mi Tratado ICL II.

¹⁶¹ "... Estos antecedentes [violaciones de derechos demostrados por INDH, KA] son preliminarmente suficientes para concluir que en las últimas dos semanas han sido perpetrados, por funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, delitos que con toda la probabilidad de que sean aún mayores en el catálogo fijado en los arts. 3º y siguientes de la Ley 20357, a saber: homicidio (art. 4º), lesión corporal gravísima (art. 5º N° 2); violación o abuso sexual calificado (art. 5º N° 8); tortura (art. 7º N° 1); menoscabo grave de la salud física o mental (art. 8º N° 1); y abuso sexual o estupro (art. 8º N° 3). "Vale la pena señalar en este contexto que el art. 7 (1) El Estatuto de la CPI penaliza las lesiones graves solo como "otros actos inhumanos" (apartado (k), al respecto Hall / Stahn, en Triffterer y Ambos, Comentario (2016), Art. 7 mn. 99).

¹⁶² "En lo concerniente a la exigencia de que se configure un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ella debe ser interpretada en el sentido de la exigencia de un "hecho global", que puede consistir en una multiplicidad de actos delictivos que exhiban características comunes o incluso en un solo acto que llega a afectar a un número considerable de personas. La circunstancia de "una población civil" debatirá en consideración como objeto del ataque se traduce en que tiene que afectar a un grupo que sea, en mayor o menor medida, susceptible de diferenciación. Una categoría que, en referencia a la situación de las últimas semanas, podría servir para identificar a la población civil que podría ser la de "manifestantes".

política en cuestión tiene que ser atribuible *o bien* al Estado *o bien* a 'sus agentes'. La disyunción así introducida solo resulta inteligible si se asume que, en el segundo caso, la política a la que responda el ataque no necesita haber sido definido, ni impulsada, desde el poder central del Estado. Es perfectamente concebible, por ende, que la exigencia se vea cumplida por el hecho de que esa política sea reconocible en el actuar de los funcionarios de Carabineros de Chile o del Ejército, sin que ello requiera descansar en una 'concertación' entre alguna de estas fuerzas y otras instituciones del Estado, como erradamente lo sugiriera el Director del INDH".

Estas son consideraciones importantes y bien formuladas, pero creo que son legal y teóricamente poco sólidas. En primer lugar, mientras toma correctamente la Ley 20.357 como punto de partida, Mañalich, aparentemente, pasa por alto que debe interpretarse a la luz del estándar internacional establecido por el Art. 7 del Estatuto de la CPI, especialmente teniendo en cuenta la función del elemento de política. Sobre esa base, uno debe concluir, como ya se argumentó anteriormente (II.2.4. (A)), que el Art. 1 (2) de la Ley 20.357 debe interpretarse limitándola restrictivamente a una política de Estado propiamente dicha, es decir, una política definida por el nivel central del Estado en cuestión. Si bien es perfectamente posible, como ya se explicó anteriormente (II.2.4. (a)), que tal política surja en el curso de un conflicto¹⁶³, no es en absoluto "perfectamente concebible" ("perfectamente concebible") que es "reconocible" ("reconocible") en la conducta de meros agentes del Estado, a menos que actúen en nombre o al menos con tolerancia del Estado (central). Por esta misma razón, Mocci tiene razón, desde una perspectiva jurídico-teórica, se requiere una "concertación" entre las instituciones del Estado (o, para el caso, entre meros agentes del Estado y las instituciones del Estado), sin embargo, esto es necesario para ambos, el calificador "sistemático" y el elemento de política (siendo el primero, en cualquier caso, más exigente que el segundo¹⁶⁴).

Además de estas consideraciones estrictamente legales, la controversia de Mocci-Mañalich también tiene un lado fáctico: si Mañalich rechaza una "concertación" entre las fuerzas de seguridad involucradas en violaciones de derechos y otras instituciones estatales, como un requisito legal derivado del elemento de política (contrario a Mocci para quien es parte del calificador sistemático), parece que él, al menos implícitamente, admite que tal "concertación" no ha tenido lugar en hechos reales o, al menos, que no ha sido probada. Esto es confirmado por la última consideración, absolutamente correcta de Mañalich, a saber, que en última instancia depende de los tribunales penales determinar la existencia del elemento de contexto¹⁶⁵. Esto, de hecho, vuelve a conectar con la declaración de Micco de que la sistematicidad, o – según el caso, la

¹⁶³ Cf. Mañalich (2019) El Desconcierto: no tendría que haber sido reconocido en el momento inicial de despliegue del ataque correspondiente. Es perfectamente imaginable, en cambio, que esa política se haya vuelto suficientemente reconocible en algún momento o desde un momento posterior. "Cf. también anteriormente id. (2019) CIPER / Académico: "... reconocible en algún momento o a partir de un hito posterior".

¹⁶⁴ Ver supra II.2.2. y 2.4. (a), especialmente la nota 71 con el texto principal.

¹⁶⁵ "Es obvio que los tribunales de justicia determinarán si las condiciones precedentes a las analizadas han llegado a verse cumplidas ..."

política - debe ser probada ("tiene que probarlo"), lo cual sólo puede suceder ante un tribunal de justicia¹⁶⁶.

4. ¿Política por omisión?

De lo anterior debe quedar claro que los hechos disponibles hasta el 15 de noviembre de 2019, y *a fortiori* los hechos presentados en la AcusCon, no permiten la inferencia de una política activa del Estado de Chile, representado por su gobierno, para la comisión de CaH. La pregunta restante, es si estos hechos permiten la inferencia de una política por omisión. Esto es sugerido por algunas de las declaraciones citadas anteriormente, por ejemplo, la de AI¹⁶⁷, criticando la falla del presidente y/o del gobierno de tomar las contramedidas adecuadas. Si bien una supuesta falla también tiene implicaciones para el modo de responsabilidad (que indica una responsabilidad por omisión, especialmente de conformidad con el concepto de orden/responsabilidad superior)¹⁶⁸, en nuestro contexto gana importancia con respecto al requisito de política de CaH. Sin embargo, como se explicó anteriormente (III. 2.4. (A)), dicha política por omisión es un escenario excepcional y seguramente no puede inferirse de la mera ausencia de acción gubernamental¹⁶⁹ o, más relevante en nuestro caso, la aparente incapacidad (en lugar de renuencia) a recuperar el control del espacio público y hacer que las fuerzas de seguridad, especialmente los Carabineros, cumplan con las reglas de compromiso de un *Rechtsstaat*. En este contexto, otra declaración de Sergio Micco es de interés:

"El daño que está provocando el uso de balines y perdigones no se condice con el *protocolo progresivo del uso de la fuerza*. Es por eso que el INDH presentó una querrela por lesiones graves gravísimas contra Carabineros ... El INDH *condena* todos los actos de violencia, como incendio de edificios patrimoniales y vandalismos contra iglesias, y declara que estas acciones no contribuyen en nada a la causa de los derechos humanos, pero tampoco justifican el uso indiscriminado de escopeta antimotines".¹⁷⁰

En primer lugar, Micco hace referencia al incumplimiento¹⁷¹ de las instrucciones aplicables de la policía nacional ("protocolo ... del uso de la fuerza") del 1 de marzo de

¹⁶⁶ Es por esta razón que la declaración posterior de Micco (4 de noviembre de 2019) ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado ("Comisión de DDHH del Senado") en el sentido de que "no estamos en condiciones hoy día de afirmar que existe tal sistematicidad, pero tampoco es oportuno descartarlo" (<<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2019/11/04/micco-matizo-sus-dichos-sobre-violacion-sistematica-de-ddhh-tampoco-es-oportuno-descartarlo.shtml>> consultado el 17 de noviembre de 2019) no constituye una retracción de lo anterior declaración, sino más bien un enfoque más matizado centrado en la evaluación legal (final) de los hechos disponibles o sea una subsunción.

¹⁶⁷ Supra nota 148 con texto principal.

¹⁶⁸ A eso Mañalich (2019) CIPER / Académico.

¹⁶⁹ cf. supra nota 94 con texto principal.

¹⁷⁰ <<https://www.indh.cl/declaracion-del-director-del-indh-y-querella-contra-carabineros/>>, énfasis agregado.

¹⁷¹ cf. también <<https://www.24horas.cl/data/heridos-con-perdigones-concentran-la-mayor-cantidad-entre-todas-las-personas-danadas-en-marchas--3719256?fbclid=IwAR2NHEqtzo3J2rTcnJkKtw-M3JMu74-ZEKilP9bdsO4fXYjXzxjgReoFznc>> consultado el 17 de noviembre de 2019: "Los testimonios de las víctimas anuncian la presencia de niños, la poca distancia a la que les dispararon y una actitud pacífica al momento de ser atacados; lo que se contrapone con las instrucciones del protocolo de Carabineros y con los principios de necesidad y proporcionalidad según el INDH. "

2019¹⁷² que contiene reglas altamente detalladas que no solo están en línea con los estándares internacionales (*soft law*)¹⁷³ sino que van más allá, en términos de ser más concretos y precisos. Por ejemplo, estas instrucciones no solo establecen los principios de necesidad y proporcionalidad, a los que se refieren los expertos de la ONU¹⁷⁴, sino también los de legalidad y responsabilidad¹⁷⁵, estos últimos prevén la responsabilidad individual de los superiores y los perpetradores directos de cualquier tipo de violaciones¹⁷⁶

Además, las instrucciones contienen reglas matizadas y graduales para el uso de la fuerza que distingue entre cinco niveles¹⁷⁷, el uso de armas letales¹⁷⁸ y el mantenimiento del orden público con respecto a las manifestaciones¹⁷⁹. El hecho de que estas instrucciones existan y, lo que es más importante, el INDH exige su cumplimiento, ya que es un organismo de control público independiente para los derechos humanos¹⁸⁰, habla claramente en contra de una política (estatal) por omisión; por el contrario, sugiere que el Estado chileno se compromete a controlar el uso de la fuerza de sus fuerzas de seguridad, especialmente Carabineros, y cuenta con mecanismos adecuados para el cumplimiento de sus derechos humanos. Por supuesto, la mera existencia de reglas de conducta adecuada no excluye en sí misma una política de CaH, especialmente si estas reglas no se cumplen en la práctica ni se hacen cumplir¹⁸¹. Sin embargo, en la situación actual, no hay indicios de que estas reglas son un mero "papel" con el propósito de facilitar y/u ocultar violaciones de derechos. Por el contrario, la existencia misma del INDH con su autonomía hacia el gobierno y un amplio mandato de cumplimiento de los derechos humanos, complementado por la función adecuada del sistema de justicia (penal) chileno, muestra que estas reglas se toman en serio y su incumplimiento conlleva sanciones administrativas y/o penales¹⁸².

¹⁷² Cfr. las "instrucciones" ("instrucciones") actualizadas sobre el "uso de la fuerza", Circular No. 1832, 1 de marzo de 2019, en el Diario Oficial, Núm. 42.295, 4.3.2019.

¹⁷³ Para estos cf. <https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/5_Funcionarios_hacer_cumplir_ley/FuncionariosCumplirLey.htm> especialmente los "Principios básicos" más recientes y detallados adoptados en el Ocho Congreso de la ONU sobre Prevención del delito en La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990.

¹⁷⁴ Cfr. supra nota 153 y texto principal.

¹⁷⁵ Instrucciones, supra nota 172, pág. 2 (también se establecen principios de legalidad y responsabilidad).

¹⁷⁶ Ibid., P. 2 ("... las llamadas individuales por las acciones y omisiones incurridas, sino también la responsabilidad de los mandos llamados a las órdenes ...").

¹⁷⁷ Ibid., Págs. 2-3.

¹⁷⁸ Ibid., Pág. 4.

¹⁷⁹ Ibid., Págs. 5 y ss. (incluida la disposición para la clasificación de las armas utilizadas en el anexo 1, págs. 26-7).

¹⁸⁰ cf. Ley N ° 20.405 de 24.11.2009 (publicada el 10 de diciembre de 2009) que creó el INDH como una agencia autónoma de derecho público con personalidad jurídica y presupuesto propio ("corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio", Art. 1) para promover y proteger los derechos humanos (Art. 2).

¹⁸¹ cf. Mbarushimana, 16 de diciembre de 2011, decisión de confirmación, opinión disidente Juez Mmasenono Monageng, párr. 14-16 (señalando las reglas internas y las instrucciones de las FDLR que, sin embargo, no fueron "siempre" seguidas [párr. 14] y, por lo tanto, concluyendo que la existencia de estas reglas "no niega la acusación de que una orden dirigida a la población civil fue emitido por los líderes de la organización. "[párr. 16]); a esto también Robinson, en Stahn, ICC (2015), p. 727.

¹⁸² Ver infra nota 184.

Esto se confirma, en segundo lugar, por la referencia de Micco a una queja ("querella") presentada contra Carabineros¹⁸³, ya que esto implica el desencadenamiento de - solo aludidos - " sumarios " y procesos penales contra los agentes responsables y pueden dar lugar a condenas penales¹⁸⁴. Es importante señalar que tales "querellas" pueden ser presentados por cualquier ciudadano y la ya mencionada Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile (la mayoría importante universidad en el país) también ha presentado un total de 430 hasta el 14 de noviembre de 2019¹⁸⁵. El sistema de justicia (penal) independiente de Chile está a cargo de dicho procedimiento. Claramente, tal tratamiento de (investigables) abusos policiales no es posible en un Estado cuya política es, - a través de acción u omisión-, la perpetración de CaH.

Tercero, Micco condena todos los actos de violencia. En este contexto, vale la pena destacar el papel del INDH durante la crisis. Como hemos visto anteriormente (III.), ha informado permanentemente sobre violaciones de derechos y, de hecho, sirve como fuente primaria y más confiable de información sobre estas violaciones. Aparte de eso, su importante papel como un vigilante independiente de los derechos humanos es generalmente reconocido, incluso por los críticos del manejo de la crisis por parte del gobierno¹⁸⁶. 186 Por último, pero no menos importante, no debe pasarse por alto que la prueba de una política de CaH por omisión, es decir, la tolerancia deliberada o el consentimiento en la comisión de CaH, es aún más exigente que la prueba de conducta activa. En cuanto a esto último, hemos discutido anteriormente (II.2.4. (A)) la posición (controvertida) de PTC I y TC I en el litigio de Gbagbo ante la CPI. Incluso si uno adopta un enfoque más flexible del estándar probatorio, no hay forma de evitar el hecho de que los informes generales de derechos humanos sean independientes de la autoría (ya sean organismos gubernamentales como el INDH, organismos internacionales como una comisión de expertos de la ONU u ONG como AI) - o los artículos de prensa no presentan evidencia confiable de primera mano sobre la responsabilidad individual de los presuntos autores; más bien, generalmente se basan en rumores y acusaciones no probadas de partes en el conflicto respectivo que pueden ser o no víctimas de los posibles abusos. Dicha evidencia normalmente solo se usaría como información de fondo en procesos penales o con fines de corroboración. No serviría como base probatoria adecuada para la condena, a menos que las pruebas primarias resultantes de esta, por ejemplo, testigos directos, se sometieran a prueba, por ejemplo, mediante contrainterrogatorio, en un tribunal de justicia. Los "hechos" disponibles, objeto de este

¹⁸³ En el momento de escribir este artículo, se presentó una querella aún más importante por homicidio por obstrucción ("homicidio por omisión") ya que Carabineros, en un hecho que se debe investigar, atacó al personal médico y por lo tanto impidió medidas de salvamento para un joven 29 años. Según Sergio Micco, este fue el sexto caso más grave de este tipo, cf. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/querella-homicidio-carabineros-plaza-italia/904111/>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

¹⁸⁴ Además de los "sumarios" administrativos, el INDH, en procedimientos penales, como "querellante" (de conformidad con el Art. 3 (5) Ley 20.405 en relación con el Art. 111 (3) CPP), importantes derechos de intervención, por ejemplo, puede solicitar a la Oficina del Fiscal (Ministerio Público) establecer ciertas medidas de investigación (Art. 183 CPP), solicitar la detención preventiva antes del "Juez de Garantía" (Art. 140 (1) CPP) e incluso obligar a los procedimientos a través del "forzamiento de la acusación" (Art. 258 (3) CPP).

¹⁸⁵ Universidad de Chile / Defensoría Jurídica, Informe de Monitoreo N ° 15, 14.11.2019.

¹⁸⁶ Cf. por ejemplo, Mañalich (2019) El Desconcierto: "... para que el INDH pueda seguir cumpliendo la tarea que le corresponde, con la solvencia y la consistencia que han sido justificadamente reconocidas hasta ahora ..."

resumen, no cumplen con estos estándares y, en cualquier caso, no hay evidencia que apunte a una política estatal de CaH por omisión. Por el contrario, las diversas misiones de observación y verificación invitadas o al menos toleradas por el gobierno, su disposición de principios para cooperar con estas misiones y el funcionamiento, ya mencionado, de los mecanismos de control y cumplimiento nacionales, representados de manera más destacada por el INDH y sus director, demuestre el interés y la voluntad del Estado chileno, representado por su gobierno, de hacer frente a las investigables violaciones de los derechos humanos al documentarlas, identificar (posibles) perpetradores e iniciar los procedimientos respectivos. Por último, pero no menos importante, el acuerdo entre las principales fuerzas políticas¹⁸⁷, incluidos los partidos gubernamentales (RN y UDI), para iniciar un proceso democrático para reformar la Constitución actual¹⁸⁸ es otra señal de voluntad de responder a la situación de disturbios sociales y sociales, protesta que dio lugar a las investigables violaciones de los derechos humanos.

¹⁸⁷ El Partido Comunista, la "Federación Regionalista Verde Social "Y tres partes de la FA no firmaron el Acuerdo, cf. <<https://www.eldesconcierto.cl/2019/11/15/solo-tres-partidos-del-fa-firma-ron-acuerdo-por-nueva-constitucion-diputado-boric-lo-hizo-de-forma-personal/>> y <https://www.latercera.com/politica/noticia/chile-inicia-historico-proceso-reemplazar-constitucion-congreso-acuerda-plebiscito-abril-2020/901398/?fbclid=IwAR29Ohu9Ha0_8zU_mYpgTiweLycqqqqqqqqqqqqqq1> consultado el 17 de noviembre de 2019.

¹⁸⁸ "Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución", 15.11.2019, disponible (al final del artículo) en <<https://www.latercera.com/politica/noticia/chile-Inicia-historico-Proceso-reemplazar-constitucion-congreso-acuerda-Plebiscito-abril-2020/901398/>> / fbclid = IwAR29Ohu9Ha0_8zU_mYpgTiwe37yXQcLVLcntuHX90_aGL6jf6TqgG27Rj1o> Consultado el 17 de noviembre de 2019.

ANEXO I: Lista de abreviaturas

AC	Appeals Chamber
AcusCon	Acusación Constitucional
AI	Amnesty International
AJ	Appeals Judgment
AJIL	American Journal of International Law
Art.	Article
BostonUniv.ILJ	Boston University International Law Journal
CaH	Crimes against Humanity
cf.	confer ('compare')
Ch.	Chapter
conc.	concurring
CPP	Código de Procedimiento Penal
crit.	critical(ly)
DDHH	Derechos Humanos
DP	Derecho Penal
DPI	Derecho Penal Internacional
e.g.	exempli gratia ('for example')
ECCC	Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia
ed.	edition/editor
eds.	editors
et al.	et alii ('and other')
ff.	following (pages)
fn.	footnote
FA	Frente Amplio
FPLC	Forces Patriotiques pour la Libération du Congo
HarvILJ	Harvard International Law Journal

IACHR	Inter-American Commission on Human Rights
ibid.	ibidem ('in the same place')
ICC	International Criminal Court (Corte Penal Internacional)
i.e.	id est ('that is')
ICC Statute	Rome Statute of the International Criminal Court
ICL	International Criminal Law
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
id.	idem ('the same')
IHL	International Humanitarian Law
ILC	International Law Commission
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos
JICJ	Journal of International Criminal Justice
KSC	Kosovo Specialist Chambers
LJIL	Leiden Journal of International Law
MICT	Mechanism for International Criminal Tribunals
mn.	margin number
OTP	Office of The Prosecutor (ICC)
p. / pp.	page / pages
para.	paragraph
PC	Penal Code
PTC	Pre-Trial Chamber
RN	Renovación Nacional
SCC	Supreme Court of Canada
SCR	Supreme Court Reports
SCSL	Special Court for Sierra Leone
TC	Trial Chamber

ANEXO II: Lista de Fuentes

I. Tabla de casos

ICC

Prosecutor v Bemba G., No. ICC-01/05-01/08-424, PTC II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo (15 June 2009).

Prosecutor v Bemba G., No. ICC.01/05-01/08-3343, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (21 March 2016).

Prosecutor v Blé Goudé, No. ICC-02/11-02/11-186, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges against Charles Blé Goudé (11 December 2014).

Prosecutor v Bosco Ntaganda, No. ICC-01/04-02/06-36-Red, PTC II, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 (13 July 2012).

Prosecutor v Bosco Ntaganda, No. ICC-01/04-02/06, PTC II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges (9 June 2014).

Prosecutor v Bosco Ntaganda, No. ICC-01/04-02/06-309, PTC II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda (14 June 2014).

Prosecutor v Bosco Ntaganda, No. ICC-01/04-02/06-2359, TC VI, Judgment (8 July 2019).

Prosecutor v Callixte Mbarushimana, No. ICC-01/04-01/10-514 (OA 4), AC, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled "Decision on the confirmation of charges" (30 May 2012).

Prosecutor v Callixte Mbarushimana, No. ICC-01/04-01/10-465-Red, PTC I, Decision on the confirmation of charges (16 December 2011).

Prosecutor v Callixte Mbarushimana, No. ICC-01/04-01/10-465-Red (Annex), Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng (16 December 2011).

Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-717, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges (30 September 2008).

Prosecutor v Germain Katanga, No. ICC-01/04-01/07-3436-tENG, TC II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute (7 March 2014) (Original in French).

Prosecutor v Laurent Gbagbo, No. ICC-02/11-01/11-432, PTC I, Decision Adjourning the Hearing on the Confirmation of Charges pursuant to Article 61 (7)(c)(i) of the Rome Statute (3 June 2013).

Prosecutor v Laurent Gbagbo, No. ICC-02/11-01/11-432-Anx-Corr, PTC I Decision Adjourning the Hearing on the Confirmation Charges, Dissenting Opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi (6 June 2013).

Prosecutor v Laurent Gbagbo, No. ICC-02/11-01/11-572, AC, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 June 2013 entitled "Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute" (16 December 2013).

Prosecutor v Laurent Gbagbo, No. ICC-02/11-01/11-656-Anx, PTC I, Decision on the Confirmation Charges (12 June 2014).

Prosecutor v Omar Hassan Ahmed Al Bashir, No. ICC-02/05-01/09-94, PTC I, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest (12 July 2010).

Prosecutor v William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, No. ICC-01/09-01/11-373, PTC II, Decision on the Confirmation Charges (23 January 2012).

Prosecutor v Harun and Kushayb, No. ICC-02/05-01/07-2, PTC I, Arrest Warrant Decision (Harun) (27 April 2007).

Prosecutor v Harun and Kushayb, No. ICC-02/05-01/07-3, PTC I, Arrest Warrant Decision (Kushayb) (27 April 2007).

Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, No. ICC-02/11-14-Corr, PTC III, Corrigendum to 'Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire' (15 November 2011).

Situation in the Republic of Kenya, No. ICC-01/09, PTC II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (31 March 2010).

Situation in the Republic of Kenya, PTC II, No. ICC-01/09-19 (Annex), Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul (31 March 2010).

Situation in the Republic of Kenya, PTC II, No. ICC-01/09-19-Corr, Corrigendum of the Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (1 April 2010).

ICTY

Prosecutor v Blaškić, No. IT-95-14-A, Appeals Chamber Judgment (29 July 2004).

Prosecutor v Blaškić, No. IT-95-14-T, Trial Chamber Judgment (3 March 2000).

Prosecutor v Brdanin, No. IT-99-36-T, Trial Chamber Judgment (1 September 2004).

Prosecutor v Galić, No. IT-98-29-A, Appeals Chamber Judgment (30 November 2006).

Prosecutor v Gotovina, Čermak and Markač, No. IT-06-90-T, Trial Chamber Judgment (15 April 2011).

Prosecutor v Karadžić, No. IT-95-5/18-T, Trial Chamber Judgment (24 March 2016).

Prosecutor v Kordić and Čerkez, No. IT-94-14/2-A, Appeals Chamber Judgment (17 December 2004).

Prosecutor v Kunarac, Kovac and Vuković, No. IT-96-23-T and No. IT-96-23/1-T, Trial Chamber Judgment (22 February 2001).

Prosecutor v Kunarac, Kovac and Vuković, No. IT-96-23/1-A, Appeals Chamber Judgment (12 June 2002).

Prosecutor v Mladić, No. MICT-13-56, Trial Chamber Judgment (22 November 2017).

Prosecutor v Prlić et al., No. IT-04-74-T, Trial Chamber Judgment (29 May 2013).

Prosecutor v Šešelj, No. MICT-16-99-A, Appeals Chamber Judgment (11 April 2018).

Prosecutor v Stakić, No. IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment (31 March 2003).

Prosecutor v Tadić, No. IT-94-1-T, Appeals Chamber Judgment (15 July 1999).

Prosecutor v Tadić, No. IT-94-1-T, Trial Chamber Opinion and Judgement (7 May 1997).

Prosecutor v Vasiljevic, No. IT-98-32-T, Trial Chamber Judgment (29 November 2002).

SCSL

Prosecutor v *Fofana and Kondewa*, No. SCSL-04-14-A-82928, Appeals Chamber Judgment (28 May 2008).

Tribunal Nacional - Canadá

Mugesera v. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración), [2005] 2 SCR 100, 2005 SCC 40 (28 de junio de 2005).

II. Documentos oficiales

ICC, *Elements of Crimes*, 2013, <<https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>> visitado 17 November 2019 (citado como: ICC, *Elements of Crimes* (2013), p. xx, para.).

ICC-OTP, *Situation in Honduras: Article 5 Report* (October 2015), <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/SAS-HON-Article_5_Report-Oct2015-ENG.PDF>, visitado 18 November 2019 (German time).

UN International Law Commission, 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of the forty-eighth session' in, *Yearbook of the International Law Commission 1996, Volume II, Part Two*, (1996) <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1996_v2_p2.pdf> visitado 17 November 2019.

UN International Law Commission, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries* (2005), <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf> visitado 17 November 2019.

UN International Law Commission, *Report on the work of the sixty-ninth session*, A/72/10 (2017), <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/72/10>> visitado 17 November 2019 (citado como: ILC, *Draft Convention CaH* (2017), p. xx).

III. Doctrina

Ambos, K. and Wirth, S., 'The current Law of Crimes against Humanity, An analysis of UNTAET Regulation 15/2000', (2002) 13 *CLF* 1.

Ambos, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing* (Oxford University Press 2014).

Ambos, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure* (Oxford University Press 2016).

Ambos, K., *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe* (CH Beck 5. ed. 2018).

Bassiouni, M. (ed.), *The legislative history of the International Criminal Court. Volume I: Introduction, analysis, and integrated text of the statute, elements of crimes and rules of procedure and evidence* (Transnational Publishers 2005).

Bellivier, F., Eudes, M., Fouchard, I., *Droit de crime internationaux* (Pressess Universitaires de France 2018) (citado como: Autor, en Bellivier et al., *Crimes* (2018), p. 139).

Cryer, R., Robinson, D. and Vasiliev, S., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge University Press 4. ed. 2019) (quoted as: Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), p. XX).

Fernández, J. y Pacreau, X. (eds.), *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: artículo de comentario por artículo* (Pedone 2012) (citado como: Autor (es), en Fernandez y Pacreau, *Commentaire* (2012), p. Xx).

Gil Gil, A. y Maculan, E. (eds.), *Derecho Penal Internacional* (Dykinson SL 2. ed. 2019).

Halling, M., 'Push the Envelope – Watch it bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes against Humanity', (2010) 23 *LJIL* 836.

Klamberg, M. (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court* (Torkel Opsahl Academic EPublisher 2017) (citado como: Autor(es), en Klamberg, *Commentary* (2017), p. xx).

Mañalich, J.P., 'Sobre la responsabilidad del Presidente de la República por crímenes perpetrados bajo el estado de emergencia', (2019) *CIPER / Académico*

<https://ciperchile.cl/2019/10/25/sobre-la-responsabilidad-del-presidente-de-la-republica-por-crmenes-perpetrados-bajo-el-estado-de-emergencia/?fbclid=IwAR0F1rtTrE45z-4IUBir_rXzFFMuHnFYWDubKJz-yWr3Xx0pBLTybrN2OK8> accedido el 17 de noviembre de 2019.

Mañalich, J.P., “Los crímenes perpetrados por agentes del Estado como violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos (a propósito de los dichos del Director del INDH)”, (2019) *El Desconcierto* <<https://www.eldesconcierto.cl/2019/11/04/los-crmenes-perpetrados-por-agentes-del-estado-como-violaciones-masivas-o-sistema-ticas-de-derechos-humanos/>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

Marchuk, I., ‘No Crimes against Humanity during the Maydan Protests in Ukraine? Or the ICC Prosecutor’s Flawed interpretation of Crimes against Humanity?’, (2017) 35 *BostonUnivILJ* 55.

Meseke, S., *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes: eine völkerstrafrechtliche Analyse* (BWV Berliner Wissenschafts-Verlag 2004).

Mettraux, G., ‘Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda’, (2002) 43 *HarvILJ* 237.

Politoff L., S., Matus Acuña, JP; Ramírez G., MC, *Lecciones de Derecho Penal Chileno - Parte General* (Editorial Jurídica de Chile 2004).

Robinson, D., deGuzman, M., Jalloh, C., and Cryer, R., ‘*Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, deGuzman, Jalloh and Cryer, Situation in the Republic of Côte D’Ivoire, In the case of the Prosecutor v. Laurent Gbagbo*’, No. ICC-02/11-01/11 (9 October 2013) (quoted as: Robinson et al., *Amicus Curiae* (2013)).

Robinson, D., ‘The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to do with the Definition?’, in: Bergsmo, M. and Song, T. (eds.), *On the Proposed Crimes against Humanity Convention* (Torkel Opsahl Academic Publisher 2014), 103.

Robinson, D., ‘Crimes against Humanity: A Better Policy on Policy’, in: Stahn, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press 2015), 705.

Robinson, D., ‘The Other Poisoned Chalice: Unprecedented Evidentiary Standards in the Gbagbo Case?’, Parts I-III (November 2019), *EJIL: Talk* 2019.

Rodenhäuser, T., ‘Beyond State Crimes: Non-State Entities and Crimes against Humanity’, (2014) 27 *LJIL* 913.

Sadat, L.N., ‘Crimes against Humanity in the Modern Age’, (2013) 107 *AJIL* 334.

Schabas, W.A., *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press 2. ed. 2016).

Stahn, C., *A critical Introduction to International Criminal Law* (Cambridge University Press 2019).

Triffterer, O. and Ambos, K., *Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary* (C.H. Beck 3. ed. 2016) (quoted as: Author(s) in Triffterer and Ambos, *Commentary* (2016), Art. XX mn. XX).

Werle, G. and Jessberger, F., *Principles of International Criminal Law* (Oxford University Press 3. ed. 2014).

Werle, G. y Jessberger, F., *Völkerstrafrecht* (Mohr Siebeck 5. ed. 2020 [pruebas recibidas del segundo autor]).

IV. Otras fuentes

AI, 'Chile: Amnistía Internacional denunció violaciones de derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos' (11 de noviembre de 2019), <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-amnistia-internacional-denunciara-violaciones-ante-cidh/>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

CNN Chile, '2.410 detenidos y 535 heridos: INDH presenta querellas contra carabineros y militares por violencia sexual' (23 de octubre de 2019), <https://www.cnnchile.com/pais/indh-detenidos-heridos-querellas-violencia-sexual_20191023/> consultado el 17 de noviembre de 2019.

'Declaración del director del INDH y querella contra Carabineros' (10 de noviembre de 2019), disponible en <<https://www.indh.cl/declaracion-del-director-del-indh-y-querella-contra-carabineros/>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

Defensoría de la Niñez, 'Informe sobre Trabajo y Detecciones de la Defensoría de los Derechos de la Niñez (octubre de 2019).

Cuenta de Twitter INDH Chile <<https://twitter.com/inddhh>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

INDH, Cifras actualizadas, <<https://twitter.com/inddhh>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Instrucciones sobre el uso de la fuerza, Circular No. 1832, 1 de marzo de 2019, Diario Oficial de la República de Chile, Núm. 42.295, 4.3.2019 (citado como: Instrucciones).

Noticias ONU, 'Expertos de la ONU reprobaban el uso de la fuerza excesiva en las protestas de Chile' (8 de noviembre de 2019), <<https://news.un.org/es/story/2019/11/1465161>> y <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25269&LangID=E>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

NY Times The Dispatch, "'It's Mutilation": The Police in Chile Are Blinding Manifestantes', Informe (10 de noviembre de 2019), <<https://www.nytimes.com/video/world/americas/100000006795557/chile-protesters-shot-eye.html>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

Universidad de Chile-Defensoría Jurídica, Informe de Monitoreo N ° 15, 14 de noviembre de 2019, <<https://twitter.com/defensoriauch?lang=es>> consultado el 17 de noviembre de 2019.

Oficina de Derechos Humanos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 'Chile: expertos de la ONU condenan el uso excesivo de la fuerza y actos de violencia en protestas recientes '(8 de noviembre de 2019), <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25269&LangID=E>> consultado el 17 de noviembre de 2019.