

**INFORME EN DERECHO**

**ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL  
CONTRA EL EX-MINISTRO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA  
DON ANDRÉS CHADWICK PIÑERA**

Arturo Ferandois Vöhringer<sup>1</sup>  
Profesor Titular de Derecho Constitucional UC

Noviembre de 2019

---

<sup>1</sup> Informe se emite como socio de Ferandois y Compañía Limitada y en su representación.

## **I. Introducción**

El abogado Luis Hermosilla nos ha solicitado un informe en derecho sobre la acusación constitucional presentada por un grupo de diputados, con fecha 30 de octubre de 2019, en contra de don Andrés Chadwick Piñera, ex-Ministro del Interior y Seguridad Pública (la “Acusación Constitucional” o la “Acusación”).

Específicamente, se nos ha pedido analizar, desde la perspectiva del Derecho Público, algunos asertos de dicha Acusación, y en particular los contenidos de su Capítulo II. En este capítulo se atribuye al ex-Ministro la infracción grave de la Constitución Política de la República (“CPR” o la “Constitución”), por su participación en la declaración de Estados de Emergencia, y la afectación de derechos no contemplados en tal estado de excepción constitucional.

Este informe seguirá la siguiente estructura. En primer término, se examinará la naturaleza de la Acusación Constitucional, definiendo cómo se relacionan y jerarquizan sus componentes jurídicos y políticos, y las consecuencias que de ello se siguen para el análisis que debe efectuar la Honorable Cámara de Diputados. En segundo lugar, se analizará el Capítulo II de la Acusación, examinando críticamente las principales infracciones jurídicas que se imputan al ex-Ministro. Finalizaremos con las conclusiones pertinentes.

## **II. Naturaleza de la Acusación Constitucional: La Acusación Constitucional tiene Carácter Jurídico con Limitados Elementos Políticos**

### **1. ¿Qué es la Acusación Constitucional?**

La Acusación Constitucional, nacida en el derecho inglés, puede definirse como *“el procedimiento, sustanciado en Parlamentos bicamerales, mediante el cual el acuerdo de las dos ramas que lo integran, permite destituir a funcionarios o magistrados de las más altas jerarquías estatales, haciendo efectiva su responsabilidad por los delitos o ilícitos constitucionales de extrema gravedad*

*previstos en la Carta Fundamental*<sup>2</sup>. Ya desde su origen, esta institución se dirigía en contra del “*ministro que ha delinquido o desempeñado mal su cargo*”.<sup>3</sup>

Nuestra Constitución, tributaria de la tradición inaugurada en Inglaterra, regula la Acusación Constitucional en su artículo 52, señalado que:

*“Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: (...)*

*2) Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas: (...)*

*(b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado estas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno”.*

Lo anterior se complementa con el artículo 53 N°1 de la CPR, el cual entrega al Senado el conocimiento y la resolución de las acusaciones constitucionales aprobadas por la Cámara.

## **2. La Acusación Constitucional es de Naturaleza Jurídica tanto por su Finalidad como por su Origen.**

La finalidad de esta institución nos sirve para iluminar su verdadera naturaleza. Debe recordarse que la Acusación Constitucional es un medio para hacer efectivos los Principios de Control y Responsabilidad<sup>4</sup>, reconocidos en los incisos finales de los artículos 6 y 7 de la CPR (“*La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*”, y “*Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y*

---

<sup>2</sup> CEA EGAÑA, José Luis (2015), *Derecho Constitucional Chileno. Tomo III* (Santiago, Ediciones UC, 3ª edición), p. 335.

<sup>3</sup> PELLET LASTRA, Arturo (1995), *El Poder Parlamentario: su origen, apogeo y conflictos* (Buenos Aires, Ediciones Abeledo-Perrot), p.30.

<sup>4</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000), *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición), pp. 124-125; BRONFMAN VARGAS, Alan; CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2013), *Derecho parlamentario chileno: Funciones y atribuciones del Congreso Nacional* (Santiago, Legal Publishing), pp. 324-325.

*sanciones que la ley señale*”). Esta responsabilidad es *jurídica* y de carácter constitucional, establecida por el *ordenamiento jurídico* a quién incumple obligaciones también de *naturaleza jurídica*. No se trata, por tanto, de la responsabilidad política propia del régimen parlamentario<sup>5</sup>.

Un segundo elemento a considerar dice relación con el origen de la institución que se estudia. En efecto, ya desde sus lejanas raíces inglesas, la Acusación Constitucional es una creación *jurídica*. En efecto, los primeros casos se referían al juzgamiento de delitos comunes<sup>6</sup>, y posteriormente fue regulada expresamente por una ley, el *Impeachment Act* de 1711. Nótese además que esta herramienta cayó en desuso, al menos en Inglaterra, en la medida que se asentó el parlamentarismo inglés, donde la responsabilidad política de los Ministros – no la jurídica – se hacía valer por otros medios (e.g., voto de censura)<sup>7</sup>. De esta forma, al separar las responsabilidades jurídicas y políticas, y hacerlas efectivas mediante diferentes instrumentos, se clarificó la naturaleza jurídica de la responsabilidad envuelta en la Acusación Constitucional.

Desde Inglaterra, esta institución pasó al texto constitucional de otros países, tales como a la constitución norteamericana de 1787 y a las chilenas de 1833, 1925 y 1980<sup>8</sup>. En Chile, es posible apreciar su progresiva reglamentación. Así,

---

<sup>5</sup> Al respecto, se ha dicho que “*la acusación en juicio político no es un procedimiento idóneo para hacer efectiva la responsabilidad política de funcionarios y magistrados, sino la responsabilidad constitucional, de tipo penal o administrativo, lo que es consistente con la naturaleza misma del régimen presidencial de gobierno, en que no existe relación fiduciaria del Gobierno y la Administración con el Parlamento (...)*”. (ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2016), “Responsabilidad constitucional de intendentes y gobernadores en la acusación en juicio político”, en *Revista de Derecho Público*, N°65, p. 200).

<sup>6</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000), *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición), p. 125.

<sup>7</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000), *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición), p. 126.

<sup>8</sup> Art. 38 de la Constitución de 1833: “*Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 2da. Acusar ante el Senado, cuando hallare por conveniente hacer efectiva la responsabilidad de los siguientes funcionarios:- A los ministros del despacho, y a los Consejeros de Estado en la forma, y por los crímenes señalados en los artículos 92,93,94,95,96,97 y 19 (...), Art. 39 Son atribuciones De la Cámara de Senadores: (...) 2da. Juzgar a los funcionarios que acusare la Cámara de Diputados con arreglo a lo prevenido en los artículos 38 y 98 (...)*”; Art. 39 de la Constitución de 1925: “*Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 1ra. Declarar si han o no lugar las acusaciones que diez, a lo menos, de sus miembros formularen en contra de los siguientes funcionarios: (...) b) De los Ministros de Estado, por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, soborno, infracción de la Constitución, atropellamiento de las leyes, por haberlas dejado sin ejecución y por a ver comprometido gravemente la seguridad o el honor a la Nación. (...)*”, Art. 42. *Son atribuciones exclusivas del Senado: 1ra Conocer de las*

el texto original de la Constitución de 1833 señalaba que el Senado juzgaba “*ejerciendo un poder discrecional, ya para caracterizar el delito, ya para dictar la pena*”<sup>9</sup>, cuestión que fue modificada en 1874. Desde ese entonces y hasta hoy, la discrecionalidad parlamentaria fue reemplazada por una estricta regulación de quienes podían ser acusados, por qué causales y siguiendo qué procedimiento<sup>10</sup>. Se consolidó así la Acusación Constitucional como un instrumento de control que no suponía una amplia libertad del contralor, sino que, por el contrario, incorporaba una serie de elementos jurídicamente reglados, los cuales restringían tal libertad.

Concluimos, por tanto, que tanto por su finalidad como por su origen (histórico y normativo), la Acusación Constitucional presenta una naturaleza esencial e indiscutiblemente jurídica.

---

*acusaciones que la Cámara de Diputados establece con arreglo al artículo 39(..) El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito o abuso de poder que se le imputa (...) El funcionario declarado culpable será juzgado con arreglo a las leyes por el Tribunal ordinario competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito cometido, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares (...); Art. 48 de la Constitución de 1980 (original): “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas: (...) b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno. Art. 49.- Son atribuciones exclusivas del Senado: 1) Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior. El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa. La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por 2/3 de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos (...) El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares (...).*

<sup>9</sup> Art. 98 de la Constitución de 1833.

<sup>10</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000), *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición), p. 127.

### **3. Elemento Político de la Acusación Constitucional: Verdadero Alcance y Limitaciones.**

En el texto de la Acusación Constitucional presentada contra el ex-Ministro Chadwick, se afirma que “*la doctrina mayoritaria la ha conceptualizado como una figura mixta, con elementos de juicio jurídico-político*”<sup>11</sup>.

Concordamos en que existe un factor político envuelto en la Acusación Constitucional, sin embargo, aquel goza de una influencia acotada dentro de la estructura eminentemente jurídica de esta institución. En consecuencia, es incorrecto atribuir a este elemento político un conjunto ilimitado y difuso de efectos, como sugiere el texto y fundamentación de la Acusación contra el ex-Ministro Chadwick.

Veremos a continuación algunas manifestaciones precisas que ilustran la necesaria limitación en la utilización del factor “político” en la institución que se examina.

- a) La Acusación Constitucional sólo cabe por los ilícitos señalados expresa y taxativamente por la Constitución<sup>12</sup>.

La taxatividad constitucional de los ilícitos de una acusación constitucional es indiscutida en doctrina. Ello no sólo por el tenor textual del artículo 52 de la CPR, sino especialmente porque estamos frente a ilícitos y sanciones sometidas a la más plena aplicación del principio de derecho constitucional e internacional de “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” (artículo 19 N°3 de la CPR; artículos 1 y 18 del Código Penal; artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 15.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En consecuencia, no existe libertad para la Cámara o el Senado, invocando una supuesta naturaleza política de la Acusación, para extender su

---

<sup>11</sup> Acusación, p. 3

<sup>12</sup> BRONFMAN VARGAS, Alan; CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2013), *Derecho parlamentario chileno: Funciones y atribuciones del Congreso Nacional* (Santiago, Legal Publishing.), p. 326; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000), *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición), p. 130.

aplicación a conductas no previstas expresamente por la propia Constitución. Al contrario, nos encontramos frente a “*ilícitos de Derecho estricto e interpretación restrictiva*”<sup>13</sup>.

b) La causal invocada en el Capítulo II de la Acusación es particularmente jurídica en sentido estricto<sup>14</sup>.

El artículo 52 N°2) de la CPR, antes transcrito, contiene las siguientes causales para acusar constitucionalmente a un Ministro de Estado:

- i) “*haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación*”.
- ii) “*infringir la Constitución o las leyes o haber dejado estas sin ejecución*”.
- iii) “*por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno*”.

Como puede apreciarse de la simple lectura, mientras la primera causal presenta elementos más abiertos a la discrecionalidad, y, por tanto, a la evaluación de oportunidad y mérito - lo que podría entenderse como permeable a, aunque no exclusivamente, la apreciación “política” – las otras dos causales son intensamente jurídicas y no ofrecen espacio a tal discrecionalidad. Vulnerar o no ejecutar *una norma jurídica* es claramente una apreciación *jurídica* que requiere, a lo menos, interpretar la norma de acuerdo a parámetros tales como su texto (lo que requiere pericia técnica)

---

<sup>13</sup> En este sentido: “(...) el Senado, que resolviendo como jurado, declara la culpabilidad del acusado por un ilícito constitucional (delito, infracción o abuso de poder) determinado (art. 53 N.º 1 C.P.R.) (...)”; “Con todo no debemos renunciar a la tarea de llegar a un entendimiento razonable de los conceptos correspondientes a estos ilícitos constitucionales por un imperativo hermenéutico elemental: el Derecho Sancionador, a mayor fuerza el de fuente constitucional, exige concebir estos ilícitos como de derecho estricto e interpretación restrictiva (...)”; “Para los ministros de Estado también se exige causalidad específica, y por ende es una responsabilidad constitucional personal o subjetiva, directa. Pero a diferencia del Jefe de Estado, los ministros son responsables por inconductas (actos positivos o negativos, formales y no formales) encuadrables en los ilícitos constitucionales antes referidos, todo en estrecha conexión con su posición de órganos del Estado” (ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2006), “Responsabilidad Constitucional del Gobierno”, en *Ius et Praxis*, N°12(2), pp. 43-74)

<sup>14</sup> Ibidem.

y su finalidad (lo que requiere conocimiento especializado). Algo similar ocurre con el tercer grupo de causales, que, si bien no gozan de un correlato exacto en el Derecho Penal actual, demuestran manifiestamente que se trata de conductas con sentido jurídico preciso.

En definitiva, la causal invocada en el Capítulo II de la Acusación es una de las más propiamente jurídicas en su contenido, y, por tanto, más resistente a una aproximación “política” como fuente legítima de interpretación.

c) La Acusación Constitucional exige respeto del Debido Proceso.

Aun cuando se trate de una atribución exclusiva de las Cámaras, la Acusación Constitucional se aplica conjuntamente con otras normas constitucionales, y en particular con el derecho al Debido Proceso (artículo 19 N°3 CPR), justamente porque se trata de un procedimiento jurídico que termina por una verdadera sentencia<sup>15</sup>.

Destacamos a este respecto que, no obstante, la deferencia que otros órganos del Estado han demostrado hacia las Cámaras en el ejercicio de esta atribución, el Tribunal Constitucional ha recordado precisamente la exigencia constitucional del Debido Proceso, al menos en sus contenidos fundamentales. En efecto, ha señalado que:

*El derecho a defensa exige reconocer que quien es acusado mediante acusación constitucional tiene derecho a defensa de un abogado tanto ante el Senado como la Cámara<sup>16</sup>.*

Así también lo ha señalado la doctrina<sup>17</sup>, confirmando una vez más el carácter jurídico de la institución que se analiza.

---

<sup>15</sup> BRONFMAN VARGAS, Alan, CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2013), *Derecho parlamentario chileno: Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*, (Santiago, Legal Publishing.), p.326; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000), *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición), p. 329.

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional, sentencia rol N°91-1989 de 18 de enero de 1990, considerando 3°.

<sup>17</sup> En este sentido, ver: Díaz de Valdés, Rodrigo (2013), “Acusación constitucional y debido proceso”, en, AA.VV., *Congreso Nacional. Libro Homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 99-118.

d) Lo “político” no exime probar la causal taxativa con estándar jurídico.

Las causales invocadas deben probarse, esto es, no basta con su invocación y darlas por cumplidas recurriendo al carácter “político” de la Acusación. Las causales suponen hechos, los que deben acreditarse, ya que de lo contrario nos encontraríamos frente a una vulneración flagrante del principio de inocencia y del debido proceso (artículo 19 N°3 de la CPR). Más aún, se trataría de un exceso evidente de facultades por parte de las Cámaras, corporaciones a las que en absoluto se les ha otorgado la competencia de “crear” una verdad (la cual exige una relación de adecuación con los hechos), sino de asentarla mediante el proceso que la Constitución, la ley y los reglamentos de la Cámaras establecen para la Acusación Constitucional. Al contrario, dar por establecida la causal, y luego castigar sobre esa determinación, sin suficiente sustento factual, constituiría un evidente ejercicio arbitrario del Poder, terminantemente prohibido por nuestro sistema constitucional (artículo 4 de la CPR).

**4. En qué Podría Manifestarse, Legítimamente, lo “Político” de la Acusación Constitucional.**

Como señalábamos, la Acusación Constitucional es una institución jurídica que presenta un componente político, el cual se podría manifestar de la siguiente forma:

a) En la naturaleza de los entes involucrados.

No hay duda que ambas Cámaras gozan de carácter político, lo cual influye en su actuar. Ello no supone, sin embargo, que todas las actividades de las Cámaras se ajustarán a un criterio exclusiva y pervasivamente político, particularmente aquellas que, por su naturaleza, requieren una sujeción estricta a la ley como sucede con el ejercicio de funciones jurisdiccionales mediante la Acusación Constitucional<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> BRONFMAN VARGAS, Alan, CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2013), *Derecho parlamentario chileno: Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*, (Santiago, Legal Publishing.), p.329.

A este respecto, resulta ilustrativo recordar los orígenes ingleses de la Acusación Constitucional, donde el Parlamento siempre se consideró como la cúspide del sistema de tribunales, y en ese rol juzgaba a los altos dignatarios a través del proceso jurisdiccional que se analiza<sup>19</sup>.

Así, función jurisdiccional y naturaleza política de quién la ejerce no se excluyen, pero sí impone a este último ente una serie de obligaciones adicionales, como la de respetar el debido proceso.

b) Limitadamente, en la determinación de la “gravedad” de los hechos y de la supuesta infracción u omisión a la Constitución y la ley.

Sabemos que la Acusación Constitucional supone ilícitos constitucionales graves, severos, que ameriten una consecuencia tal como la destitución del cargo y la prohibición de ejercer funciones públicas por 5 años (artículo 53 N°1). La sola entidad de esta sanción demuestra que, por exigencia del principio de proporcionalidad, reconocido en diversos preceptos constitucionales (artículos 1 inciso quinto, 6, 7, 19 N°2, N°3, N°20 y N°26 de la CPR)<sup>20</sup>, aquella debe aplicarse a vulneraciones severas de la Constitución.

En la apreciación de esa “severidad”, puede intervenir el factor “político” de la Acusación, pero sólo en forma limitada, ya que, como toda norma constitucional, la interpretación de la causal de Acusación en estudio debe ser objetiva. No basta, entonces, con que a un grupo de congresistas algunos hechos o infracciones “les parezca” grave, sino que tal apreciación debe fundarse en justificaciones fácticas comprobables y objetivas, transmitibles y defendibles ante terceros. Volvemos entonces al principio cardinal de la prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio del Poder, el que en este caso exige racionalidad y proporcionalidad en la determinación de la “severidad” de las vulneraciones a la Constitución y la ley.

---

<sup>19</sup> La Cámara de los Lores inglesas mantuvo su función de última instancia jurisdiccional hasta el año 2005, cuando se promulgó el Acta de Reforma Constitucional que estableció una Corte Suprema (*Supreme Court of the United Kingdom*) para esa función.

<sup>20</sup> Ver: ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚNIGA URBINA, Francisco (2012), “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, N°10(1), pp. 86 y87; ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2017), *Las sanciones administrativas. El problema de la proporcionalidad* (Valencia, Tirant Lo Blanch), p.27.

## **5. Conclusión: la Acusación Constitucional es Preeminentemente Jurídica sin Perjuicio de Admitir Limitados Elementos Políticos.**

En definitiva, por los argumentos expuestos, no corresponde entender a la Acusación Constitucional como portadora de una “doble naturaleza jurídico-política”, en el sentido de elementos paritarios, equivalentes y cumulativos - pero separados - de la misma. Por el contrario, se trata de una institución unitaria, preponderantemente jurídica, que integra ciertos elementos políticos, los cuales deben siempre apreciarse en conjunto con los aspectos jurídicos - no separadamente -, y donde estos últimos gozan de preeminencia.

Con lo anterior a la vista, nos corresponde discrepar de una afirmación del texto de la Acusación Constitucional contra el ex-Ministro Chadwick.

Se sostiene en ella que un autor nacional habría “*afirmado que el conocimiento y fallo de la acusación constitucional involucra campos pertenecientes al orden político (...) por ello parece razonable que las infracciones políticas sean resueltas por cuerpos de carácter político*”<sup>21</sup>. En realidad, el citado autor agrega algo fundamental justo antes de esta cita, al señalar que: “*su (sic) conocimiento y fallo abarca no sólo aspectos jurídicos, sino también otros campos pertenecientes al orden político*”<sup>22</sup>.

Como puede observarse, el autor comienza reconociendo sin ambages que la decisión sobre la Acusación Constitucional posee, primero, elementos jurídicos, y luego, otros de naturaleza política. Concordamos plenamente con esta posición.

Pero aún más, el mismo autor invocado en la acusación destaca que debe diferenciarse entre una Acusación Constitucional y un Juicio Político. La primera “*es un mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad jurídica de ciertos funcionarios públicos*”<sup>23</sup>, lo que sería propio de un régimen presidencial

---

<sup>21</sup> Acusación, p. 3.

<sup>22</sup> BRONFMAN VARGAS, Alan, CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2013), *Derecho parlamentario chileno: Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*, (Santiago, Legal Publishing), p.326.

<sup>23</sup> BRONFMAN VARGAS, Alan, CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2013), *Derecho parlamentario chileno: Funciones y atribuciones del Congreso Nacional* (Santiago, Legal Publishing), p.327.

(como es el caso chileno). En cambio, el Juicio Político sería una “*herramienta para exigir la responsabilidad política de ciertos funcionarios del aparato estatal*”<sup>24</sup>, asumiendo que sería más propio de los regímenes parlamentarios. Nuevamente, el aspecto jurídico se configura como el central de la Acusación Constitucional, ya que persigue una responsabilidad, ante todo, de naturaleza jurídica.

### **III. Análisis Crítico del Capítulo II de la Acusación Constitucional**

La Acusación Constitucional consta de dos capítulos. El segundo, objeto principal de este informe, se titula “*De haber infringido gravemente la Constitución al participar de la declaración del Estado de Emergencia y afectar derechos no contemplados en dicho estado de excepcionalidad constitucional*”.

#### **1. Síntesis de las Infracciones Jurídicas Alegadas por la Acusación.**

Luego de una breve reseña del concepto y regulación de los estados de excepción constitucional en la historia constitucional chilena, se identifican veinte decretos supremos por medio de los cuales el Presidente de la República, con la firma del a la sazón Ministro del Interior (don Andrés Chadwick), declaró el Estado de Emergencia (artículo 42 de la CPR), dictados entre el 18 de octubre y el 21 de octubre de 2019 (los “Decretos”).

Posteriormente, se enuncian las siguientes infracciones constitucionales y legales atribuidas al ex-Ministro Chadwick:

- i) Ausencia de delegación de facultades presidenciales al Jefe de Defensa Nacional.
- ii) Inconstitucionalidad sobreviniente o derogación tácita de la Ley N°18.415.

---

<sup>24</sup> BRONFMAN VARGAS, Alan, CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2013), *Derecho parlamentario chileno: Funciones y atribuciones del Congreso Nacional* (Santiago, Legal Publishing), p.327.

- iii) Imposibilidad de la Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción (“LEC”) de conferir atribuciones “autónomas” a los jefes de la Defensa Nacional.
- iv) Homologación del Estado de Emergencia al Estado de Sitio.
- v) Existiría una omisión por parte del Ex-Ministro.
- vi) Toque de queda como restricción ilegítima de libertad personal.
- vii) No subordinación de los jefes de Defensa Nacional al poder civil y al control político.

Antes de comenzar el análisis particular de cada alegación, nos parece necesario aclarar una cuestión que sirve de fundamento común a varias de aquellas alegaciones, y que dice relación con la delegación de facultades en el jefe de la Defensa Nacional.

## **2. Aclaración Previa: Facultades del Jefe de la Defensa Nacional.**

Como primera aclaración al tenor de la acusación, es preciso dejar establecido que, en Derecho Público, la atribución de potestades (“poderes-deberes finalizados”<sup>25</sup>) a los órganos del Estado se hace mediante la Constitución o la ley. En efecto, el artículo 7 de la CPR dispone expresamente que:

*“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*

*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (el subrayado es nuestro).*

---

<sup>25</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (1996), *Derecho Administrativo bases fundamentales. Tomo II: El principio de juridicidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición), p. 149.

Así, la fuente regular de competencias de toda autoridad pública es la ley, y sólo extraordinariamente, la Constitución.

Excepcionalmente, un órgano público puede ejercer atribuciones que le han sido entregadas a otro órgano, en virtud del mecanismo de la delegación. En ella “*el órgano superior (...) transfiere el ejercicio de la competencia, que le ha sido asignada previamente por el ordenamiento jurídico, a otro de jerarquía inferior*”<sup>26</sup>. En nuestro ordenamiento, esta institución está regulada en el artículo 41 de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Como consecuencia de lo antes señalado, en el caso que nos ocupa, el jefe de la Defensa Nacional puede ejercer sus atribuciones, ya sea porque se las entrega la ley o la Constitución (regla general en Derecho Público), o porque se las ha delegado un superior, en este caso, el Presidente de la República.

Esta estructura, lógica y común en nuestro Derecho Administrativo, es la que repite la LEC en sus artículos 4 y 5. Es así como el primero señala que:

*“Declarado el estado de emergencia, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe”.*

A su vez, el artículo 5 comienza disponiendo que:

*“Para los efectos de lo previsto en el inciso primero del N° 6° del artículo 41 de la Constitución Política de la República, durante el estado de emergencia, el jefe de la Defensa Nacional que se designe tendrá los siguientes deberes y atribuciones:”*

Como puede apreciarse, el artículo 4 se refiere la delegación, mientras que el artículo 5 entrega directamente al jefe de la Defensa Nacional potestades públicas. Estas últimas, como ocurre con cualquier otra potestad pública, puede ser ejercida por el órgano sin necesidad de delegación o autorización alguna. Basta entonces con la atribución legal.

---

<sup>26</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011), *Derecho Administrativo General*, (Santiago, LegalPublishing, 2ª edición), p. 308. En el mismo sentido: CORDERO, Luis (2015), *Lecciones de Derecho Administrativo, colección tratados y manuales*, (Santiago, LegalPublishing, 2ª edición), p. 200.

Como consecuencia de lo anterior, puede afirmarse concluyentemente que el jefe de la Defensa Nacional goza ante el Derecho, de todas las atribuciones señaladas en el artículo 5 de la LEC. Ello no obsta, sin embargo, a que el Presidente pueda, adicionalmente, delegar sus competencias en Estado de Emergencia en los jefes de la Defensa Nacional, tal y como señala el artículo 4°. Estas competencias son amplias, ya que le permiten “*restringir las libertades de locomoción y reunión*” (art. 43 inciso final de la CPR), lo que contrasta con las mucho más específicas y limitadas atribuciones contempladas en el artículo 5 de la LEC.

Es cierto que el artículo 5 de la LEC no está actualizado, toda vez que hace referencia numérica a una norma constitucional derogada, cuyo texto fue parcialmente trasladado a un precepto dotado de otro número en la Carta. No obstante lo anterior, debe tenerse presente que:

- i) La ley siempre puede atribuir competencias o potestades públicas. No requiere para ello un mandato o autorización constitucional. Basta con el artículo 7 de la CPR.
- ii) La norma constitucional derogada simplemente hacía un reenvío a la ley: señalaba que el jefe de la Defensa Nacional “*asumirá el mando con las atribuciones y deberes que la ley señale*”. Nuevamente, nos encontramos frente a la regla general: es la ley quién atribuye competencias a las autoridades públicas.

Como consecuencia de todo lo anterior, resulta completamente inoficiosa la discusión de si el Presidente de la República delegó o no en el jefe de la Defensa Nacional sus competencias propias del Estado de Emergencia. Aún cuando no hubiese existido tal delegación, el jefe de la Defensa Nacional gozaba de las atribuciones que le entregaba directamente la LEC, sin necesidad de delegación alguna.

Concluyo esta sección advirtiendo que esta postura no es solo nuestra, sino que ha sido confirmada por la Iltma Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo precisamente de un recurso dirigido contra los Decretos y los “toques de queda” dictados a su amparo. Declaró la Iltma. Corte que:

*“En este examen formal de la competencia e investidura de que disponía el recurrido [el jefe de la Defensa Nacional], se partirá por constatar que conforme al artículo 4° de la LOC N°18.415, “declarado el estado de emergencia, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe”. Enseguida, por el artículo 5°, en su N°1, se confiere directamente al Jefe de la Defensa Nacional designado durante este Estado de Excepción la prerrogativa de “Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción”, lo que ha de entenderse con relación al numeral 6 que le entrega la facultad de “impartir todas las instrucciones para el mantenimiento del orden interno dentro de la zona””<sup>27</sup> (el subrayado es nuestro).*

### **3. Análisis Crítico de las Infracciones Jurídicas Alegadas por la Acusación.**

#### **a) Ausencia de delegación de facultades presidenciales.**

La Acusación señala que la Constitución entrega al Presidente de la República competencias exclusivas y excluyentes en su artículo 43 inciso final, las cuales podría delegar en los jefes de la Defensa Nacional que designe (artículo 4 de la LEC). Tal delegación ocurriría por decreto supremo exento de toma de razón (artículo 9 de la LEC). Sin embargo, los Decretos no contendrían esta delegación de atribuciones y por tanto no existiría tal delegación del Presidente a los jefes de la Defensa Nacional.

Como ya señalamos, la discusión sobre si existió o no delegación presidencial en los respectivos jefes de la Defensa Nacional es infructuosa, ya que es la propia LEC la que les entrega potestades en forma directa, sin necesidad de delegación. Adicionalmente, el argumento de la falta de delegación presidencial ha sido

---

<sup>27</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N°2214 de 29 de octubre de 2019, considerando 4°.

rechazado por diversos fallos jurisdiccionales recientes emitidos a propósito, justamente, de los Decretos<sup>28</sup>.

**b) Inconstitucionalidad sobreviniente o derogación tácita. Acusación exige un imposible al Ministro, forzando su actuar contrario a Derecho.**

La Acusación afirma que la LEC sería una “*norma de facto*” anterior a la reforma constitucional del año 2005, que definió el texto actual del art. 44 de la CPR, el cual exigiría que la LEC contemple “*lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni de los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares*”.

En consecuencia, afirman los acusadores que la LEC “*opera por fuera del marco constitucional establecido*”, cuestión que habría sido previsible por el ex-Ministro, y que “*las facultades de los jefes de defensa han operado en el marco de un Estado de Sitio*”.

El error constitucional de esta afirmación consiste en que se construye sobre un supuesto imposible: exige a un ministro de Estado que se atribuya una potestad pública que le está expresamente vedada, que la Carta Fundamental confiere exclusivamente a otro órgano distinto: el Tribunal Constitucional (art. 93, N°3, de la CPR). En efecto, se exige que el ministro se desentienda de una ley vigente cuyo texto es preciso, obrando como si no estuviere vigente, todo sin previa sentencia del Tribunal Constitucional que la declare inaplicable o derogada (N°s 3 y 6, art. 93).

Entonces, al margen de la discusión de fondo sobre si la LEC resulta contraria o no a la Constitución, y del hecho que durante la reforma constitucional 2005 – que dio lugar al texto transcrito – nunca se discutió la supuesta incompatibilidad con la LEC vigente<sup>29</sup>, el argumento es imposible de aceptar, porque no dice

---

<sup>28</sup> En este sentido, ver sentencias de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt rol N°158-2019, rol N°159-2019, rol N°160-2019, rol N°163-2019, rol N°164-2019 y rol N°165-2019, todas de 30 de octubre de 2019.

<sup>29</sup> Ver: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2005), Historia de la Ley N°20.050 “Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República”, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/> (consultado el 18 de noviembre de 2019).

relación con un deber jurídico exigible al ex-Ministro Chadwick. En efecto, aun cuando lo señalado en la Acusación fuere correcto, nos encontraríamos frente a lo que la doctrina denomina “inconstitucionalidad sobreviviente” o “derogación tácita”, esto es, la pérdida de vigencia de una norma legal anterior al texto actual de la Constitución, por ser contraria a ésta<sup>30</sup>.

En Chile, la facultad para declarar esta inconstitucionalidad o derogación ha sido controversial. En términos simples, existe la discusión si los Tribunales Ordinarios de Justicia (Corte Suprema) podrían hacerlo, o si toda forma de control de constitucionalidad de la ley es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional<sup>31</sup>.

Sea cual sea la postura que se adopte en este debate, resulta claro que ninguna otra autoridad podría declarar, por sí y ante sí, que una norma legal ha quedado sin efecto por ser contraria a la Constitución. En consecuencia, toda autoridad administrativa, incluyendo los Ministros de Estado, están obligados a acatar y aplicar la norma legal, aún cuando puedan estimar que ha sido derogada por el texto actual de la Constitución. Obrar de otra forma implicaría la vulneración del artículo 7 de la CPR, antes citado, ya que el Ministro en cuestión se arrojaría facultades que ni la Constitución ni la ley le han entregado (determinar la inconstitucionalidad o derogación tácita de una norma legal).

En conclusión, no procede jurídicamente exigirle al ex-Ministro Chadwick que no cumpliera o no aplicara una norma legal bajo el argumento de su eventual derogación tácita o inconstitucionalidad sobreviviente. Precisamente en el evento de que lo hubiese hecho, se hacía sujeto pasivo de dejar las leyes sin ejecución, y de forma no prevista por la Constitución.

---

<sup>30</sup> En esta línea, se ha conceptualizado la figura de la “inconstitucionalidad sobreviviente” como: “*la existencia de un precepto legal que se subordina a la Carta Fundamental, pero que pierde dicha subordinación producto de una reforma a la Constitución Política. Así, un texto legal que era constitucional pasa a tener un vicio adquirido*” (VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2008), “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto”, en *Actualidad Jurídica*, N°18, p.290.

<sup>31</sup> Ver: CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2009), “Los principios y reglas que estructuran el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Ius et Praxis*, Vol. 15, N°2, pp.29 y 30; HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2017), “¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales?”, en *Estudios Constitucionales*, Año 15, N°1, pp.307-328.

Adicionalmente, y sólo para los efectos de mayor precisión en esta materia, debe tenerse presente que la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en causa sobre los Decretos, rechazó el argumento de la derogación tácita en dos ocasiones, señalando lo siguiente:

*“Que para configurar una “derogación tácita” respecto de una norma legal, sería necesario que el precepto constitucional obste por completo a la aplicación de dicha ley, esto es, que su aplicación llegue a implicar una incompatibilidad tal que haga sufragar la norma de rango inferior; cuestión que en la especie no ocurre, desde que el precepto constitucional expresamente permite restringir para ese estado de excepción, las libertades de locomoción y reunión. Por lo dicho, no se advierte en la especie la derogación de la regla legal en cuestión, que impidiera al Presidente de la República asignar las facultades que en la especie ha ejercido el recurrido para limitar el derecho a movilizarse”<sup>32</sup> (el subrayado es nuestro).*

**c) Imposibilidad de la LEC de entregar atribuciones “autónomas” a los jefes de la Defensa Nacional.**

Luego de la reforma constitucional del año 2005, la LEC no podría entregar atribuciones “autónomas” a los jefes de la Defensa Nacional pues se habría derogado la norma constitucional que lo permitía. Esta sería el antiguo artículo 41 N°6, que disponía que en estado de emergencia o catástrofe, aquellos jefes asumían el mando “*con las atribuciones y deberes que la ley señale*”. Al no existir ya este artículo, la Constitución no permitiría a la ley delegar atribuciones a los jefes de la Defensa Nacional.

Más aún, la Constitución sólo permitiría hoy atribuir a los uniformados funciones de dirección y vigilancia, y no de mando.

Nuevamente, la Acusación acude a la institución de la inconstitucionalidad sobreviniente o la derogación tácita, y como señalamos, no correspondía al ex-Ministro emplear dicha doctrina – rechazada en este caso por la jurisprudencia ya mencionada-, sino que aplicar y cumplir con la ley vigente, cual es en este caso

---

<sup>32</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencias rol N°165-2019, N°159-2019, N°160-2019, N°163-2019 y N°164-2019, todas de 30 de octubre de 2019, considerando 6° (En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol N°158-2019 de 30 de octubre de 2019, considerando 7°).

la LEC. A su vez, dicha norma es meridianamente clara en entregar competencias específicas a los jefes de la Defensa Nacional durante los Estados de Emergencia (artículo 5).

Adicionalmente, debe cuestionarse la afirmación que se realiza en cuanto a que la Constitución no permitiría la entrega directa de facultades a los jefes de Defensa Nacional. Como hemos explicado, la ley es un vehículo apto, legítimo y suficiente para atribuir potestades públicas, según dispone la propia Constitución (art. 7 antes transcrito). De no mediar una prohibición constitucional expresa, no se vislumbra cuál podría ser el fundamento jurídico de esta posición en el Derecho Chileno. Recordemos que la ley puede, y lo hace rutinariamente, regular derechos fundamentales, otorgando competencias a las autoridades administrativas, en los más diversos campos de acción, para hacer efectiva tales limitaciones.

#### **d) Homologación del Estado de Emergencia al Estado de Sitio.**

Se estaría aplicando el antiguo artículo 41 N°4 de la Constitución, hoy derogado, el que establecía que el estado de emergencia permitía “adoptar todas las medidas propias del estado de sitio”, excepcionando ciertas acciones que afectaban la libertad de locomoción (e.g., arresto), y restricciones a los derechos de asociación y sindicación. También autorizaba a restringir la libertad de opinión e información.

En esta línea, se afirma que, en los hechos, se habría producido la restricción de otros derechos diferentes de la locomoción y reunión, únicos que podrían limitarse por el Estado de Emergencia.

Dada la naturaleza estrictamente jurídica de este informe, no nos corresponde calificar si, en los hechos, se habrían producido limitaciones a derechos fundamentales que exceden las autorizadas en un Estado de Emergencia. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, es claro que tal situación, de haberse producido, ocurrió al margen del Derecho. Los estados de excepción constitucional, al ser de derecho estricto, no pueden simplemente “mutar” o ser interpretados de una forma tan amplia, que se conviertan en otro estado de excepción Constitucional. Cabe recordar que cada estado de excepción responde a una regulación diferente y específica (artículos 39 y siguientes de la CPR), lo que comprende causales distintas, diversas limitaciones a derechos

fundamentales, plazos y procedimientos particulares, etc. En consecuencia, la “mutación” que se presenta es, en términos simples, un imposible jurídico.

**e) Existiría una Omisión por parte del Ex-Ministro.**

Concurrirían tres elementos que verificarían la existencia de una omisión:

- i) Existencia de un deber legal de actuar, esto es, delegar las potestades presidenciales al jefe de la Defensa Nacional en los decretos que establecen el Estado de Emergencia.
- ii) Incumplimiento del deber de actuar por “real pasividad” o por deficiencia o insuficiencia del “obrar administrativo”. En este caso, existiría “real pasividad” por “no haber realizado la delegación de potestades presidenciales”.
- iii) La inactividad (sic, debe suponerse “actividad”) sea materialmente posible según la realidad fáctica del momento, y en la situación examinada sí habrían podido dictarse “los decretos con la debida delegación”.

Como ya hemos aclarado, para los efectos de la Acusación, nos parece inoficiosa la discusión sobre la existencia o inexistencia de la delegación de atribuciones del Presidente de la República al jefe de la Defensa Nacional. Este último gozaba de las atribuciones que le entregaba directamente la LEC, sin necesidad de delegación alguna. En consecuencia, es imposible configurar los elementos enunciados por la Acusación para que exista una omisión del ex-Ministro. En efecto, el “deber legal de actuar”, delegando potestades presidenciales, y la “real pasividad” por no haberlo hecho, quedan completamente relativizadas, sino desvirtuadas, por la innecesaridad de tal delegación.

**f) “Toque de Queda” como supuesta Restricción Ilegítima de Libertad Personal.**

La acusación imputa otra infracción de ley, en torno al llamado “toque de queda”. Argumenta que, al no existir delegación formal presidencial de facultades a los jefes de la Defensa Nacional, los “toques de queda” decretados por estos serían ilegítimos.

Este informante estima que esta afirmación acusadora carece respaldo legal, porque -como se demuestra más adelante- una vez designado de acuerdo a la ley, un Jefe de la Defensa Nacional sí tiene atribuciones constitucionales y legales para disponer el denominado “toque de queda” en la respectiva zona, y también para controlar su cumplimiento.

Como veremos, la acusación obtiene luego una conclusión equivocada, al omitir el razonamiento correcto.

Así, el libelo afirma que las “detenciones” realizadas por infringir los “toques de queda” serían ilegales y arbitrarias, vulnerando el artículo 19 N°7 letra c) de la CPR, ya que se trataría sólo de una falta, la cual sólo podría producir como consecuencia una “citación previa comprobación de domicilio”. Se describen además circunstancias que agravarían la situación de detención (e.g., falta de acceso al registro de detenidos).

La clarificación de este punto requiere abordar dos materias distintas:

**i) El jefe de la Defensa Nacional cuenta con facultades para dictar un “toque de queda”.**

Como hemos insistido, la LEC entrega directamente facultades al jefe de Defensa Nacional una vez dictado un Estado de Emergencia. A su vez, la naturaleza jurídica del “toque de queda” es de una suspensión acotada del derecho de locomoción reconocido en el artículo 19 N°7, ya que *“impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional”* (art. 12 LEC). La pregunta, entonces, es si la LEC autoriza al jefe de la Defensa Nacional a suspender temporalmente el derecho de locomoción.

A nuestro juicio, el uniformado goza de facultades suficientes para dictar un “toque de queda”, las cuales se pueden deducir de tres normas legales concurrentes:

- Artículo 5 N°1 de la LEC.

Esta norma dispone que el jefe de la Defensa Nacional “tendrá los siguientes deberes y atribuciones”

*“Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción;”*  
(el subrayado es nuestro).

Como se observa del texto transcrito, existe una orden directa de la ley al uniformado de velar por el orden público y resguardar la seguridad nacional. Recordemos que el Estado de Emergencia se dicta en un contexto de “grave alteración” del primero o “grave daño” de la segunda (art. 42 CPR). En consecuencia, la ley ordena al jefe de la Defensa nacional realizar lo necesario para “reparar o precaver” ese daño. Establecemos así la finalidad que debe guiar las funciones del jefe de la Defensa Nacional, la que sirve de criterio interpretativo central de sus atribuciones.

De esta forma, de este sólo precepto aún genérico, y en cumplimiento del deber-poder de velar por el orden público, y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad, se deduce inmediatamente que el Jefe de la Defensa Nacional tiene suficientes atribuciones para emitir instrucciones siempre proporcionadas al peligro, que permitan la suspensión temporal del derecho de locomoción o libertad ambulatoria, así como para controlarla, ordenarla, reconducirla de la mejor forma que sea apta para precaver daño o peligro a la seguridad afectada.

Interpretar que para cumplir el deber legal que le impone el artículo 5 número 1° el Jefe de la Defensa carece de toda potestad ordenatoria o suspensiva de la libertad ambulatoria, sería vaciar la norma que le ordena velar por el orden público, privando al JDN de los instrumentos mínimamente eficaces al tenor de su deber y convirtiéndolo en un funcionario potestativamente estéril, una especie de coordinador

administrativo o consejero. Esto, repugna a la naturaleza de los estados de excepción, aún al más leve, que es el de Emergencia.

- Artículo 5 N°4 de la LEC.

Prosigue el artículo 5 de la LEC entregando al uniformado la atribución de:

*“Controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de emergencia y el tránsito en ella”.*

En su sentido literal y obvio, controlar es “ejercer control sobre alguien o algo”<sup>33</sup>, en este caso, sobre la entrada y salida de la zona en cuestión, así como sobre el tránsito, entendido como “desplazamiento” de personas en su interior. Suspender temporalmente el derecho de locomoción es una forma evidente de “controlar” el “tránsito” de las personas, y por lo mismo, cabe plenamente dentro de la facultad legal asignada al jefe de la Defensa Nacional.

Esta postura ha sido recogida por la jurisprudencia reciente de los Tribunales Superiores de Justicia, pronunciándose precisamente sobre los Decretos que han sido causa de la Acusación Constitucional, y/o sobre las medidas de “toque de queda” ordenadas a su resguardo.

Es así como la Il<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Puerto Montt declaró expresamente que:

*“Que en relación a los argumentos de fondo que contiene el recurso de amparo, cabe agregar que la medida “toque de queda” que dispuso para las ciudades de Osorno y Puerto Montt el recurrido, en su calidad de Jefe de Defensa Nacional en esta Zona, tiene por objeto limitar el libre acceso a las referidas comunas, así como el desplazamiento al interior de éstas, durante los días y horarios que el propio Jefe de Defensa determinó.*

---

<sup>33</sup> Ver: <https://dle.rae.es/controlar> (consultado el 18 de noviembre de 2019).

*Que dicha medida, dispuesta en aras de resguardar el orden público y reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional, no es posible de homologar -como hacen los recurrentes- a la condición de “arresto domiciliario parcial”, que constituye en cambio una pena impuesta por sentencia judicial.*

*Es así como la atribución de “controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de emergencia y el tránsito en ella”, a que alude el artículo 5 N°4 de la ley 18.415, tiene como propósito el velar por la seguridad de sus habitantes, sin que constituya una medida sancionatoria ni de apremio.” (el subrayado es nuestro)<sup>34</sup>.*

Como puede observarse, la Iltma. Corte entiende que el “toque de queda” es una medida de control del desplazamiento (artículo 5 N° 4 de la LEC), y que además tiene por finalidad resguardar el orden público y la seguridad nacional (artículo 5 N°1 de la LEC), en razón de lo cual el uniformado tendría competencias para dictarlo.

En la misma línea, la Iltma. Corte de Santiago ha afirmado, también a propósito de los Decretos y las declaraciones de “toques de queda” recientes, lo siguiente:

*“Que además, la libertad ambulatoria es una garantía constitucional que puede ser suspendida durante los estados de excepción, a favor de un bien mayor, cual es el orden y la seguridad de la ciudadanía; prevaleciendo ésta que tiene un interés general, por sobre el derecho particular que tiene cada persona a trasladarse de un lugar a otro durante el toque de queda.*

*Que por consiguiente no existe un actuar arbitrario por parte del Jefe de Defensa de la Región Metropolitana al establecer la restricción de tránsito, ni tampoco un actuar ilegal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 42 de la*

---

<sup>34</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol N°158 de 30 de octubre de 2019, considerando 6°.

*Constitución Política de la República en relación a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 18.415, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción que establece los deberes y atribuciones del Jefe de la Defensa Nacional durante el estado de emergencia y específicamente en el numeral 4° de dicha disposición “controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de emergencia y el tránsito en ella”<sup>35</sup>.*

Claramente, la Iltma. Corte entiende que el jefe de la Defensa Nacional goza de competencia para dictar “toques de queda” en virtud del artículo 5 N°4 de la LEC, y que construiría una restricción legítima al tránsito de las personas.

La misma línea puede apreciarse, si bien no tan explícitamente, en una sentencia de la Iltma. Corte de San Miguel, la cual invoca el artículo 5 N° 4 de la LEC como fuente del “toque de queda”.<sup>36</sup>

- Artículo 5 N°6 de la LEC.

Esta disposición normativa señala que el jefe de la Defensa Nacional puede:

*“Impartir todas las instrucciones para el mantenimiento del orden interno dentro de la zona”.*

El legislador configura en este numeral una competencia amplia, definida por la finalidad de la conservación del orden público, a la que

---

<sup>35</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N°2207 de 29 de octubre de 2019, considerando 4°.

<sup>36</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia rol nN°513 de 29 de octubre de 2019, considerandos 4° y 5°: “Cuarto: Que, en la especie, los recurrentes hacen consistir los actos ilegales y arbitrarios en la disposición del toque de queda -por tres días consecutivos- que ordenara el Jefe de Defensa Nacional para la Región Metropolitana durante los días 19, 20 y 21 de octubre actual. Quinto: Que, en lo pertinente, cabe puntualizar que el artículo 4 del Decreto Ley 18.415 establece que “Declarado el estado de emergencia, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe”. Asimismo, el artículo 5 n°4 del mismo cuerpo normativo estatuye que durante el estado de emergencia, el jefe de la Defensa Nacional que se designe tendrá entre otras atribuciones “4) Controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de emergencia y el tránsito en ella”.

también hacía referencia el artículo 5 N° 1 de la LEC antes transcrito. Así, el jefe de la Defensa Nacional está obligado a emitir las órdenes que permitan alcanzar ese fin.

Resulta interesante a este respecto transcribir lo fallado recientemente por la Iltma Corte de Apelaciones de Santiago:

*“Cuarto: En este examen formal de la competencia e investidura de que disponía el recurrido, se partirá por constatar que conforme al artículo 4° de la LOC N°18.415, “declarado el estado de emergencia, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe”. Enseguida, por el artículo 5°, en su N°1, se confiere directamente al Jefe de la Defensa Nacional designado durante este Estado de Excepción la prerrogativa de “Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción”, lo que ha de entenderse con relación al numeral 6 que le entrega la facultad de “Impartir todas las instrucciones para el mantenimiento del orden interno dentro de la zona”.*

*Quinto: Así las cosas, no se visualiza en qué forma pueda reprochársele al recurrido haber excedido el marco legal antes mencionado, si en esa virtud se le entregaba la potestad de velar por el orden público y el mantenimiento del orden interno, resulta una medida idónea para ello decidir y disponer el denominado “toque de queda” el que se extendió durante la vigencia del Estado de Excepción Constitucional de Emergencia decretado por la máxima autoridad del país. Forzoso entonces resulta concluir que el*

*recurrido sí podía adoptar la medida objeto del recurso pues estaba debidamente revestido de la investidura y de las competencias y prerrogativas que se han detallado en el considerando precedente, lo que le permitía restringir en términos temporales y sólo durante la vigencia de ese estado de excepción, en la forma que lo señala el artículo 12 de la Ley 18.045, la garantía constitucional cuyo amparo reclama el actor, limitando así su ejercicio bajo el imperio de la Constitución Política de la República y la Ley, lo que impide poder calificarla de ilegal*” (el subrayado es nuestro)<sup>37</sup>.

La sentencia transcrita es meridianamente clara, y sus ideas centrales pueden resumirse en los siguientes términos:

- El jefe de la Defensa Nacional gozaba de competencia para dictar el “toque de queda”.
- Esa competencia la fue entregada directamente por la ley, independientemente de la eventual delegación presidencial.
- El artículo 5° N°1 y 6 son la fuente legal específica de tales competencias.

En suma, a nuestro juicio es indudable que el jefe de la Defensa Nacional tenía las competencias para dictar “toques de queda”, emanadas de la concurrencia de los numerales 1,4 y 6 del artículo 5 de la LEC, tal y como ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia reciente.

## **ii) Consecuencias para quienes no respetan el toque de queda.**

De las conclusiones anteriores se deduce una realidad obvia ante el derecho: quien infrinja las razonables medidas adoptadas por el Jefe de Defensa Nacional durante un estado de emergencia para “mantener el orden interno” en la zona, y para “controlar la entrada y salida” y “el tránsito en ella” -dentro de las cuales

---

<sup>37</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol N°2214 de 29 de octubre de 2019, considerandos 4° y 5°.

está el toque de queda- debe quedar sometido a alguna consecuencia jurídica. Repugnaría al derecho que el infractor no sufiere efecto alguno por causa de sus actos, porque estos ponen en peligro el mantenimiento del orden interno que resguardan las medidas.

Siendo así, las medidas que el Jefe de Defensa Nacional adopte deben ser al menos aptas para:

- Restituir el completo control de entrada, salida y tránsito en la zona, imponiendo de inmediato al infractor la medida proporcional que corresponda para forzar materialmente su cumplimiento;
- Restituir el mantenimiento completo del orden interno, aplicando al infractor la medida que corresponda proporcionalmente para forzar su acatamiento al orden interno.

Si el Jefe de Defensa Nacional no aplica estas medidas, infringe los deberes que le impone la Constitución y la ley.

**¿Qué medidas concretas del Jefe de Defensa Nacional sobre el infractor tienen cobertura constitucional durante un estado de emergencia?**

A este informante le parece que las siguientes:

- Impedir físicamente la circulación del sujeto infractor, si este se desplaza bajo toque de queda en la zona afectada;
- Disponer lo necesario para evitar que el sujeto vuelva a circular en la zona durante el horario interdicto;
- Aprender al sujeto infractor que no cesare inmediata y voluntariamente su paso y no se dirige de inmediato a su domicilio, para el sólo efecto de que lo haga, disponiendo su traslado a su domicilio a la mayor brevedad posible de acuerdo a las circunstancias y posibilidades de las fuerzas armadas a cargo.

Si el sujeto infractor agrega otros elementos típicos a su simple circulación bajo toque de queda, como cualquiera de las previstas en los delitos de los artículos 121, 122, 126, 128, 131, 134, 261, 262, 264, 269, 481 y 485 del Código Penal, por cierto que el Jefe de Defensa Nacional y sus fuerzas dependientes están legalmente facultados para detenerlo por flagrancia.

Por ejemplo, la detención es posible ante circunstancias tan posibles como la del artículo 269 del Código Penal, que sanciona “*los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona en particular o con cualquier otro fin reprobado...*”. O bien, la del artículo 261 N°2 del mismo Código: “*los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes (...)*”.

Como se verá en las sentencias que parcialmente transcribo a continuación, las cortes respaldan el toque de queda y sus consecuencias jurídicas indisolubles, negando su supuesto carácter de “arresto domiciliario parcial”:

*“Que en relación a lo argumentos de fondo que contiene el recurso de amparo, cabe agregar que la medida “toque de queda” que dispuso para las ciudades de Osorno y Puerto Montt el recurrido, en su calidad de Jefe de Defensa Nacional en esta Zona, tiene por objeto limitar el libre acceso a las referidas comunas, así como el desplazamiento al interior de éstas, durante los días y horarios que el propio Jefe de Defensa determinó.*

*Que dicha medida, dispuesta en aras de resguardar el orden público y reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional, no es posible de homologar -como hacen los recurrentes- a la condición de “arresto domiciliario parcial”, que constituye en cambio una pena impuesta por sentencia judicial. Es así como la atribución de “controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de emergencia y el tránsito en ella”, a que alude el artículo 5 N°4 de la ley 18.415, tiene como propósito el velar por la seguridad de sus habitantes, sin que constituya una medida sancionatoria ni de apremio”<sup>38</sup>.*

*“Que por último, el recurso de amparo constituye una herramienta que la Constitución Política franquea a quien se hallare arrestado, detenido o preso, o bien respecto de quien es privado o perturbado en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, o ve amenazado esos derechos; circunstancias que no alcanzan a configurarse con la sola restricción general que involucra la medida denominada “toque de queda”, que es la que aquí se cuestiona y cuyo propósito no es afectar la seguridad o libertad sino*

---

<sup>38</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol N° 158-2019 de 30 de octubre de 2019, considerando 6°.

*precisamente resguardar la de quienes residen en la zona afecta a dicha medida*<sup>39</sup>.

Estos fallos respaldan el criterio de este informante, en cuanto:

- Atribuyen plena legalidad al toque de queda;
- Niegan su carácter de arresto domiciliario parcial;
- Justifican la medida en el resguardo a la seguridad de quienes residen en la zona bajo toque de queda.

En consecuencia, si el toque de queda goza respaldo legal para suspender, restringir y controlar la libertad ambulatoria, es forzoso concluir que las medidas proporcionadas, concretas y materiales que deban adaptarse para velar por su efectivo respeto, gozan asimismo de respaldo legal y constitucional.

#### **j) No subordinación de los jefes de Defensa Nacional al poder civil y al control político**

Se sostiene en diversas ocasiones que, en razón de la falta de delegación regular de las facultades presidenciales en el Estado de Emergencia, se habría interrumpido o cercenado el vínculo de subordinación y control de los jefes de la Defensa Nacional a la autoridad civil y política<sup>40</sup>.

Este argumento es difícil de comprender. Los estados de excepción constitucional son situaciones extraordinarias, pero en ningún caso constituyen una vulneración o interrupción del Estado de Derecho. Su regulación constitucional (artículo 39 a 45 de la CPR) y legal (LEC) así lo asegura. Son regímenes *dentro* de la Constitución y no *al margen* de la Constitución. Por lo mismo, se mantienen durante su vigencia todas las normas constitucionales, incluyendo la subordinación de las fuerzas armadas y de orden y seguridad al poder civil (artículos 4, 6, 7, 24, 32 N°16,17 y 18, 101, 102, entre otros de la CPR). Del mismo modo, las normas de control (artículos 4, 6 y 7, entre otros de la CPR) continúan plenamente aplicables durante los estados de excepción, así como el control jurisdiccional<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol N°158-2019 de 30 de octubre de 2019, considerando 8°.

<sup>40</sup> Acusación, pp.28, 29, 35 y 37.

<sup>41</sup> CEA EGAÑA, José Luis (2013), Derecho Constitucional Chileno. Tomo II (Santiago, Ediciones UC), p.202.

Finalmente, recordamos a este respecto que, durante la reforma constitucional del año 2005, se discutió la posibilidad de sustituir en la delegación en estado de emergencia que realiza el Presidente, al jefe de la Defensa Nacional por una autoridad administrativa, cuestión que se desechó<sup>42</sup>. Se reforzó así la visión del constituyente en cuanto a la necesidad de designar un uniformado para estas materias, sin que ello pusiese en riesgo su subordinación al poder civil.

#### IV. Conclusiones

##### **En cuanto a la naturaleza de la Acusación Constitucional:**

1. La Acusación Constitucional es una institución de naturaleza jurídica, si bien integra ciertos elementos políticos. Afirmar que posee una “doble naturaleza jurídico-política”, en el sentido de elementos equivalentes y cumulativos, es un error. Se trata de una institución unitaria, preponderantemente jurídica, que integra ciertos factores políticos, los cuales deben siempre apreciarse en conjunto con los aspectos jurídicos - nunca separadamente -, y donde estos últimos gozan de preeminencia.
2. La naturaleza pre eminentemente jurídica de la Acusación Constitucional se desprende el texto constitucional, como también de los orígenes y la finalidad de este mecanismo. En efecto:
  - a) La Acusación Constitucional proviene de Inglaterra, emanada de fuentes de naturaleza jurídica (costumbre y el *Impeachment Act* de 1711), donde se consolida como un instrumento de control jurídico que se diferencia del control político que ejerce el Parlamento por medio de otros mecanismos (e.g., voto de censura) (e.g., Silva Bascuñán).
  - b) La finalidad de la Acusación Constitucional es servir de medio para hacer efectivos los Principios de Control y Responsabilidad (Bronfman et al; Silva Bascuñán). Esta responsabilidad es jurídica y de carácter constitucional, establecida por el *ordenamiento jurídico* a quién incumple obligaciones también de *naturaleza jurídica*. No se trata,

---

<sup>42</sup> Historia de la Ley N°20.050, Primer Trámite Constitucional: Senado, Primer Informe de la Comisión de Constitución, p.205.

por tanto, de la responsabilidad política propia del régimen parlamentario.

- c) La evolución constitucional chilena, al menos desde 1874, consolidó la Acusación Constitucional como un instrumento de control que incorporaba una serie de elementos jurídicamente reglados (Silva Bascuñán).

3. La naturaleza jurídica de la Acusación Constitucional impone la limitación de sus eventuales elementos políticos. En concreto:

- a) La Acusación Constitucional sólo procede por ilícitos expresa y taxativamente señalados por la Constitución (Bronfman et al; Silva Bascuñán), sin que pueda extenderse a otras conductas, tal y como lo exige el principio de derecho constitucional e internacional “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” (artículo 19 N°3 de la CPR; artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 15.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- b) La causal invocada por la Acusación - “*infringir la Constitución o las leyes o haber dejado estas sin ejecución*” (artículo 52 2) letra b) de la CPR) – es aún más intensamente jurídica en su naturaleza que otras causales, excluyendo con más fuerza una aproximación “política” como fuente legítima de interpretación. En efecto, vulnerar o no ejecutar *una norma jurídica* es claramente una apreciación *jurídica* que requiere, a lo menos, interpretar la norma de acuerdo a parámetros tales como su texto (lo que requiere pericia técnica) y su finalidad (lo que requiere conocimiento especializado).
- c) La Acusación Constitucional debe respetar el debido proceso (artículo 19 N°3 de la CPR), ya que se trata de un proceso que culmina con una sentencia (Zúñiga; Bronfman et al;). Así lo ha exigido el Tribunal Constitucional, no obstante su marcada deferencia a las Cámaras en el ejercicio de esta atribución exclusiva (STC, rol N°91-1989).

- d) Es necesario probar la causal invocada mediante hechos que deben acreditarse. De lo contrario, se vulneraría la presunción de inocencia y el debido proceso (artículo 19 N°3 de la CPR), así como la prohibición del ejercicio arbitrario del Poder (artículo 4 de la CPR).
4. Los elementos políticos de la Acusación pueden invocarse en forma complementaria y limitada. Específicamente:
- a) En la naturaleza política de quienes la ejercen – las Cámaras. Sin embargo, ello no obsta a que puedan ejercer funciones jurisdiccionales, con las exigencias que ello impone (e.g., respeto al debido proceso).
  - b) El factor político puede influenciar, entre otros, la determinación de la gravedad o severidad de la infracción a la norma constitucional por parte del acusado. El juicio de gravedad, sin embargo, debe apoyarse en justificaciones fácticas, razonables y proporcionales.

### **En cuanto al Capítulo II de la Acusación Constitucional:**

1. Numerosas alegaciones de la Acusación dicen relación con la existencia y corrección de la delegación de facultades presidenciales en el jefe de la Defensa Nacional. Al respecto, concluimos lo siguiente:
- a) La discusión sobre la delegación de facultades presidenciales es inoficiosa, toda vez que el jefe de la Defensa Nacional goza de las atribuciones que le confiere directamente el artículo 5° de la LEC, independientemente de si el Presidente le delega otras potestades adicionales (artículo 4° LEC).
  - b) Esta es la regla general en el Derecho Chileno: la ley es quién atribuye potestades públicas a los órganos del Estado (artículo 7 de la CPR).

c) La jurisprudencia reciente sobre los Decretos ha confirmado la asignación directa de competencias que realiza el artículo 5 de la LEC al jefe de la Defensa Nacional<sup>43</sup>.

2. Las alegaciones específicas del Capítulo II de la acusación nos parecen jurídicamente improcedentes. En efecto:

a) Ausencia de delegación de facultades presidenciales. Como señalamos, esta alegación es inoficiosa por cuanto el jefe de la Defensa Nacional recibió sus competencias directamente de la LEC.

b) Inconstitucionalidad sobreviniente o derogación tácita. Al respecto, hemos concluido lo siguiente:

i) Jurisprudencia reciente de Cortes de Apelaciones ha rechazado que se haya producido una derogación tácita de la Ley N°18.415, como se invoca en la Acusación Constitucional<sup>44</sup>.

ii) Aún cuando fuese discutible la eventual inconstitucionalidad sobreviniente o derogación tácita de la Ley N°18.415, jamás podría un Ministro de Estado arrogarse la competencia de declararla, quien por el contrario debe cumplir y aplicar la ley vigente, sin que le quepa cuestionar su constitucionalidad o vigencia mientras quien dispone de la atribución exclusiva para tal cosa- el Tribunal Constitucional- no haga tal declaración.

c) Imposibilidad de la LEC de entregar atribuciones “autónomas” a los jefes de la Defensa Nacional.

i) Lo normal en nuestro sistema jurídico es que la ley entregue potestades públicas (artículo 7 de la CPR). Carece de fundamento

---

<sup>43</sup> En este sentido: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol N°158-2019 de 30 de octubre de 2019; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencias rol N°2207- 2019, rol N°2214-2019, ambas del 29 de octubre de 2019, considerando 4° y Corte de Apelaciones de San Miguel, rol n°513 de 29 de octubre de 2019, considerandos 4° y 5°.

<sup>44</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencias rol N°165-2019, N°159-2019, N°160-2019, N°163-2019 y N°164-2019, todas de 30 de octubre de 2019, considerando 6° (En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol N°158-2019 de 30 de octubre de 2019, considerando 7°.

en nuestro Derecho la afirmación de que la Constitución prohibiría al legislador entregar competencias a órganos públicos.

- ii) Esta alegación supone la declaración de la inconstitucionalidad sobreviniente o derogación tácita de una ley, cuestión que jamás corresponde determinar a un Ministro de Estado, quién no podría, por tanto, invocar tal fundamento para dejar de aplicar la ley.
  
- d) Homologación del Estado de Emergencia al Estado de Sitio. Los estados de excepción constitucional son de derecho estricto y no pueden “mutar” en otro estado de excepción. Cualquier exceso en las medidas adoptadas en un estado de excepción es antijurídico y no puede reconducirse a la aplicación de otro estado de excepción.
  
- e) Omisión por parte del Ex-Ministro en la falta de delegación de facultades presidenciales al jefe de la Defensa Nacional. Al ser innecesaria la referida delegación, dadas las atribuciones que le entrega la LEC al uniformado, no se configura omisión alguna de un “deber legal de actuar”, ni tampoco una “real pasividad” por no haberlo realizado.
  
- f) Toque de Queda como Restricción Ilegítima de Libertad Personal. Esta alegación supone dos componentes que deben aclararse separadamente:
  - i) El jefe de la Defensa Nacional sí goza de facultades para dictar “toques de queda”:
    - La LEC otorga al uniformado, directamente, las facultades necesarias en su artículo 5 N°s 1,4 y 6. Si bien cada una de estas normas podría ser suficiente, su concurrencia excluye cualquier duda razonable.

- Así lo ha confirmado expresamente la jurisprudencia reciente sobre los Decretos<sup>45</sup>.

ii) Consecuencias para infractores del “toque de queda”:

Gozando el toque de queda respaldo legal y jurisprudencial, las medidas que el Jefe de la Defensa Nacional adopte durante su vigencia deben ser al menos aptas para:

- Restituir el completo control de entrada, salida y tránsito en la zona, imponiendo de inmediato al infractor la medida proporcional que corresponda para forzar materialmente su cumplimiento;
- Restituir el mantenimiento completo del orden interno, aplicando al infractor la medida que corresponda proporcionalmente para forzar su acatamiento al orden interno
- A este informante le parece que las siguientes medidas tienen cobertura constitucional ante una infracción del toque de queda:
  - Impedir físicamente la circulación del sujeto infractor, si este se desplaza bajo toque de queda en la zona afectada;
  - Disponer lo proporcionalmente necesario para evitar que el sujeto vuelva a circular o alterar el orden interno en la zona durante el horario interdicto;
  - Aprender al sujeto infractor que no cesare inmediata y voluntariamente su paso y no se dirige a su domicilio, para el sólo efecto de que lo haga, disponiendo su traslado a su domicilio a la mayor brevedad posible de acuerdo a las circunstancias y posibilidades de las fuerzas armadas a cargo.

---

<sup>45</sup>Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol N°158 de 30 de octubre de 2019, considerando 6°, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N°2207 de 29 de octubre de 2019, considerando 4° y Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia rol N°513 de 29 de octubre de 2019, considerandos 4° y 5°.

- Si el sujeto infractor agrega otros elementos típicos a su simple circulación bajo toque de queda, como cualquiera de las previstas en los delitos de los artículos 121, 122, 126, 128, 131, 134, 261, 262, 264, 269, 481 y 485 del Código Penal, el JDN y sus fuerzas dependientes están legalmente facultados para detenerlo por flagrancia en los respectivos delitos.
- g) No subordinación de los jefes de Defensa Nacional al poder civil y al control político. Los estados de excepción son regímenes *constitucionales*, no *extra-constitucionales*, y por tanto se mantienen plenamente vigentes el conjunto de normas de la Carta que aseguran la subordinación de las fuerzas armadas y de orden y seguridad al poder civil (artículos 4, 6, 7, 24, 32 N°16,17 y 18, 101, 102 de la CPR), así como las normas de control (artículos 4, 6 y 7 de la CPR).

#### **En suma**

1. La Acusación Constitucional presentada en contra del ex-Ministro Chadwick sobredimensiona los elementos políticos de la institución, incrementando erróneamente la discrecionalidad de las Cámaras en un proceso que es intensamente reglado por el Derecho.
2. Las alegaciones del Capítulo II no se condicen con el Derecho Público chileno, particularmente considerando la innecesaridad de la delegación presidencial de facultades en el jefe de la Defensa Nacional, quién goza de atribuciones legales suficientes para la dictación de “toques de queda”.
3. En síntesis, de los hechos y argumentos del Capítulo II de la acusación, concluyo que no se han verificado las causales constitucionales que se le imputan al ex ministro Andrés Chadwick Piñera, previstas en el artículo 52, N°2, letra b) de la Carta Fundamental.

Es cuanto puedo informar a Ud.

Lo saluda atentamente,

Arturo Fermandois Vöhringer

## **Informe legal**

**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. hc Kai Ambos**

Presidente de Derecho Penal, Procedimiento Penal, Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Georg August Universität Göttingen, Alemania

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

Juez Kosovo Specialist Chambers, La Haya, Países Bajos  
Asesor (amicus curiae) de la Jurisdicción Especial Colombiana para la Paz

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

## Contenido

Resumen ejecutivo .....	- 1 -
I. Mandato .....	- 3 -
II. Ley aplicable .....	- 3 -
1. Disposiciones relevantes .....	- 3 -
2 Cinco requisitos legales (elementos típicos) del elemento de contexto de CaH ...	- 4 -
2.1. Cometido como parte de un ataque ("cometido como parte de un ataque") ...	- 5 -
2.2. Ataque generalizado o sistemático ("ataque generalizado o sistemático")	- 7 -
2.3. Dirigido contra una población civil ("cometido ... contra una población civil") .....	- 10 -
2.4. El elemento de política ("ataque ... respondió a una política del Estado") ....	- 11 -
(a) Consideraciones generales .....	- 11 -
(b) En particular: prueba de una política (el acertijo probatorio) .....	- 15 -
2.5. Elemento mental (elemento subjetivo) .....	- 18 -
III. Datos disponibles .....	- 19 -
1. Hechos presentados en la Acusación Constitucional .....	- 19 -
2. Hechos presentados en otras fuentes (hasta el 15 de noviembre de 2019) .....	- 20 -
IV. Evaluación legal de los hechos disponibles (Subsunción) .....	- 22 -
1. CaH ( elemento de contexto) con respecto a los hechos presentados en la Acusación Constitucional? .....	- 22 -
2. CaH (elemento de contexto) con respecto a los hechos posteriores (hasta el 15 de noviembre de 2019) .....	- 23 -
3. La controversia de Micco / Mañalich .....	- 24 -
4. ¿Política por omisión? .....	- 27 -
ANEXO I: Lista de abreviaturas .....	- 30 -
ANEXO II: Lista de Autoridades ....	- 32 -
I. Tabla de casos .....	- 32 -
II. Documentos oficiales.....	- 35 -
III. Doctrina.....	- 35 -
IV. Otras fuentes .....	- 37 -

## Nota legal

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 se refiere explícitamente dicha política al ataque en su conjunto, ya sea generalizada. o sistemático (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') (a 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 decir que durante el momento de escribir este Informe, la situación en el terreno no ha mejorado sino que empeoró 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 se caracteriza por una falta (deliberada) de tomar medidas de protección.
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 y de segunda mano (rumores) información. De hecho, 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

\* Estoy en deuda con Lara Barrêto Ambos (estudiante de doctorado de la Universidad de Greifswald) y Sem Sandoval (estudiante de doctorado de la Universidad de Gotinga) por su asistencia técnica y de investigación.

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 estudioso legal 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 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 el AcusCon ni los hechos posteriores (hasta el 15 de noviembre de 2019) permiten la inferencia 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- El sistema de justicia independiente (penal) de cualquier querrela, 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 llevó a cabo en Chile durante el período objeto de este Aviso legal. Breve o posterior.

## **I. Mandato**

El firmante fue encargado por el Sr. Luis Hermosilla, en nombre del Sr. Andrés Chadwick, ex Ministro del Interior de Chile, en una carta del 7 de noviembre de 2019, para escribir el Informe Legal anterior de la siguiente manera:

"solicito a Ud. se sirva dictaminar, en su calidad de Catedrático de Derecho Penal Internacional, 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 chileno.

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

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

Sin embargo, hay algunas advertencias aquí. Como el Brief tenía que prepararse bajo una enorme presión de tiempo, debía presentarse antes del 17 de noviembre de 2019, 24 h,

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 dejan que desear.

## 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 2009.<sup>2</sup> Por lo tanto, el Estatuto entró en vigor para Chile el 1 de septiembre de 2009 (Art. 126 (2) Estatuto de 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).

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

2 <[https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states/Parties/estados latinoamericanos y caribeños / Pages / chile.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states/Parties/estados%20latinoamericanos%20y%20caribe%C3%B1os/Pages/chile.aspx)> consultado el 17 de noviembre de 2019.

- 3 - La

Ley 20.352 del 30 de mayo de 2009, publicada el 18 de julio de 2019, 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 pre-sentencia 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 respondió 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 entiende:

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. ”

Art. 7 El 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, en cumplimiento o en cumplimiento de una política de Estado u organización para cometer tal ataque ... ”

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

- 4 -

procedimientos),

3 un Estado parte no necesita tout court incorpora 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 universal.5 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 Convention.

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 Brief 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 / comentarios líderes8 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 como Anexo II de este Informe.

## **2.1. Cometido como parte de un ataque ("cometido como parte de un ataque") 9**

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 mismo.<sup>10</sup> 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 asesinatos.<sup>11</sup>

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 de Art. 7 (2) (a) Estatuto de la CPI

---

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.

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.

- que implica la comisión (múltiple) de los actos subyacentes.

12 Sin embargo, el ataque no necesita involucrar a las fuerzas militares<sup>13</sup> ni a las hostilidades armadas, ni a ninguna fuerza violenta; <sup>14</sup> puede tener lugar antes, durante o después de un conflicto armado, sin ser necesariamente parte de él<sup>15</sup>. Puede implicar cualquier maltrato de la población civil.<sup>16</sup>

La expresión "curso de conducta" tiene, a pesar de los calificadores generalizados / sistémicos discutidos a su vez (infra 2.2.), Connotaciones generalizadas y sistemáticas.<sup>17</sup> El Prejuicio de la CPI de Kenia. La Cámara ('PTC'), en línea con la jurisprudencia anterior<sup>18</sup> y

desarrollándola aún más, consideró un ataque como “una campaña u operación llevada a cabo contra la población civil” .<sup>19</sup> De esto queda claro que los actos aislados y aleatorios están excluidos<sup>20</sup> y se requieren múltiples actos.<sup>21</sup> Sin embargo, la multiplicidad por sí sola no es suficiente, un ataque es algo más que “un mero agregado de actos aleatorios”,<sup>22</sup> se requiere un cierto patrón<sup>23</sup> (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 momentos.<sup>24</sup> Por ejemplo, si

---

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); Ntaganda, 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.

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.

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 CaH.<sup>26</sup>tenga en

Sin embargo, cuenta que debe haber un nexo suficiente entre los actos ilegales del autor (s) y el ataque.<sup>27</sup> La existencia de un cierto "grado de planificación, dirección u organización por parte de un grupo u organización" <sup>28</sup> 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. ', <sup>29</sup> en última instancia, dependiendo de las circunstancias fácticas de cada caso. Los indicios 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 ataque; <sup>30</sup> 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 (“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 jurisprudencia<sup>31</sup> y adoptado por algunos

---

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.  
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.

- 7 -

codificaciones internacionales;

32 también puede decirse que es el punto de vista predominante en la doctrina.<sup>33</sup> 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",<sup>34</sup> "a la multiplicidad de víctimas",<sup>35</sup> o a la comisión de los actos "a gran escala"<sup>36</sup> o ambos a "La naturaleza a gran escala del ataque y el número de víctimas"<sup>37</sup> (sin embargo, sin requerir un "umbral numérico específico de víctimas").<sup>38</sup> La jurisprudencia de la CPI adopta el mismo enfoque, destacando que el elemento generalizado no debe ser evaluado rigurosamente ('exclusivamente') cuantitativamente ni geográficamente, sino sobre la base de los hechos del caso.<sup>39</sup> relevante en particular, el concepto no está limitado geográficamente, pero puede incluir gran número en una pequeña área.<sup>40</sup>

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",<sup>41</sup> "completamente organizado sobre la base de una política común que involucra importantes recursos públicos o privados."<sup>42</sup> 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".<sup>43</sup> Chambers explicó que "[p] patrones de crímenes, en el sentido de la repetición no accidental de delitos similares conducta de manera regular, son un

---

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, Commentaire (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.  
 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.

- 8 -

expresión común de tal ocurrencia sistemática ”.

44 La CPI adoptó esencialmente la misma opinión.<sup>45</sup> 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 ..." <sup>46</sup> y el empleo de 'medios y métodos similares para atacar los diferentes lugares ...' <sup>47</sup> De manera similar, el TC de Ntaganda requería una "naturaleza organizada" y "patrones de crímenes", <sup>48</sup> como se manifiesta en "una serie de acciones repetidas que buscan siempre producen los mismos efectos en una población civil ...".<sup>49</sup>

El denominador común de las diversas definiciones de jurisprudencia<sup>50</sup> es que un ataque sistemático "se lleva a cabo de conformidad con una política o plan preconcebido".<sup>51</sup> 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 ataque.<sup>52</sup> Además, un ataque puede ser sistemático aunque no exista plan o política si solo yo No es aleatorio, sino que se dirige contra la población civil como el objeto principal del ataque.<sup>53</sup> 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 calificarse como generalizados debido a la cantidad de víctimas y al alcance geográfico del ataque cuando el piso total

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 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).

50 Para más referencias de jurisprudencia cf. Ambos, Tratado ICL II (2014) p. 60 con fn. 111; Schabas, Commentary (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 Kshayb, 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.

- 9 -

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 comunes, 54 lo que implica la naturaleza colectiva de los delitos con exclusión de actos individuales<sup>55</sup> (y en este sentido repite el calificador "generalizado"). Sin embargo, este requisito no significa que toda la población de un Estado, entidad o territorio deba ser atacada; <sup>56</sup> más bien, es suficiente "que suficientes personas fueron atacadas en el curso del ataque, o que fueron atacadas en tal situación". manera ... de que el ataque fue de hecho dirigido contra una 'población' civil ... ".<sup>57</sup>

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 conducta.<sup>58</sup> 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 del 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".<sup>59</sup> Las víctimas del ataque necesitan No es b Si es objetivo debido a su pertenencia a un determinado grupo, no se requiere una intención discriminatoria.<sup>60</sup>

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 del

---

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.

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, Tadic, 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.

(estrecha) comprensión de los civiles en el derecho internacional humanitario ('DIH'),<sup>61</sup> 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 internacionales.<sup>62</sup> 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 esto grupo de su carácter civil. Además, no se requiere que el ataque se dirija contra la población civil en su conjunto, sino solo contra un número suficiente de individuos.<sup>63</sup>

#### **2.4. El elemento de la política ("ataque ... respondió a una política del Estado")**

### **(a) Consideraciones generales La**

Ley 20.352 (Art. 1 (2)) y el Estatuto de la CPI (Art. 7 (2) (a)) están en la misma página que al 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, en Por otro lado, es demasiado amplio 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 elemento<sup>64</sup> y su jurisprudencia incluso rechaza su estado de derecho consuetudinario desde la Sentencia de Apelaciones de Kunarac, <sup>65</sup> dando este elemento, como máximo, un peso probatorio como indicación de la existencia de un ataque generalizado o sistemático <sup>66</sup> En cualquier caso, aparte del desarrollo poco claro del derecho internacional consuetudinario en esta y otras áreas, <sup>67</sup> la falta del elemento de política no significa que este elemento no pueda derivarse del requisito del ataque, especialmente en su

---

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.

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, Comentario (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).

forma sistemática,

<sup>68</sup> como ya se indicó anteriormente.<sup>69</sup> 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 implementarla.<sup>70</sup> Por lo tanto, el " "calificador sistemático" inevitablemente implica un 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"; <sup>71</sup> en cualquier caso, es

claramente necesario aclarar aún más la relación entre estos dos elementos.<sup>72</sup> 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 organizativa.<sup>73</sup>

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 humanos.<sup>74</sup> Por lo tanto, la función principal del elemento de política es señalar 75 actos de violencia aleatorios ("oportunistas") o "criminales aislados". conducta "desde el alcance de CaH<sup>76</sup> y enfatizar el

---

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").

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, Convention (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.IJL 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),

naturaleza planificada, dirigida, organizada y similar al patrón del ataque.

77 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 comunes, si solo están lo suficientemente "generalizados", equivaldrían a CaH.<sup>78</sup> 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 colectiva<sup>79</sup>. 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 ataque.<sup>80</sup> 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, ser "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 política.<sup>81</sup>

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),<sup>82</sup> en el caso de un Estado, como en nuestro contexto, dicha política seguramente debe ser diseñados o provienen del nivel central del gobierno,<sup>83</sup> no solo de agencias estatales subordinadas (de seguridad) o incluso simples "agentes" ("agentes", Art. 1 (2) Ley 20.352).<sup>84</sup> De lo contrario, la función distintiva de la elemento de política - para distinguir a CaH de los delitos comunes / violaciones básicas de los derechos humanos, como se explicó anteriormente -

---

p. 427 ("concepto más estricto" de CaH); Jurovics en Fernández y Pacreau, Comentario (2012), p. 459; Meseke, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (2004), pág. 135.

<sup>77</sup> CPI, Katanga y Njudjolo 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).

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

<sup>79</sup> 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 Jess-berger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 1002.

<sup>80</sup> CPI, Elementos de crímenes (2013), p. 3, párr. 3.

<sup>81</sup> 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").

<sup>82</sup> 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).

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

<sup>84</sup> 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.

- 13 -

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 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 política<sup>85</sup> (como ya se explicó anteriormente, 2.1., El acto subyacente debe ser parte del ataque - requisito de nexo, 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" <sup>86</sup> (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); <sup>87</sup> ni la política o el plan "necesariamente deben declararse expresamente o incluso declararse de manera clara y precisa" <sup>88</sup> Puede desarrollarse como parte de un proceso continuo a medida que se emprenden acciones.<sup>89</sup> Por lo tanto, en resumen, una política implícita o de facto es suficiente.

Si bien la política seguramente debe ser una para cometer CaH<sup>90</sup> y la entidad detrás de ella debe promover o alentar el ataque respectivo, <sup>91</sup> 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 de tomar medidas de protección, <sup>92</sup> tolerando así los respectivos delitos (no sistemáticos) <sup>93</sup>. Sin embargo, la omisión es un escenario excepcional y "no puede

---

<sup>85</sup> 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] ...".

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> 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.

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.

- 14 -

se infiere únicamente de la ausencia de acción gubernamental u organizativa.”

94 Si bien esto parece limitar la política a la conducta activa, 95 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 caso, 96 aunque teóricamente posible, conlleva los problemas usualmente probatorios con respecto a la prueba de un trastorno mental. estado.

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. Tenga 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 preestablecido, 97 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 entidad.<sup>98</sup> 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

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 aldea.<sup>100</sup> 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 fondo.<sup>101</sup> También vale la pena señalar en el Es contexto que la Fiscalía haya terminado un examen preliminar sobre los eventos en Honduras entre julio de 2009 y abril

---

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.

100 *Ibid.*, 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.

- 15 -

2014 (después del golpe de estado del 28 de junio de 2009) por falta de pruebas suficientes de la política respectiva.<sup>102</sup>

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 política.<sup>103</sup> Gbagbo ha sido absuelto con una mayoría de dos a uno (Jueces Tarfusser y Henderson, Juez Herrera Carbuccia disidente) por TC I el 15 de enero de 2019<sup>104</sup>, 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), <sup>105</sup> no estaba convencida. Por lo tanto, se suspendió la audiencia de confirmación y el Fiscal solicitó presentar más pruebas<sup>106</sup>. 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

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 Mba-rushimana, 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])

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.

- 16 -

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 índole.109 Además, el Fiscal debe probar "un número suficiente de incidentes relevantes para el establecimiento" del elemento de contexto.110 En cuanto al tipo de evidencia, 111 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 "primero" mano ", mientras oye Cualquier evidencia claramente tiene "menos valor probatorio", y los rumores anónimos son especialmente problemáticos.113 En este contexto, la mayoría expresa "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 anteriormente.114 Por lo tanto, en última instancia, la mayoría "no está preparada para aceptar acusaciones comprobadas únicamente a 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, un c renunció 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 curado 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

---

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 ...").

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.

críticas sobre la opinión de la mayoría sobre la evidencia.

120 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" .122

## 2.5. Elemento mental (elemento subjetivo)

Artículo 7 (1) El 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 CPI, 122 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 ataque.<sup>123</sup>

El requisito de conocimiento constituye un elemento mental adicional ser distinguido del elemento mental general del Artículo 30 del Estatuto de la CPI<sup>124</sup> (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 CaH.<sup>126</sup>

---

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). 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.

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.<sup>127</sup> Los contenidos específicos del conocimiento requerido y su se discuten los objetos de referencia<sup>128</sup>, 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 circunstancial<sup>129</sup>

### **. 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" ("heno") 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 policía.<sup>131</sup>

---

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.

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 registradores 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".

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).

## 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 mandato, 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 Twitter. 132

Un informe de radio, 133 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 trastornos simples, 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 casaca de impacto). de balines"). Con el tiempo, estos números siguen aumentando, como era de esperar. 135

Números INDH del 10 de noviembre<sup>136</sup> indican lo siguiente: 5.629 detenciones (de las cuales 861 son mujeres, 3.981 hombres y 634 menores), 2.009 heridos hospitalizados (643

---

132 <<https://twitter.com/inddhh>>.

133 <<https://radio.uchile.cl/2019/10/22/nuevo-informe-del-indh-reporta-1-601-detenido-y-violencia-sexual-contramujeres/>> 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 querrelas son por hechos de violencia sexual contra mujeres en Comisarías. Una de ellas relatada haber sido puesta boca 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, insultada y amenazada con violencia sexual".

135 Cf. sp números ecológicos 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-detenido-heridos-querellas-violencia-sexual\\_20191023/](https://www.cnnchile.com/pais/indh-detenido-heridos-querellas-violencia-sexual_20191023/)>.

- 20 -

fueron mordidos por perdigones de goma ["perdigónes" 137], 42 por balas ["bala"], 41 por perdigones ["líneas de ba"] y 345 por armas de fuego no identificadas, 938 por otros golpes, gases y otros ["golpes, gases y otros"]; 182 de estos resultaron en 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 recientes del 15 de noviembre de 2019, las detenciones aumentaron a 6,362 y el número de heridos a 2,381. 138

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, 14:00, 139 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 adolescentes<sup>140</sup>); 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 "perdigónes" y 14 casos causados por bombas lacrimógenas ("bombas lacri-mógena") .

Aparte de eso, hay otras fuentes secundarias menos confiables. El 8 de noviembre, un grupo independiente de especialistas en derechos humanos, 141 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 policía. 142 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 tortura.<sup>143</sup> Nuevamente, se hace referencia a información sobre violencia sexual contra mujeres, hombres y adolescentes. centavos, incluidas prácticas como el despojo forzado ("desnudos forzados"), tocar y violar ("tocamientos y violaciones") durante la detención.<sup>144</sup>

---

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 endu-recida, de material de caucho, el cual es de carácter no letal."

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.

- 21 -

Según un informe del New York Times del 10 de noviembre, 145 citando (presuntas) 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, presuntamente 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" , 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 semanas, 147 que señala la continuación de las violaciones generalizadas de los derechos humanos ("Violaciones de derechos 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 corto, 149 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 mandato, la pregunta clave es si los hechos presentados en AcusCon permiten concluir que CaH se ha cometido 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.), El AcusCon contiene datos que demuestran una serie de abusos (policiales)

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

146 min. 4:52 <<https://www.nytimes.com/video/world/americas/10000006795557/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 tumbas 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.

, 22, 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-ica") de las fuerzas de seguridad para usar munición no letal de una manera 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 estrictamente 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 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 cuáles, 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 sistemático, 150 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 Nivel de 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

---

150 En este contexto, la composición de los gránulos (perdigones) también pueden ser relevantes, consulte 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-composicion-de-perdigones-de-carabineros-es-de-goma---3731418>>, consultado el 18 de noviembre de 2019 (hora alemana).

cambiar 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, sino que contienen consideraciones legales y normativas, incluidos juicios de valor. Quizás el más obvio ejemplo es la declaración de IA publicada el 11 de noviembre de 2019<sup>151</sup> 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, Al 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 tumbas 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.”<sup>152</sup>*

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" .<sup>153</sup> 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 Estado<sup>154</sup>.

### **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 con certación entre distintas instituciones, donde se crean leyes o se hacen políticas

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

<sup>152</sup> *Ibíd.*, énfasis agregado.

<sup>153</sup> "[...] 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-papá" <<https://noticias.un.org/es/story/2019/11/1465161>>; inglés

<<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25269&LangID=E>>.

<sup>154</sup> "libertad 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>>.

públicas que directamente, intencionadamente, tiene el objetivo de violar los derechos humanos (...)

si tu me preguntas a mi como director del Instituto, te diría que no y quien diga ... tiene que probarlo ".<sup>155</sup>

Además de las críticas generales sobre esta declaración, 156 aparentemente, solo hubo una refutación sobre los méritos (legales), a saber, por Juan Pablo Mañalich, 157 un prominente e internacionalmente respetado C erudito en derecho penal hileano. Mañalich resume, 158 en gran medida con precisión, 159 el estado de la ley con respecto al elemento de contexto de CaH, entre otras cosas, refiriéndose al elemento disyuntivo generalizado / sistemático, 160 a varias violaciones de derechos que equivalen a actos subyacentes de CaH<sup>161</sup> y al "Manifestantes" como población civil (destinataria), 162 para luego declarar sobre el elemento de política:

"... la fisonomía de la situación presente solo vuelve a ser relevante la pregunta de si el ata-que generalizado o sistemático 'responde [e] a una política del Estado o de sus agentes '. Es fundamental desde observar que, de acuerdo con el tenor de la disposición legal, la 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 respondió el ataque no necesita haber sido definido, ni impulsado, desde el poder central del Estado. Es perfectamente concebible, por ende, que la

---

155 <<https://www.t13.cl/noticia/nacional/sergio-micco-violacion-sistemica-dd.hh.-no-y-quien-diga-con-trario-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 comando 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 el 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 preliminares suficien tes 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 catá- logo fijado en los arts. 3º y siguientes de la Ley 20357, un sable: homicidio (art. 4º), lesión corporal gravísima (art. 5º Nº 2); violación o abuso sexual calificado (art. 5º Nº 8); tortura (art. 7º Nº 1); menos-cabo grave de la salud física o mental (art. 8º Nº 1); y abuso sexual o estupro (art. 8º Nº 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 "manifestantes".

exigencia ver 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 sólidos. En primer lugar, mientras toma correctamente la Ley 20.357 en casu como punto de partida, Mañalich, aparentemente, pasa por alto que debe interpretarse a la luz del estándar internacional establecido por el Art. 7 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) 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 conflicto, 163 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). Y por esta misma razón, Mocci tiene razón, desde una perspectiva jurídico-teórica, si 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 segundo<sup>164</sup>). 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 contexto.<sup>165</sup> Y esto, de hecho, vuelve a conectar con la declaración de Micco de que la sistemática, o para eso De hecho, la política debe ser probada ("tiene que probarlo"), lo cual solo puede suceder en un tribunal de justicia.<sup>166</sup>

---

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 oa 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 un verso cumplido ..."

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-sistemica-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.

- 26 -

#### 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 comprometerse 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 AI, 167 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 gubernamental<sup>169</sup> 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 condenó a todos los actos de violencia, como incendio de edificios patrimoniales y vandalismos contra iglesias, y declara que estas acciones no involucradas en la causa de los derechos humanos, pero tampoco justifican el uso indiscriminado de antimotinas de escopeta ".<sup>177</sup> En

primer lugar, Micco hace referencia al incumplimiento<sup>171</sup> de las instrucciones aplicables de la policía nacional (" protocolo ... del uso de la fuerza ") del 1 de marzo de 2019<sup>172</sup> que -tener reglas altamente detalladas que no solo estén en línea con los estándares internacionales (derecho blando) <sup>173</sup> sino que vayan más allá 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 ONU, <sup>174</sup> sino también los de legalidad y responsabilidad, <sup>175</sup> estos últimos prevén la responsabilidad individual de los superiores y los perpetradores directos de cualquier

---

<sup>167</sup> Supra nota 148 con texto principal.

<sup>168</sup> A eso Mañalich (2019) CIPER / Académico.

<sup>169</sup> 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-ZEkilP9bdsO4fXYjXzjgReoFznc>> 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."  
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](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).

- 27 -

violaciones.

176 Además, las instrucciones contienen reglas matizadas y graduales para el uso de la fuerza que distingue entre cinco niveles, 177 el uso de armas letales<sup>178</sup> y el mantenimiento del orden público con respecto a las manifestaciones.<sup>179</sup> 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 humanos, <sup>180</sup> habla claramente por omisión de una política (estatal); 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 y se hacen cumplir.<sup>181</sup> Sin embargo, en la situación actual, no hay indicios de que estas reglas son un mero "tigre de 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 sus el incumplimiento conlleva sanciones administrativas y / o penales.<sup>182</sup>

Esto se confirma, en segundo lugar, por la referencia de Micco a una queja ("querella") presentada contra Carabineros<sup>183</sup>, ya que esto implica el desencadenamiento de - solo aludido - administrativo ("sumarios") y procesos penales contra los agentes responsables y pueden dar lugar a condenas penales.<sup>184</sup> 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 2019.<sup>185</sup> El sistema de justicia (penal) independiente de Chile está a cargo de dicho procedimiento edings. Claramente, tal tratamiento de (presuntos) abusos policiales no es posible en un Estado cuya política es, por comisión u omisión, de

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.

183 En el momento de escribir este artículo, se presentó una querrela aún más importante por homicidio por omisión ("homicidio por omisión") ya que Carabineros presuntamente atacó al personal médico y por lo tanto impidió medidas de salvamento para un joven de 29 años. Según Sergio Micco, este fue el sexto caso más grave de este tipo, cf.

<<https://www.latercera.com/nacional/noticia/querrela-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.

- 28 -

cometer CaH. Tercero, Micco condensa ("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 gobierno. 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 presuntos 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 sometían a prueba, por ejemplo, mediante contrainterrogatorio, en un tribunal de justicia. Los "hechos" disponibles, objeto de este 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 presuntas violaciones de los derechos humanos al documentarlas, identificar (presuntos) perpetradores e iniciar los procedimientos respectivos. Por último, pero no menos importante, el acuerdo entre las principales fuerzas políticas, 187 incluidos los partidos gubernamentales (RN y UDI), para iniciar un proceso democrático para reformar la Constitución actual<sup>188</sup> es otra señal de voluntad de responder a la situación de disturbios sociales y sociales. protesta que dio lugar a las presuntas violaciones de los derechos humanos.

---

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 ..."

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.la-tercera.com/politica/noticia/chile-inicia-historico-proceso-reemplazar-constitucion-congreso-acuerda-plebiscito-abril-2020/901398/?fbclid=IwAR29Ohu9Ha0\\_8zU\\_mYpgTiweLycqqgqqqqqqqqqq1](https://www.la-tercera.com/politica/noticia/chile-inicia-historico-proceso-reemplazar-constitucion-congreso-acuerda-plebiscito-abril-2020/901398/?fbclid=IwAR29Ohu9Ha0_8zU_mYpgTiweLycqqgqqqqqqqqqq1)> 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](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 de

## **ANEXO Lista de abreviaturas**

AC	Sala de Apelaciones
AcusCon	Acusación Constitucional
AI	Amnistía Internacional
AJ	Sentencia de Apelaciones
AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artículo
BostonUniv.IJL	Boston University International Law Journal

CaH Crímenes contra la humanidad  
cf. conferir ('comparar')  
Cap. Capítulo  
conc. concurrente  
CPP Código de Procedimiento Penal  
crítico. crítico (ly)  
DDHH Derechos Humanos  
DP Derecho Penal  
DPI Derecho Penal Internacional,  
ECCC Salas extraordinarias de los tribunales de Camboya  
ed. edición / editor  
eds. editores  
FA Frente Amplio  
CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos  
ibid. ibidem ('en el mismo lugar')

- 30 -

Corte Penal Internacional de la CPI,  
es decir, id est ('eso es')  
Estatuto de la CPI Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional  
ICL Derecho  
Penal Internacional  
ICTR Tribunal Penal Internacional para Ruanda  
ICTY Tribunal Penal Internacional para la ex yugoslavia  
DIH Derecho internacional humanitario  
INDH Instituto Nacional de Derechos Humanos  
KSC Kosovo Cámaras especializadas  
LJIL Leiden Revista de derecho internacional  
MICT Mecanismo para tribunales penales internacionales  
mn. número de margen  
OTP Oficina del Fiscal (CPI)  
p. / pp. página / páginas  
párr. párrafo  
PC Código Penal  
PTC Sala de prejuicios  
RN Renovación Nacional  
SCC Tribunal Supremo de Canadá

SCR Tribunal Supremo Informes  
SCSL Tribunal especial para Sierra Leona  
TC Sala de juicios TJ Juicio de juicio  
UDI Unión Demócrata Independiente  
Naciones Unidas  
UPC Union des Patriotes Congolais

- 31 -

## **ANEXO II : Lista de autoridades**

### **I. Tabla de casos**

#### **Corte Penal Internacional**

Fiscal de lav Bemba G., No. ICC-01 / 05-01 / 08-424, Decisión de conformidad con el Artículo 61 (7) (a) y (b) de Roma Estatuto sobre los cargos del fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo (15 de junio de 2009).

Fiscal v Bemba G., no ICC.01 / 05-01 / 08-3343, TC III, Sentencia de conformidad con el artículo 74 del Estatuto (21 de marzo de 2016).

Fiscal v Blé Goudé, núm. ICC-02 / 11-02 / 11-186, Decisión sobre la confirmación de los cargos contra Charles Blé Goudé (11 de diciembre de 2014).

Fiscal v Bosco Ntaganda, No. ICC-01 / 04-02 / 06-36-Red, Decisión sobre la Solicitud del Fiscal en virtud del Artículo 58 (13 de julio de 2012).

Fiscal v Bosco Ntaganda, No. ICC-01 / 04-02 / 06, Decisión de conformidad con el Artículo 61 (7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos (9 de junio de 2014).

Fiscal contra Bosco Ntaganda, No. ICC-01 / 04-02 / 06-309, Decisión de conformidad con el Artículo 61 (7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Bosco Ntaganda (14 de junio 2014).

Fiscal v Bosco Ntaganda, No. ICC-01 / 04-02 / 06-2359, TC VI, Sentencia (8 de julio de 2019).

Fiscal contra Callixte Mbarushimana, No. ICC-01 / 04-01 / 10-514 (OA 4), Sentencia sobre el recurso del Fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 16 de diciembre de 2011 titulada "Decisión sobre el confirmación de cargos "(30 de mayo de 2012).

Fiscal contra Callixte Mbarushimana, No. ICC-01 / 04-01 / 10-465-Red, Decisión sobre la confirmación de los cargos (16 de diciembre de 2011).

Fiscal contra Callixte Mbarushimana, No. ICC-01 / 04-01 / 10-465-Red (Anexo), Opinión disidente del Juez Sanji Mmasenono Monageng (16 de diciembre de 2011).

Fiscal v Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, No. ICC-01 / 04-01 / 07-717, PTC I, Decisión sobre la Confirmación de Cargos (30 de septiembre de 2008).  
Fiscal v Germain Katanga, No. ICC-01 / 04-01 / 07-3436-tENG, TC II, Sentencia de conformidad con el artículo 74 del Estatuto (7 de marzo de 2014) (Original en francés).  
Fiscal v Laurent Gbagbo, No. ICC-02 / 11-01 / 11-432, Decisión por la que se aplaza la audiencia sobre la confirmación de cargos de conformidad con el Artículo 61 (7) (c) (i) del Estatuto de Roma (3 de junio de 2013) .

Fiscal v Laurent Gbagbo, n. ° ICC-02 / 11-01 / 11-432-Anx-Corr, Decisión PTC I que anuncia la audiencia sobre los cargos de confirmación, opinión disidente de la jueza Silvia Fernández de Gurmendi (6 de junio de 2013).

Fiscal v Laurent Gbagbo, No. ICC-02 / 11-01 / 11-572, Sentencia sobre el recurso del Fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 3 de junio de 2013 titulada

- 32 -

"Decisión que aplaza la audiencia sobre confirmación de los cargos de conformidad con el artículo 61 (7) (c) (i) del Estatuto de Roma "  
(16 de diciembre de 2013).

Fiscal v Laurent Gbagbo, No. ICC-02 / 11-01 / 11-656-Anx, PTC I, Decisión sobre los cargos de confirmación (12 de junio de 2014).

Fiscal contra Omar Hassan Ahmed Al Bashir, núm. ICC-02 / 05-01 / 09-94, Segunda Decisión sobre la Solicitud de la Fiscalía para una orden de arresto (12 de julio de 2010).

Fiscal v William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang, No. ICC-01 / 09-01 / 11-373, Decisión sobre los cargos de confirmación (23 de enero de 2012).

Fiscal contra Harun y Kushayb, No. ICC-02 / 05-01 / 07-2, 27 de abril de 2007, Decisión de arresto por guerra (Harun) (27 de abril de 2007).

Fiscal v Harun y Kushayb, No. ICC-02 / 05-01 / 07-3, Decisión de orden de detención (Kushayb) (27 de abril de 2007).

Situación en la República de Costa de Marfil, No. ICC-02 / 11-14-Corr, PTC III, Corrigendum a la 'Decisión de conformidad con el Artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la Autorización de una Investigación de la Situación en el República de Costa de Marfil '(15 de noviembre de 2011).

Situación en la República de Kenia, No. ICC-01/09, PTC II, Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia (31 de marzo de 2010).

Situación en la República de Kenia, PTC II, No. ICC-01 / 09-19 (Anexo), Opinión disidente del Juez Hans-Peter Kaul (31 de marzo de 2010).

Situación en la República de Kenia, PTC II, No. ICC-01 / 09-19-Corr, Corrigendum de la Decisión de conformidad con el Artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia (1 de abril de 2010).

**Tribunal Penal Internacional**

Fiscal del contra Akayesu, No. ICTR-96-4-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (2 de septiembre de 1998).

Fiscal v Bagilishema, No. ICTR-95-IA-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (7 de junio de 2001).

Fiscal contra Kayishema y Ruzindana, No. ICTR-95-1-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (21 de mayo de 1999).

Fiscal v Muhimana, No. ICTR-95-1B-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (28 de abril de 2005).

Fiscal v Munyakazi, No. ICTR-97-36A-T, Sentencia y sentencia de la Cámara de Primera Instancia (5 de julio de 2010).

Fiscal v Musema, No. ICTR-96-13-T 27, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (enero de 2000).

Fiscal contra Nahimana, Barayagwize y Ngeze, No. ICTR-99-52-A, Sentencia Chamber de Apelaciones (28 de noviembre de 2007).

Fiscal v Nzabirinda, No. ICTR-2001-77-T, Sentencia de sentencia (23 de febrero de 2007).

- 33 -

Fiscal v Rutaganda, No. ICTR-96-3-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (6 de diciembre de 1999).

Fiscal v Semanza, No. ICTR-97-20-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (15 de mayo de 2003).

**TPIY**

Fiscal del v Blaškić, No. IT-95-14-A, Sentencia de la Cámara de Apelaciones (29 de julio de 2004).

Fiscal v Blaškić, No. IT-95-14-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (3 de marzo de 2000).

Fiscal v Brdanin, No. IT-99-36-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (1 de septiembre de 2004).

Fiscal v Galić, No. IT-98-29-A, Sentencia de la Cámara de Apelaciones (30 de noviembre de 2006).

Fiscal v Gotovina, Čermak y Markač, No. IT-06-90-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (15 de abril de 2011).

Fiscal v Karadžić, No. IT-95-5 / 18-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (24 de marzo de 2016).

Fiscal v Kordić y Čerkez, No. IT-94-14 / 2-A, Sentencia de la Sala de Apelaciones (17 de diciembre de 2004).

Fiscal contra Kunarac, Kovac y Vuković, No. IT-96-23-T y No. IT-96-23 / 1-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (22 de febrero de 2001).

Fiscal contra Kunarac, Kovac y Vuković, núm. IT-96-23 / 1-A, Sentencia de la Sala de Apelaciones (12 de junio de 2002).

Fiscal v Mladić, No. MICT-13-56, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (22 de noviembre de 2017).

Fiscal v. Prlić y otros, No. IT-04-74-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (29 de mayo de 2013).

Fiscal v Šešelj, No. MICT-16-99-A, Sentencia de la Cámara de Apelaciones (11 de abril de 2018).

Fiscal v Stakić, No. IT-97-24-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (31 de marzo de 2003).

Fiscal v Tadić, No. IT-94-1-T, Sentencia de la Cámara de Apelaciones (15 de julio de 1999).

Fiscal v Tadić, No. IT-94-1-T, Opinión y fallo de la Sala de Primera Instancia (7 de mayo de 1997).

Fiscal v Vasiljevic, No. IT-98-32-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (29 de noviembre de 2002).

#### **SCSL**

Prosecutor v Fofana and Kondewa), No. SCSL-04-14-A-82928, Sentencia de la Sala de Apelaciones (28 de mayo de 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, disponible en <<https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>> consultado el 17 de noviembre de 2019 (citado como: ICC, Elements of Crimes (2013), p. Xx, párr.).

ICC-OTP, Situación en Honduras: Informe del Artículo 5 (octubre de 2015), <[https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/SAS-HON-Article\\_5\\_Report-Oct2015-ENG.PDF](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/SAS-HON-Article_5_Report-Oct2015-ENG.PDF)>, consultado el 18 de noviembre de 2019 (Hora alemana).

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 'Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre el trabajo del cuadragésimo octavo período de sesiones' en, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996, Volumen II, Parte Dos, (1996) disponible en <

[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1996\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1996_v2_p2.pdf)> consultado el 17 de noviembre de 2019.

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad con comentarios (2005) , disponible en

<[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf)> accedido el 17 de noviembre de 2019.

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Informe sobre el trabajo de la sexagésima novena sesión , A / 72/10 (2017) disponible en

<<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/72/10>> consultado el 17 de noviembre de 2019 (citado como: ILC, Draft Convention CaH (2017), p. xx).

### **III. Doctrina**

Ambos, K. y Wirth, S., 'La actual Ley de delitos contra la humanidad, un análisis del Reglamento 15/2000 de la UNTAET', (2002) 13 CLF 1.

Ambos, K., Tratado sobre derecho penal internacional. Volumen II: Los crímenes y la sentencia Sen (Oxford University Press 2014).

Ambos, K., Tratado sobre Derecho Penal Internacional. Volumen III: Procedimiento penal internacional (Oxford University Press 2016).

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

Bassiouni, M. (ed.), La historia legislativa de la Corte Penal Internacional. Volumen I: Introducción, análisis y texto integrado del estatuto, elementos de delitos y reglas de procedimiento y evidencia (Transnational Publishers 2005).

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

Cryer, R., Robinson, D. y Vasiliev, S., Introducción al derecho y procedimiento penal internacional (Cambridge University Press 4. ed. 2019) (citado como: Robinson, en Cryer et al., Introducción (2019), p. XX).

Fernández, J. y Pacreau, X. (eds.), Statut de Rome de la Cour Pénale Internatio-nale: artículo de comentario por artículo (Pedone 2012) (citado como: Autor (es), en Fernan-dez y Pacreau, Commentaire (2012), p. Xx).

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

Halling, M., 'Empuja el sobre - Mira cómo se dobla: eliminando el requisito de política y extendiendo los crímenes contra la humanidad', (2010) 23 LJIL 836.

Klamberg, M. (ed.), Comentario sobre la Ley de la Corte Penal Internacional (Torkel Opsahl Academic EPublisher 2017) (citado como: Autor (es), en Klamberg, Commentary (2017), p. Xx).

Mañalich, JP, '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-crimes-perpetrados-bajo-el-estado-de-emergen-cia/>? fbclid = lwAR0F1rtTrE45z-4lUBir\_rXzFFMuHnFYWDubKJz-yWr3Xx0pBLTybrN2OK8> accedido el 17 de noviembre de

2019.mabr. por agentes del Estado como problemas masivos o sistemáticos de derechos humanos (a propósito de los dichos del Director del INDH) ', (2019) El Desconcierto <<https://www.eldesconcierto.cl/2019/11/04/los-crimes-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 durante las protestas maydan en ¿Ucrania? ¿O la interpretación defectuosa del Fiscal de la CPI de Crímenes contra la Humanidad? ', (2017) 35 BostonUnivILJ 55.

Meseke, S., Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Rö-mischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes: eine völkerstrafrechtliche Ana Berlin Wissenschafts-Verlag 2004).

Mettraux, G., "Delitos contra la humanidad en la jurisprudencia de los Tribunales Criminales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda", (2002) 43 HarvILJ 237.

Mettraux, G., Crímenes internacionales y los Tribunales especiales (Universidad de Oxford Prensa 2005).

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

Robinson, D., deGuzman, M., Jalloh, C. y Cryer, R., 'Amicus Curiae Observaciones de los profesores Robinson, deGuzman, Jalloh y Cryer, Situación en la República de Costa de Marfil, en el caso del Fiscal v. Laurent Gbagbo ', No. ICC-02 / 11-01 / 11 (9 de octubre de 2013) (citado como: Robinson et al., Amicus Curiae (2013)).

- Robinson, D., 'The Draft Convention on Delitos contra la Humanidad: ¿Qué hacer con la definición?', En: Bergsmo, M. y Song, T. (eds.), Sobre la propuesta de Convención de Delitos contra la Humanidad ( Torkel Opsahl Academic Publisher 2014), 103.
- Robinson, D., 'Crímenes contra la humanidad: una mejor política en política', en: Stahn, C. (ed.), The Law and Practice of the International Criminal Court (Oxford University Press 2015), 705.
- Robinson, D., 'El otro cáliz envenenado: ¿Estándares probatorios sin precedentes en el caso Gbagbo?', Partes I-III (noviembre de 2019), EJIL: Talk 2019.
- Rodenhäuser, T., 'Más allá de los crímenes estatales: Entidades no estatales y crímenes contra la humanidad ', (2014) 27 LJIL 913.
- Sadat, LN, ' Crímenes contra la humanidad en la era moderna ', (2013) 107 AJIL 334.
- Schabas, WA, La Corte Penal Internacional: a comentario sobre el Estatuto de Roma (Oxford University Press 2. ed. 2016).
- Stahn, C., Una introducción crítica al derecho penal internacional (Cambridge University Press 2019).
- Triffterer, O. y Ambos, K., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: un comentario (CH Beck 3. ed. 2016) (citado como: Autor (es) en Triffterer y Ambos, Commentary (2016) , Art. XX mn. XX).
- Werle, G. y Jessberger, F., Principios del derecho penal internacional (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 carabine-ros y militares por violencia sexual' (23 de octubre de 2019), <[https://www.cnnchile.com/pais/indh-detenedos-heridos-querellas-violencia-sexual\\_20191023/](https://www.cnnchile.com/pais/indh-detenedos-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).

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 reprueban 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.

NYTimes 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/10000006795557/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.

# **Legal Brief**

**on the question of the existence of the context element of  
Crimes 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**

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

Chair for Criminal Law, Criminal Procedure, Comparative Law, International Criminal Law  
and International Law, Faculty of Law, Georg August Universität Göttingen, Germany

Acting Director "Institute for Criminal Law and Justice"

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

Judge Kosovo Specialist Chambers, The Hague, Netherlands

Advisor (*amicus curiae*) of the Colombian Special Jurisdiction for Peace

**18 November 2019, 3:20 a.m. (German Time)**

## Content

Executive Summary .....	- 1 -
I. Mandate.....	- 3 -
II. Applicable Law .....	- 3 -
1. Relevant Provisions .....	- 3 -
2. Five legal requirements ( <i>elementos típicos</i> ) of the context element of CaH ...	- 4 -
2.1. Committed as part of an attack (“cometido como parte de un ataque”)....	- 5 -
2.2. Widespread or systematic attack (“ataque generalizado o sistemático”)..	- 7 -
2.3. Directed against a civilian population (“cometido ... contra una población civil”) .....	- 10 -
2.4. The policy element (“ataque ... responda a una política del Estado”) ....	- 11 -
(a) General considerations.....	- 11 -
(b) In particular: proof of a policy (the evidentiary conundrum) .....	- 15 -
2.5. Mental element ( <i>elemento subjetivo</i> ).....	- 18 -
III. Available Facts .....	- 19 -
1. Facts presented in the <i>Acusación Constitucional</i> .....	- 19 -
2. Facts presented in further sources (until 15 November 2019) .....	- 20 -
IV. Legal Assessment of the Available Facts ( <i>Subsunición</i> ).....	- 22 -
1. CaH (context element) with regard to the facts presented in the <i>Acusación Constitucional</i> ? .....	- 22 -
2. CaH (context element) with regard to subsequent facts (until 15 November 2019)? .....	- 23 -
3. The Micco / Mañalich controversy.....	- 24 -
4. Policy by omission?.....	- 27 -
ANNEX I: List of Abbreviations .....	- 30 -
ANNEX II: List of Authorities.....	- 32 -
I. Table of Cases.....	- 32 -
II. Official Documents .....	- 35 -
III. Doctrine.....	- 35 -
IV. Other Sources .....	- 37 -

## Legal Brief

### on the question of the existence of the context element of Crimes 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

#### Executive Summary

1. The context element in Crimes against Humanity ('CaH') requires a systematic or widespread attack against "any" civilian population pursuant to a policy of a collective entity, especially a State, with knowledge of the attack (infra II.2.). The Chilean Law 20.352 is, on the one hand, clearer than Article 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court ('ICC Statute') in that it explicitly refers the said policy to the attack as a whole, be it widespread or systematic (II.1.). On the other hand, however, it dilutes the policy requirement by linking it to mere State agents; this calls for a restrictive interpretation in light of International Criminal Law ('ICL') (thereto II.2.4.(a)).

2. The facts presented in the *Acusación Constitucional* ('AcusCon') point to serious and widespread rights violations by the security forces, especially the *Carabineros* police force (III.1.). This is confirmed by subsequent sources indicating a steady increase of these violations (up to 15 November 2019) which amount, at least quantitatively, to widespread, partially serious human rights violations (III.2.). In sum, it seems fair to say that during the time of writing this Brief the situation on the ground has not improved but rather become worse with the government apparently unable to regain control and reestablish public order.

3. There is an important qualitative difference between widespread serious human rights violations and CaH. This difference is marked by the context element (II.2.), especially its policy requirement (II.2.4.). This requirement is particularly relevant in our context. While a (State) policy to commit CaH need not be formalized and/or explicit and may crystalize as actions unfold on the ground, i.e., it may come into being during an ongoing conflict or crisis (II.2.4.(a)), such a policy is difficult to prove (II.2.4.(b)), especially if it is not explicit and based on affirmative action but rather characterized by a (deliberate) failure to take protective action.

4. The existence of a policy may be inferred from a series of factors (II.2.4.(b)) but these are case-specific and depend on the concrete circumstance on the ground. For this reason, it is difficult and risky to draw (definitive) legal-normative conclusions (IV.) from a highly general and written account (III.) which, in addition, rests largely on allegations and second-hand (hearsay) information. In fact, the AcusCon mentions the term CaH only in passing ("crímenes de lesa humanidad") and interprets the events as a widespread or systematic attack within the meaning of Art. 1(1) and 2 of Law 20.357

---

\* I am indebted to Lara Barrêto Ambos (doctoral student University of Greifswald) and Sem Sandoval (doctoral student University of Göttingen) for technical and research assistance.

but it fails to provide any legal analysis of the context element, let alone the policy requirement (IV.1.). Other sources are similarly poor in legal reasoning (IV.2.), except a response of prominent Chilean legal scholar Juan Pablo Mañalich to INDH director Sergio Micco (IV.3.). At any rate, this controversy too lacks a thorough analysis of the relevant ICL standard; in particular, Mañalich draws on an overly broad reading of Art. 1(2) of Law 20.357 (*ibid.*).

5. Neither the facts presented in the AcusCon nor the subsequent facts (up to 15 November 2019) allow for the inference of an *active* policy of CaH of the State of Chile. These facts do not allow either to conclude that there is such a State policy by *omission* (IV.4.). Clearly, such a policy is more difficult to prove than an active policy for the very reason that it does not manifest itself in active and explicit conduct. Also, it cannot be inferred from the mere absence of governmental action or, more relevant in our case, the apparent inability (rather than unwillingness) of the government to take back control of the public space. In fact, the apparent functioning of the institutions of the Chilean *Rechtsstaat*, especially the prominent role of the INDH as an independent public human rights agency with a compliance mandate and a *partie civile* (“querellante”) function and the follow-up of any *querella* by the independent (criminal) justice system, rather indicate the opposite, namely that the Chilean State is committed to control its security forces and that human rights compliance mechanisms are in place. Ultimately, it is, of course, for the Chilean criminal courts or, in line with the complementarity principle (Art. 17 ICC Statute), for the ICC to decide whether CaH have taken place in Chile during the period object of this Legal Brief or thereafter.

## I. Mandate

The signatory was tasked by Mr. Luis Hermosilla, on behalf of Mr. Andrés Chadwick, former Minister of Interior of Chile, in a letter of 7 November 2019, to write the above Legal Brief as follows:

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

From this it follows the limited nature of this mandate, namely, on the one hand, to carry out a *legal* assessment as to the “existence of a systematic or widespread attack against the civilian population, pursuant to a state policy” (so-called context element of CaH) which is, on the other hand, in *factual* terms, to be based on the facts provided for in the *Acusación Constitucional* (‘AcusCon’) of the *Cámara de Diputados* of the Chilean Congress.<sup>1</sup>

This task is carried out by the signatory in his academic capacity, in full independence, without any interference from and irrespective of the specific interests of the contacting party, as stated in the letter of 7 November 2019:

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

A few *caveats* are at stake here though. As the Brief had to be prepared under enormous time pressure – it had to be submitted by 17 November 2019, 24 h, Chilean time – the necessary research – as to the applicable law (II.) and the available facts (III.) – could not be carried out with the thoroughness and completeness which is normally akin to the signatory. Also, the drafting of the text and the refining of the argument leave to be desired.

## II. Applicable Law

### 1. Relevant Provisions

The government of Chile deposited its instrument of ratification to the Rome Statute of the International Criminal Court (‘ICC-Statute’) on 29 June 2009.<sup>2</sup> Thus, the Statute entered into force for Chile on 1 September 2009 (Art. 126(2) ICC Statute). As a consequence, the ICC has jurisdiction with regard to the events object of this legal brief (Art. 11(2), 12 ICC Statute).

---

<sup>1</sup> The document has no date but according to press reports (e.g. *Mercurio*, 31 October 2019, p. C4) it dates from 30 October 2019.

<sup>2</sup> <[https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states\\_parties/latin\\_american\\_and\\_caribbean\\_states/Pages/chile.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states_parties/latin_american_and_caribbean_states/Pages/chile.aspx)> accessed 17 November 2019.

Law 20.352 of 30 May 2009, published on 18 July 2019, authorized the Chilean State to recognize the ICC jurisdiction under the terms provided for in the Rome Statute. This Law defines the context element of CaH in the relevant part as follows:

“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 el 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.”

Art. 7 ICC Statute reads in the relevant part as follows:

“(1) ... ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack...”

“(2) (a) ‘Attack directed against any civilian population’ means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organisational policy to commit such attack...”

Comparing these provisions there are four noteworthy points, the first two being especially relevant in our context: First, and most importantly, while the relationship between the disjunctive widespread/systematic requirement and the policy element is unclear and controversial under Art. 7 ICC Statute, Art. 1 (2) of Law 20.352 clearly establishes, providing for concurring or cumulative conditions regarding the attack, that it must always be carried out pursuant to a policy of a collective entity. This is the correct approach as will be shown below (II.2.4.(a)). Second, the same provision dilutes, however, the concept of policy by extending it beyond a collective entity (especially a State) to State agents; this calls for a teleological restriction in light of ICL, especially the ICC Statute, as will also be shown below (ibid.). Third, Art. 2(2) of Law 20.352 contains a definition of systematic attack which is not in line with ICL as will be demonstrated in turn (II.2.3.). Fourth, Law 20.352 does not require, as Art. 7(1) ICC Statute, a specific “knowledge of the attack” (II.2.5.).

## **2. Five legal requirements (*elementos típicos*) of the context element of CaH**

Before the legal requirements of the context element are to be explained in more detail a few preliminary remarks on the applicable law and the relevant authorities are at stake. As to the applicable law it is clear from the above (II.1.) that the relevant Chilean Law and Art. 7 ICC Statute are not fully identical. Given that the ICC Statute does not formally impose implementation obligations on State parties (apart from Art. 70(4) regarding offences against the administration of justice and Art. 88 regarding cooperation

procedures),<sup>3</sup> a State party need not *tout court* incorporate the crime definitions of Art. 5 to 8bis ICC Statute in its domestic law but only provide for punishment of the relevant conduct in light of the complementarity principle (Art. 17 ICC Statute).<sup>4</sup> It is for this reason that a domestic law like Law 20.352 in principle prevails as far as domestic prosecution and adjudication is concerned. Such a law must however be interpreted in line with the accepted international standard, that is, in our context, especially Art. 7 ICC Statute. This provision can generally be considered as a kind of minimum standard for a CaH definition therefore calling for universal application.<sup>5</sup> This view is confirmed by the fact that the International Law Commission ('ILC') has adopted Art. 7 literally in its CaH Draft Convention.<sup>6</sup>

As to the question of the relevant authorities relied on in this section of this Brief it is to be noted first that the case law of the international criminal tribunals, especially of the ICC (given its *de facto* binding effect on Chile as a State party), serves as a primary source. In contrast, as to the views of the doctrine, the Brief largely relies on previous works of the signatory (especially for further details and references);<sup>7</sup> other works are only quoted as far as they constitute leading textbooks/commentaries<sup>8</sup> and/or are especially relevant/innovative in the respective context; the same applies to works by international organisations or bodies, especially the ('ILC'). This restrictive approach with regard to authorities/references has also been taken for reasons of space, especially to avoid a too heavy footnoting throughout this part of the text. At any rate, a detailed list of authorities can be found as Annex II to this Brief.

## **2.1. Committed as part of an attack (“cometido como parte de un ataque”)<sup>9</sup>**

This requirement is provided for by both the Chilean Law and the ICC Statute. Accordingly, the underlying acts, i.e., the individual crimes, must occur as *part* of an attack. However, these acts could (but need not) constitute the attack itself.<sup>10</sup> For example, the mass murder of civilians may suffice as an attack against the civilian population; a separate attack against the same civilians, within which the murders were committed, need not be proven.<sup>11</sup>

The concept of “*attack*” generally refers to a campaign or operation conducted against the civilian population – a “course of conduct” in the words of Art. 7 (2) (a) ICC Statute

---

<sup>3</sup> In more detail cf. Ambos, *Internationales Strafrecht* (2018), § 6 mn. 36-7.

<sup>4</sup> On the complementarity principle in more detail cf. Ambos, *Treatise ICL III* (2016), pp. 266 ff.

<sup>5</sup> Schabas, *Commentary* (2016), p. 153.

<sup>6</sup> ILC, *Draft Convention CaH* (2017), Art. 3.

<sup>7</sup> Cf. Ambos, *Treatise ICL II* (2014), pp. 46 ff. (Ch. II); id., *Internationales Strafrecht* (2018), pp. 261 ff. (§ 7 mn. 166 ff.); Hall/Ambos, in Triffterer and Ambos, *Commentary* (2016), Art. 7 mn. 1-29, 105-111.

<sup>8</sup> Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), pp. 231 ff.; Werle and Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 972 ff.; Gil Gil, in Gil Gil and Maculan, *DPI* (2019), pp. 421 ff.; Stahn, *Critical Introduction* (2019), pp. 52 ff.; Jurovics, in Fernandez and Pacreau, *Commentaire* (2012), pp. 417 ff. Useful for (further) references are Schabas, *Commentary* (2016), pp. 145 ff. and Nilsson, in Klamberg, *Commentary* (2017), pp. 31 ff.

<sup>9</sup> Quotes in brackets are from Law 20.352.

<sup>10</sup> Cf. Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), pp. 232, 241.

<sup>11</sup> ICTR, *Akayesu*, 2 September 1998, TJ, para. 581.

– which involves the (multiple) commission of the underlying acts.<sup>12</sup> However, the attack need not involve military forces<sup>13</sup> or armed hostilities, or any violent force at all;<sup>14</sup> it can take place before, during or after an armed conflict, without being necessarily part of it<sup>15</sup>. It can involve any mistreatment of the civilian population.<sup>16</sup>

The expression “course of conduct” has itself, notwithstanding the widespread/systematic qualifiers discussed in turn (infra 2.2.), widespread and systematic connotations.<sup>17</sup> The *Kenya* ICC Pre-Trial Chamber (‘PTC’), in line with earlier case law<sup>18</sup> and developing it further, considered an attack as “a campaign or operation carried out against the civilian population”.<sup>19</sup> From this it becomes clear that isolated and random acts are excluded<sup>20</sup> and multiple acts required.<sup>21</sup> However, multiplicity alone is not sufficient, an attack is something more than “a mere aggregate of random acts”,<sup>22</sup> a certain pattern is required<sup>23</sup> (which implies a kind of policy element discussed below, (d)). While the attack requires a multiplicity of (criminal) acts, it does not necessarily need a multiplicity of actors, nor does a single perpetrator have to act at different times.<sup>24</sup> For example, if

---

<sup>12</sup> Cf. ICC, *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, para. 80; also *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 209 (“course of conduct” embodying a systematic aspect); *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 662 (‘overall flow of events’); also Nilsson, in: Klamberg (2017), *Commentary*, pp. 31-2.

<sup>13</sup> ICC, *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, para. 80.

<sup>14</sup> ICTR, *Akayesu*, 2 September 1998, TJ, para. 581 (“An attack may also be non violent in nature, like imposing a system of apartheid ... or exerting pressure on the population to act in a particular manner ... if orchestrated on a massive scale or in a systematic manner”); conc. *Rutaganda*, 6 December 1999, TJ, para 70; *Musema*, 27 January 2000, TJ, para. 205. For the ICTY cf. *Kunarac*, 22 February 2001, TJ, para. 416. Cf. also ICC, *Elements of Crimes* (2013), p. 3 para.3. For a contrary view Mettraux, *International Crimes* (2005), p. 156.

<sup>15</sup> ICTY, *Stakić*, 31 March 2003, TJ, para. 623; conc. *Brdanin*, 1 September 2004, JT, para. 131; *Kordić and Čerkez*, 17 December 2004, AJ, para. 666; ICTR, *Nahimana et al.*, 28 November 2007, AJ, paras. 916-7.

<sup>16</sup> Cf. ICTY, *Kunarac*, 22 February 2001, TJ, para. 416; ICTR, *Semanza*, 15 May 2003, TJ, para. 327; also ICC, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1101 (“toute forme de violence”). In this vein also Werle and Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 983.

<sup>17</sup> ICC, *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 208 (“... quantitative and qualitative aspects ... relevant for the establishment of the ‘widespread’ or ‘systematic’ nature of the attack ...”).

<sup>18</sup> Starting with ICTR, *Akayesu*, 2 September 1998, TJ, para. 581 (“... attack ... as an unlawful act ... orchestrated on a massive scale or in a systematic manner”); conc. ICTY, *Prlić et al.*, 29 May 2013, TJ, para. 35; *Mladić*, 22 November 2017, TJ, para. 3024. For further case law references, cf. Ambos, *Treatise ICL II* (2014), p. 58, fn. 94.

<sup>19</sup> ICC, *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, para. 80; also *Bemba*, 15 June 2009, Confirmation Decision, para. 75 and 21 March 2016, TJ, para. 149; *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, 15 November 2011, Authorisation Decision, para. 31; *Ruto et al.*, 23 January 2012, Confirmation Decision, para. 109; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1101; *Harun and Kushayb*, 27 April 2007, Arrest Warrant Decision, para. 61.

<sup>20</sup> Cf. already ICTY, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 644 (“... not ... one particular act, but, instead, a course of conduct”). Cf. also Jurovics, in Fernandez and Pacreau, *Commentaire* (2012), pp. 417, 471-2; Gil Gil, in Gil Gil and Maculan, *DPI* (2019), p. 424.

<sup>21</sup> ICC, *Blé Goudé*, 11 December 2014, Confirmation Decision, para. 127 (“course of conduct involving the multiple commission of acts”).

<sup>22</sup> ICC, *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 209 (“systemic aspect as it describes a series or overall flow of events as opposed to a mere aggregate of random acts”).

<sup>23</sup> ICC, *Bemba*, 15 June 2009, Confirmation Decision, para. 81; *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 209; *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 664 (two operations as part of same military campaign and ‘logical succession of events’); cf. also Chaitidou, in Bergsmo and Song, *Convention* (2014), pp. 47, 66-7.

<sup>24</sup> Cf. Werle and Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 982, 984.

a single perpetrator poisons the water of a large population, he would thereby commit a multiplicity of killings (and thus multiple criminal acts) with a single (natural) act.<sup>25</sup>

While the concept of attack has widespread/systematic and policy connotations, it is not required that *each individual act* occurring within the attack be widespread or systematic, providing that the respective act forms part of an attack with these characteristics. If, for example, some murders, some rapes, and some beatings take place, each of these acts need not be widespread or systematic, if only together the acts satisfy either of these conditions. It follows that the individual's actions themselves need not be widespread or systematic, providing that they form part of such a widespread or systematic attack. Indeed, the commission of a single act, such as one murder, in the context of a broader campaign against the civilian population, can amount to a CaH.<sup>26</sup>

Note however that there must be a sufficient *nexus* between the unlawful acts of the perpetrator(s) and the attack.<sup>27</sup> The existence of a certain “degree of planning, direction or organisation by a group or organisation”<sup>28</sup> is the necessary nexus among individual and, otherwise, acts unrelated with each other. The precise degree of the nexus is not defined in the written law, but it is recognized by the jurisprudence that the relationship can be established by way of an ‘objective assessment of the characteristics, aims, nature, and/or consequences of the acts concerned’,<sup>29</sup> ultimately depending on the factual circumstances of each case. Reliable indicia would include: the similarities between the perpetrator's acts and the acts occurring within the attack; the nature of the events and circumstances surrounding the acts; their temporal and geographical proximity with the attack;<sup>30</sup> and, the nature and extent of the perpetrator's knowledge of the attack (thereto *infra* 2.5.) when committing the acts. The manner in which the acts are associated with, or further the policy underlying the attack (thereto 2.4.) is of particular significance.

## 2.2. Widespread or systematic attack (“ataque generalizado o sistemático”)

First, it is to be noted that the *alternative* approach – the attack must either be widespread or systematic – is not only contained in both Art. 1 (1) of Law 20.352 and Art. 7 (1) ICC Statute but has been repeated many times in case law<sup>31</sup> and adopted by some

---

<sup>25</sup> Cf. Ambos, *Treatise ICL II* (2014), p. 59.

<sup>26</sup> Cf. already ICTY, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 649 (“... individual perpetrator need not commit numerous offences to be held liable”).

<sup>27</sup> Cf. already ICTR, *Akayesu*, 2 September 1998, TJ, para. 579. See also Schabas, *Commentary* (2016), 166-167.

<sup>28</sup> ICC, *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 210; also *Blé Goudé*, 11 December 2014, Confirmation Decision, para. 146.

<sup>29</sup> ICC, *Bemba*, 21 March 2016, TJ, para. 165; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1124; *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 696.

<sup>30</sup> Cf. ICTY, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, paras. 629-633; for the ICC cf. *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 696 with further references.

<sup>31</sup> For the ICTY cf. only: *Tadić*, 7 May 1997, TJ, paras. 646-8; *Karadžić*, 24 March 2016, TJ, para. 477; for the ICTR *Akayesu*, 2 September 1998, TJ, para. 579; *Munyakazi*, 5 July 2010, TJ, para. 503; for the ICC: *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1123; *Bemba*, 21 March 2016, TJ, para. 65.

international codifications;<sup>32</sup> it can as well said to be the prevailing view in the doctrine.<sup>33</sup> As regards Art. 7 ICC Statute there is of course an apparent contradiction between para. 1 and para. 2 (a), the latter requiring that the multiple commission of acts be based on a certain policy (and thus apparently opting for a cumulative approach). We will explain below (2.4.(a)) how this contradiction can be resolved, in fact confirming the Chilean approach.

The term *widespread* has mainly a quantitative meaning referring to the scale of the attack or, equivalently, to the (large) number of victims. This is correctly reflected in Art. 2(1) Law 20.352. The case law has interpreted the term by referring either only “to the [large] number of victims”,<sup>34</sup> “to the multiplicity of victims”,<sup>35</sup> or to the commission of the acts “on a large-scale”<sup>36</sup> or both to “the large-scale nature of the attack and the number of its victims”<sup>37</sup> (without however requiring a “specific numerical threshold of victims”).<sup>38</sup> The *ICC* case law adopts the same approach, stressing that the widespread element is neither to be assessed strictly (‘exclusively’) quantitatively nor geographically but on the basis of the facts of the relevant case.<sup>39</sup> In particular, the concept is not limited geographically, but can include large numbers in a small area.<sup>40</sup>

As to the *systematic* qualifier the early case law of the *ICTY* and *ICTR* interpreted it strictly, setting a very high threshold, i.e., as indicating “a pattern or methodical plan”,<sup>41</sup> “thoroughly organised on the basis of a common policy involving substantial public or private resources.”<sup>42</sup> However, subsequent jurisprudence adopted a broader definition referring “to the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence”.<sup>43</sup> Chambers explained that “[p]atterns of crimes, in the sense of the non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis, are a

---

<sup>32</sup> More recently, Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office (‘KSC Law’), 3 August 2015, Art. 13 and ILC, *Draft Convention CaH* (2017), Art. 3.

<sup>33</sup> Cf. Werle and Jessberger, *Principles* (2014), p. 339; Jurovics, in Fernandez and Pacreau, *Commentaire* (2012), pp. 466–7; Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), pp. 232–3; Hall/Ambos, in Triffterer and Ambos, *Commentary* (2016), Art. 7 mn. 4 with further references; on the historical development *ibid.*, mn. 18.

<sup>34</sup> *ICTY*, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 648.

<sup>35</sup> *ICTR*, *Kayishema and Ruzindana*, 21 May 1999, TJ, para. 123.

<sup>36</sup> *ICTY*, *Blaškić*, 3 March 2000, TJ, para. 206; confirmed by subsequent case law, e.g. *Gotovina et al.*, 15 April 2011, TJ, para. 1703; *ICTR*, *Nzabirinda*, 23 February 2007, TJ, para. 21; *Munyakazi*, 5 July 2010, TJ, para. 503; *ICC*, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, paras. 1098, 1123.

<sup>37</sup> Cf. for *ICTY* recently *Mladić*, 22 November 2017, TJ, para. 3025 and *Šešelj*, 11 April 2018, AJ, para. 57; for *ICTR* cf. *Musema*, 27 January 2000, TJ, paras. 203–4; for *ICC* cf. *Bemba*, 21 March 2016, TJ, para. 163; *Katanga*, 7 March, TJ, para. 1123; *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, note 12, para. 691.

<sup>38</sup> ILC, *Draft Convention CaH* (2017), p. 33; Stahn, *Critical Introduction* (2019), p. 57.

<sup>39</sup> Cf. *ICC*, *Bemba*, 21 March 2016, TJ, para 163; *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, note 12, para. 691.

<sup>40</sup> *ICC*, *Ntaganda*, 9 June 2014, Confirmation Decision, para. 22 (“several locations”), 24 (in “a broad geographical area” over a long period of time); *Gbagbo* 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 224 (“widespread (i) involved a large number of acts; (ii) targeted and victimised a significant number of individuals; (iii) extended over a time period of more than four months; and (iv) affected the entire city of Abidjan”); cf. also ILC, *Draft Convention CaH* (2017), p. 33 (“large geographic area is not required...”).

<sup>41</sup> *ICTY*, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 648.

<sup>42</sup> *ICTR*, *Akayesu*, 2 September 1998, TJ, para. 580. Cf. also (crit.) Ambos, *Treatise ICL II* (2014), pp. 60–61; Hall/Ambos, in Triffterer and Ambos, *Commentary* (2016), Art. 7 mn. 20 with fn. 137.

<sup>43</sup> *ICTY*, *Kordić and Čerkez*, 17 December 2004, AJ, para. 94; also *Blaškić*, 29 July 2004, AJ, para. 101; *Kunarac*, 12 June 2002, AJ, para. 94; recently *Mladić*, 22 November 2017, TJ, para. 3025 (“organized nature of the acts of violence”); *ICTR*, *Musema*, 27 January 2000, TJ, paras. 203–4.

common expression of such systematic occurrence”.<sup>44</sup> The essentially same view was taken by the ICC.<sup>45</sup> The *Ntaganda* PTC suggested as an example of such a ‘regular pattern’ a ‘recurrent *modus operandi*, including the erection of roadblocks, the laying of land mines, and coordinated ... unlawful acts ...’<sup>46</sup> and the employment of ‘similar means and methods to attack the different locations ...’.<sup>47</sup> Similarly, the *Ntaganda* TC required an “organised nature” and “patterns of crimes”,<sup>48</sup> as manifested in “a series of repeated actions seeking to always produce the same effects on a civilian population...”.<sup>49</sup>

The common denominator of the various case law definitions<sup>50</sup> is that a systematic attack “is one carried out pursuant to a preconceived policy or plan”.<sup>51</sup> That does not mean, however, that the plan or policy element is “a legal element of the crime”, but only that it serves, at best, as an indicator of the “systematicity” of the attack.<sup>52</sup> Also, an attack may be systematic although there is no plan or policy if only it is not random but directed against the civilian population as the main object of the attack.<sup>53</sup> At any rate, contrasting the definition of Art. 2(2) of Law 20.352 with the international standard leads to the conclusion that the Chilean definition does not sufficiently take into account the plan or policy component of the systematic qualifier.

Taking the “widespread” and “systematic” qualifiers together it is sometimes difficult to distinguish them and concretely identify the actual circumstances which are covered by one or the other. For example, two coordinated attacks on two large buildings with many floors causing thousands of deaths may qualify as widespread because of the number of victims and because the geographic scope of the attack when the total floor

---

<sup>44</sup> ICTY, *Kordić and Čerkez*, 17 December 2004, AJ, para. 94; *Blaškić*, 29 July 2004, AJ, para. 101; *Kunarac*, 12 June 2002, AJ, para. 94; ICTR, *Muhimana*, 28 April 2005, TJ, para. 527 (“a deliberate pattern of conduct”); ICC, *Ntaganda*, 9 June 2014, Confirmation Decision, para. 24; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1123.

<sup>45</sup> ICC, *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, para. 96; *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 223; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1123; *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 692.

<sup>46</sup> ICC, *Ntaganda*, 9 June 2014, Confirmation Decision, para. 24.

<sup>47</sup> ICC, *Ntaganda*, 13 July 2012, Art. 58 Decision, para. 31.

<sup>48</sup> ICC, *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 692.

<sup>49</sup> ICC, *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 693 (considering whether (i) identical acts took place or similarities in criminal practices can be identified; (ii) the same *modus operandi* was used; or (iii) victims were treated in a similar manner across a wide geographic area).

<sup>50</sup> For more case law references cf. Ambos, *Treatise ICL II* (2014) p. 60 with fn. 111; Schabas, *Commentary* (2016), 164-165.

<sup>51</sup> Cf. ICTR, *Bagilishema*, 7 June 2001, TJ, para. 77; ICTY, *Vasiljevic*, 29 November 2002, TJ, para. 35; ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, 30 September 2008, Confirmation Decision, para. 397; conc. *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 225 (“preparations for the attack were undertaken in advance”, “the attack was planned and coordinated”, “the acts of violence ... reveal a clear pattern of violence”).

<sup>52</sup> Cf. ICTY, *Kunarac*, 12 June 2002 AJ, para. 98 (“evidentially relevant”); *Blaškić*, 29 July 2004, AJ, para. 100; ICTR, *Muhimana*, 28 April 2005, TJ, para. 527; also ICC, *Harun and Kushayb*, 27 April 2007, Arrest Warrant Decision, para. 62 (“policy is an element from which the systematic nature of an attack may be inferred”); *Katanga*, 7 March 2014, TJ, paras. 1098, 1113, 1123.

<sup>53</sup> Cf. ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, paras. 81, 109 (“civilian population primary target...”); *Katanga*, 7 March 2014, TJ, paras. 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. also Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 236.

space is taken into consideration. Such an attack may well be greater in total and extent than several attacks on a group of widely scattered villages. Even a systematic attack must involve more than a few incidents. Similarly, a widespread attack should, and by its very nature is likely to, be based upon or carry forward a policy. A widespread attack need not, however, be systematic and *vice versa*.

### 2.3. Directed against a civilian population (“cometido ... contra una población civil”)

The acts must be directed at “any civilian population”. “Population” refers to a multiplicity of persons sharing common attributes,<sup>54</sup> implying the collective nature of the crimes to the exclusion of single acts<sup>55</sup> (and in this sense repeating the “widespread” qualifier). This requirement does not mean, however, that the entire population of a State, entity, or territory must be attacked;<sup>56</sup> rather, it suffices “that enough individuals were targeted in the course of the attack, or that they were targeted in such a way ... that the attack was in fact directed against a civilian ‘population’ ...”.<sup>57</sup>

The use of the term “*directed against*” means that the civilian population must be the primary object of the attack and that the attack follows a certain course of conduct.<sup>58</sup> The trial judge will in this regard consider, *inter alia*, “the means and method used in the course of the attack, the status of the victims, their number, the discriminatory nature of the attack, the nature of the crimes committed in its course, the resistance to the assailants at the time and the extent to which the attacking force may be said to have complied or attempted to comply with the precautionary requirements of the laws of war.”<sup>59</sup> The victims of the attack need not be targeted because of their membership in a certain group, a discriminatory intent is not required.<sup>60</sup>

The population requirement qualifies the targeted group as being “*civilian*”. While the peculiarities of CaH speak against an automatic and unreserved application of the

---

<sup>54</sup> Cf. ICC, *Bemba*, 15 June 2009, Confirmation Decision, para. 76; *Ruto et al.*, 23 January 2012, Confirmation Decision, para. 164; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1103; *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 667 (‘collective’); cf. also Werle and Jessberger, *Principles* (2014), p. 334.

<sup>55</sup> Cf. ICTY, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 644 (“emphasis is not on the individual victim but rather on the collective”); cf. also Werle and Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 973; Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 239; Gil Gil, in Gil Gil and Maculan, *DPI* (2019), p. 425.

<sup>56</sup> Cf. ICTY, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 644; ICC, *Ruto et al.*, 23 January 2012, Confirmation Decision, para. 164.

<sup>57</sup> ICTY, *Kunarac*, 12 June 2002, AJ, para. 90 (fn. omitted); conc. *Kordić and Čerkez*, 17 December 2004, AJ, para. 95; *Blaškić*, 29 July 2004, AJ, para. 105; more recently *Mladić*, 22 November 2017, TJ, para. 3026.

<sup>58</sup> Cf. already ICTY, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 644 (requirement “ensures that what is to be alleged will not be one particular act, but, instead, a course of conduct”); also Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 236.

<sup>59</sup> Cf. ICTY, *Kunarac*, 12 June 2002, AJ, para. 91 (fn. omitted); conc. *Blaškić*, 29 July 2004, AJ, para. 105; ICTR, *Semanza*, 15 May 2003, TJ, para. 330; conc. SCSL, *Fofana and others*, 28 May 2008, AJ, para. 299; ICC, *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, para. 82; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, paras. 1104-5; *Bemba*, 21 March 2016, TJ, para. 154; *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 668.

<sup>60</sup> Cf. ICTY, 15 July 1999, *Tadić*, AJ, paras. 283 ff., 288 ff. (“discriminatory intent ... only with regard to those crimes for which this is expressly required, that is, for article 5(h), concerning various types of persecution”). See insofar also on “grounds of targeting” Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 715.

(narrow) understanding of civilian in International Humanitarian Law ('IHL'),<sup>61</sup> in our context it suffices to refer to Article 50 (3) of Additional Protocol I to the Geneva Conventions according to which "[t]he presence within the civilian population of individuals who do not come within the definition of civilians does not deprive the population of its civilian character". This clarification has been followed by national and international courts.<sup>62</sup> It means that the fact that there may be some non-civilians (e.g. de facto combatants) amidst a group of civilians (e.g. in the context of a civic manifestation) does not deprive this group of its civilian character. Further, it is not required the attack to be directed against the civilian population as a whole, but only against a sufficient number of individuals.<sup>63</sup>

## **2.4. The policy element ("ataque ... responde a una política del Estado")**

### **(a) General considerations**

Law 20.352 (Art. 1(2)) and the ICC Statute (Art. 7(2)(a)) are on the same page as to the requirement of a policy although, as already stated above (II.1.), the Chilean law is, on the one hand, clearer in that the policy required explicitly refers to the widespread or systematic attack as a whole, but, on the other, it is overly broad as to the policy concept extending it to a mere policy of State agents ("política ... de sus agentes").

Before taking a closer look at the policy element (and the ensuing restrictive interpretation of Art. 1(2) of Law 20.352), it is worthwhile noting that the Statutes of other international criminal tribunals do not contain such an element<sup>64</sup> and their case law even rejects its customary law status since the *Kunarac* Appeals Judgment,<sup>65</sup> giving this element, at most, an evidentiary weight as indication of the existence of a widespread or systematic attack.<sup>66</sup> At any rate, apart from the unclear development of customary international law in this and other areas,<sup>67</sup> the lack of the policy element does not mean that this element cannot be derived from the requirement of the attack, especially in its

---

<sup>61</sup> Cf. Hall/Ambos, in Triffterer and Ambos, *Commentary* (2016), Art. 7 mn. 24. The issue will be discussed in more depth by this author in a paper on the ECCC's contribution to this question in a forthcoming special issue of the JICJ on the legacy of the ECCC.

<sup>62</sup> ICC, *Bemba*, 21 March 2016, TJ, para. 153; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1105; *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 668; *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 63; also ICTY, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 638; *Galić*, 30 November 2006, AJ, para. 144; *Blaškić*, 29 July 2004, AJ, para. 115 (depending on the number of the soldiers); ICTR, *Akayesu*, 2 September 1998, TJ, para. 582; *Nzabirinda*, 23 February 2007, TJ, para. 22.

<sup>63</sup> Cf. ICC, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1105.

<sup>64</sup> Cf. on the one hand Art. 5 ICTY and Art. 3 ICTY Statutes and, most recently, Art. KSC Law, *supra* note 32, which only copies para. 1 of Art. 7 ICC Statute but not para. 2 containing the policy element. For more details, including customary international law, Hall/Ambos, in Triffterer and Ambos, *Commentary* (2016), Art. 7 mn. 109; Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), pp. 234 ff.

<sup>65</sup> ICTY, *Kunarac*, 12 June 2002 AJ, para. 98, basically following Mettraux (2002), 237 *HarvILJ* 43, 270 ff.; crit. Schabas, *Commentary* (2016), p. 157 ("unconvincing"); Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 712-713; Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 235.

<sup>66</sup> Cf. *supra* note 52 and main text.

<sup>67</sup> Thus, the Canadian Supreme Court rightly indicates, referring explicitly to Art. 7(2)(a) ICC Statute, that "customary international law may evolve over time so as to incorporate a policy requirement..." (*Mugesera v. Canada*, [2005] 2 SCR 100, para. 158).

systematic form,<sup>68</sup> as already indicated above.<sup>69</sup> For any kind of systematic conduct requires, however small, a degree of organisation which, in turn, requires a policy and an entity powerful enough to implement it.<sup>70</sup> Thus, the “systematic” qualifier inevitably implies a policy element without, however, fully assimilating ‘policy’ and ‘systematic’. In fact, the case law stresses the difference between the two concepts arguing that the ‘systematic’ element is more demanding than ‘policy’;<sup>71</sup> at any rate, there is clearly a need to clarify the relationship between these two elements further.<sup>72</sup> On the other hand, the policy element may, arguably, also be inferred from the “widespread” qualifier (cf. already supra (b) *in fine*) given that multiple acts must emanate from or contribute to a State or organisational policy.<sup>73</sup>

These considerations make clear that the policy requirement and its *function* is key to fully capture the rationale of CaH. It speaks to the specific wrongfulness of CaH distinguishing them from both ordinary criminality and basic human rights violations.<sup>74</sup> Thus, the main function of the policy element is to single out random (“opportunistic”)<sup>75</sup> acts of violence or “isolated criminal conduct” from the scope of CaH<sup>76</sup> and to stress the

---

<sup>68</sup> Cf. in more detail Ambos, *Treatise ICL II* (2014), pp. 67-76; also Chaitidou, in Bergsmo and Song, *Convention* (2014), pp. 47, 66-7; on the equivalence also Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), pp. 232-3, 236.

<sup>69</sup> Supra note 51 with main text.

<sup>70</sup> ICC, *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 216 (“both refer to a certain level of planning of the attack ... evidence of planning, organisation or direction ... relevant to prove both the policy and the systematic nature of the attack...”). Cf. also *Katanga and Ngudjolo Chui*, 30 September 2008, Confirmation Decision, para. 396; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1111 (“systematic” presupposing policy); *Bemba*, 15 June 2009, Confirmation Decision, para. 81; conc. *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, para. 96 (organisation and “regular pattern” belong to the core of the notion of “systematic”).

<sup>71</sup> ICC, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, paras. 1111 ff. (not “synonymous” [1111], systematic nature of attack goes beyond existence of policy [1113]); also *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision, para. 216 (notwithstanding the similarity as indicated in the previous fn., concepts “should not be conflated” and “imply different thresholds”). In the same vein Robinson, in Bergsmo and Song, *Convention* (2014), pp. 103, 114 ff. (arguing that “policy’ does not necessarily require deliberate planning, direction or orchestration but only that some State or organisation must have at least encouraged the attack...”); also Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 714 (‘systematic’ requiring “a high degree of coordination and organization activity”, ‘policy’ “more moderate, satisfied by a more general link to a state or organization” which “may be demonstrated by the improbability that the crimes are coincidental unprompted acts”), 721 (policy “less demanding”); critically of the almost equivalency of “systematic” and “policy” in the early ICC case law Halling (2010), 836 *LJIL* 23, 836-7; Sadat (2013) 334 *AJIL* 107, 334; Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 713-714.

<sup>72</sup> For a good discussion see Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 714; Marchuk (2017) 55 *BostonUniv.IJLJ* 35, 55 ff.

<sup>73</sup> Cf. ICC, *Blé Goudé*, 11 December 2014, Confirmation Decision, para. 128 (“course of conduct against the civilian population was carried out pursuant to a State or organisational policy”); *Bemba*, 21 March 2016, TJ, para. 151; *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, paras. 663-4; cf. also Chaitidou, in Bergsmo and Song, *Convention* (2014), pp. 47, 65; considering that “widespread” entails a higher threshold Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 233.

<sup>74</sup> See most convincingly ICC, *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, Dissenting Opinion Judge Kaul, para. 56 ff. (63: “decisive, characteristic and indispensable feature of CaH .... fundamental rationale ...”). In more detail cf. Ambos, *Treatise ICL II* (2014), pp. 55-56 with further references.

<sup>75</sup> Cf. e.g. ICC, *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, para. 117.

<sup>76</sup> It goes back to the ILC’s Draft Code 1996, Art. 18 with commentary (here quoted from para. 5.). Cf. also Robinson, in Bergsmo and Song, *Convention* (2014), pp. 119-120 (screening out “unconnected ordinary crime”); Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 705; also Gil Gil, in Gil Gil and Maculan, *DPI* (2019),

planned, directed, organized and pattern-like nature of the attack.<sup>77</sup> Yet, a widespread attack alone, in the sheer quantitative sense of the term, does not necessarily entail a policy (although it *could* be as just argued above); otherwise, even ordinary crimes, if only “widespread” enough, would amount to CaH.<sup>78</sup> Therefore, a – *quantitatively* – widespread attack only amounts to CaH, if at the same time it is – *qualitatively* – based on (“pursuant to or in furtherance of” [Art. 7(2)(a) ICC Statute]) a certain policy of a collective, centralized entity.<sup>79</sup> Indeed, the policy requirement entails, as explicitly set out by the ICC Elements of Crimes, that the State (or organization) “actively promote[s] or encourage[s]” the attack.<sup>80</sup> Thus, while Art. 7 (2)(a) ICC Statute does not require that an attack be both widespread *and* systematic (for that would turn the disjunctive formulation of para. 1 in a cumulative one), it entails that any attack, regardless of being widespread or systematic, be “pursuant to or in furtherance of a State or organisational policy” (Art. 7(2)(a) ICC Statute) or, in the words of Law 20.352, “responda a una política del Estado ...”. As a consequence, there must be a nexus between the attack and the policy.<sup>81</sup>

Note that the international authorities always refer to a policy of a *collective entity* excluding a loose association of individuals without a hierarchical structure and *centralized authority*. While this may be less clear in case of non-state actors (“organizational policy”, Art. 7(2)(a) ICC Statute),<sup>82</sup> in case of a State, as in our context, such a policy must surely be designed at or come from the central level of government,<sup>83</sup> not just from subordinate State (security) agencies or even mere “agents” (“agentes”, Art. 1(2) Law 20.352).<sup>84</sup> Otherwise, the distinguishing function of the policy element – to distinguish CaH from ordinary crimes/basic human rights violations, as explained above –

---

p. 427 (“concepto más estricto” of CaH); Jurovics, in Fernandez and Pacreau, *Commentaire* (2012), p. 459; Meseke, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (2004), p. 135.

<sup>77</sup> ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, 30 September 2008, Confirmation Decision, para. 396; *Bemba*, 15 June 2009, Confirmation Decision, para. 81; *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, paras. 84 ff.; for a nuanced view with regard to a “regular pattern” however ICC, *Katanga*, 7 March 2014, T.J., paras. 1112-1113 (distinguishing “policy” from “systematic attack” which requires a pattern).

<sup>78</sup> Cf. Ambos, *Treatise ICL II* (2014), p. 69, with further references.

<sup>79</sup> Cf. also Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 707 ff. („logical corollary“ of non-random attack, “associative dimension” [710], “both scale and associativity” [711, emphasis in the original]); Werle and Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 1002.

<sup>80</sup> ICC, *Elements of Crimes* (2013), p. 3, para. 3.

<sup>81</sup> Cf. ICC, *Katanga*, 7 March 2014, T.J., para. 1115 (attack “carried out pursuant to or in furtherance of the policy”), 1116 (“nexus” between “course of conduct” and “policy”).

<sup>82</sup> Cf. insofar on the debate in the context of the Kenya litigation before the ICC Ambos, *Treatise ICL II* (2014), pp. 73 ff.; Schabas, *Commentary* (2016), p. 159, 161 ff.; Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 238; Werle and Jessberger, *Völkerstrafrecht* (2020), mn. 995 ff. One leading authority even argues that Art. 7(2)(a) “does not refer to non-state actors...” (Bassiouni, *History I* (2005), p. 151-152), but this position is not supported by the current law and practice (I note in passing that Bassiouni was the chairman of the Rome Conference Drafting Committee).

<sup>83</sup> See also ILC Draft Code 1996, Art. 18 (“directed by a government”).

<sup>84</sup> The reference to ICTY, *Blaskic*, 3 March 2000, T.J., para. 205 to the effect that the policy “*need not implicate the highest levels of a state or organization*” (see e.g. Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 709 with fn. 14, emphasis in the original) is misleading as concerns the former entity (“state”). For the Blaskic TC discusses the “State machinery” in this context (para. 205) as opposed to a (non-State) organisation as becomes clear from the references to the ILC discussion (“criminal gangs”) and the French *Barbie* case (“... forces and organizations greater ... than those of certain countries...”). It is also worthwhile to recall in this context, as already mentioned (supra note 64 with main text) that the Statutes of the Ad Hoc Tribunals do not even provide for a policy element.

would be undermined, CaH would come very close to (widespread) human rights violations by distinct State security forces. Thus, the respective part of Art. 1(2) Law 20.352 must be interpreted restrictively in line with the *telos* of CaH, demanding, under any circumstances, a State policy (which then of course may be implemented by State agents). Apart from that it is important to note that the attack as a whole, not the individual underlying act, has to take place pursuant to a policy<sup>85</sup> (as already explained above, 2.1., the underlying act must be part of the attack – nexus requirement – but not necessarily have its – widespread/systematic – characteristics).

As to the *form of the policy*, there is no great controversy. It has been repeatedly stated by the *ad hoc* tribunals that “[t]here is no requirement that this policy must be adopted formally as the policy of a state”<sup>86</sup> (or of an organisation which can equally be the “policymaker” as explicitly recognized by Art. 7 (2)(a) ICC Statute but not relevant in our context);<sup>87</sup> nor must the policy or plan “necessarily be declared expressly or even stated clearly and precisely”.<sup>88</sup> It may develop as part of an ongoing process as actions are undertaken.<sup>89</sup> Thus, in sum, an *implicit or de facto policy* is sufficient.

While the policy must surely be one to commit CaH<sup>90</sup> and the entity behind it must promote or encourage the respective attack,<sup>91</sup> this does not answer the question of *how this policy manifests itself*, how it is expressed. Is active conduct necessary or does a mere omission (acquiescence, tolerance) suffice? While an active policy seems to be implicit in the systematic qualifier – how can something be planned or organised without the respective active policy of the entity behind it? – it is less clear how a policy can exist with regard to a multiplicity of criminal acts (i.e. a widespread attack) which are not organised or planned (i.e. systematic). This seems only conceivable if the policy can also consist of an omission on the part of the entity, for example of the *deliberate failure to take protective action*,<sup>92</sup> thereby tolerating the respective (unsystematic) crimes.<sup>93</sup> Such a policy by omission is, however, an exceptional scenario and “cannot

---

<sup>85</sup> Rightly emphasized by ICC, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1115: “... not ... demonstrating that each of the acts listed in article 7(1) of the Statute took place pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy ...”, but “the operation or course of conduct [i.e. the attack, K.A.] ...”.

<sup>86</sup> Cf. already ICTY, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 653; ICTR, *Akayesu*, 2 September 1998, TJ, para. 580; more recently ICTY, *Mladić*, 22 September 2017, TJ, para. 3025; *Karadžić*, 24 March 2016, TJ, para. 477; ICC, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1108. Cf. also Robinson, in Bergsmo and Song, *Convention* (2014), pp. 122 ff.

<sup>87</sup> Cf. Hall/Ambos, in Triffterer and Ambos, *Commentary* (2016), Art. 7 mn. 111.

<sup>88</sup> ICTY, *Blaškić*, 3 March 2000, TJ, para. 205; cf. also ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, 30 September 2008, Confirmation Decision, para. 396; *Bemba*, 15 June 2009, Confirmation Decision, para. 81; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, paras. 1108 ff. (no “formal design”, “since explicitly advanced motivations are ultimately of little importance.”); *Bemba*, 21 March 2016, TJ, para. 160 (policy “not be formalised”); *Ntaganda*, 14 June 2014, Arrest Warrant Decision, para. 24.

<sup>89</sup> Cf. ICC, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1110 (policy may only become visible “in the course of its implementation”, as “part of an ongoing process”, that is, retrospectively); *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 674 (“crystallise and develop ... as actions are undertaken”).

<sup>90</sup> Cf. already, ICTY, *Tadić*, 7 May 1997, TJ, para. 653.

<sup>91</sup> Cf. already supra note 80 with main text.

<sup>92</sup> ICC, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1108.

<sup>93</sup> For examples thereof, cf. Ambos, *Treatise ICL II* (2014), p. 70; in the same vein, Robinson, in Bergsmo and Song, *Convention* (2014), pp. 130 ff.; also Rodenhäuser (2014), 913 *LJIL* 27, 925-6.

be inferred solely from the absence of governmental or organisational action.”<sup>94</sup> While this seems to limit the policy to active conduct,<sup>95</sup> it is unclear how to distinguish, objectively, between a simple omission (failure to act) and absence of action; a subjective distinction, focusing on mere negligence in the former case and on tolerance consciously directed to facilitate the commission of crimes in the latter case,<sup>96</sup> while theoretically possible, entails the usually evidentiary problems with regard to the proof of a mental state.

Against this background it appears as if the manifestation of the policy depends on the nature of the attack as systematic or widespread. In the former case, the policy would provide at least certain guidance regarding the prospective victims in order to coordinate the activities of the single perpetrators. A systematic attack, thus, requires active conduct from the side of the entity behind the policy without necessarily amounting to extensive or repeated activity. Rather, what counts is whether the conduct suffices to trigger and direct the attack, for example by promises of impunity for attacking certain persons. A widespread attack which is not at the same time systematic is one that lacks any guidance or organisation. The policy behind such an attack may be one of mere deliberate inaction, tolerance, or acquiescence.

**(b) In particular: proof of a policy (the evidentiary conundrum)**

Clearly, the less explicit a policy is, the more difficult is it to prove. Note that this is highly relevant in our context, as we will see below (IV.), when applying the law to the facts. Usually there is no “smoking gun” by way of an explicit plan or preestablished design,<sup>97</sup> but the existence of a policy is to be *inferred* from a series of factors, e.g., as indicated by the Ntaganda TC, the planned nature of the attack, the existence of a recurrent pattern of violence, the mobilisation of (state) forces, statements or other documents attributable to the entity.<sup>98</sup> Previously, the Katanga TC referred to “repeated actions occurring according to a same sequence, or the existence of preparations or collective mobilization orchestrated and coordinated by that State or organization.”<sup>99</sup> In concrete terms, the Chamber highlighted the involvement of local authorities and commanders as well as the organized nature of one specific attack at a village’s civilian population.<sup>100</sup> The Kenya PTC stressed the organized and coordinated nature of the attacks linking concrete acts of (police) violence to politicians and other men in the background.<sup>101</sup> It is also worthwhile noting in this context that the OTP has terminated a preliminary examination regarding events in Honduras between July 2009 and April

---

<sup>94</sup> Cf. ICC, *Elements of Crimes* (2013), p. 3, para. 3 with fn. 6; also ICC, *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 673. Note that the Ntaganda TC affirmed a policy of “active” promotion of the UPC/FPLC pursuant to a “preconceived strategy” specifically targeting the Lendu population (para. 689).

<sup>95</sup> Fouchard, in Bellivier et al., *Crimes* (2018), p. 139.

<sup>96</sup> Cf. Gil Gil, in Gil Gil and Maculan, *DPI* (2019), p. 428.

<sup>97</sup> ICC, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1109.

<sup>98</sup> Cf. recently *Ntaganda*, 8 July 2019, TJ, para. 674 with more factors and various references; previously ICTY, *Blaskic*, 3 March 2000, TJ, para. 204 (listing a series of indicators).

<sup>99</sup> ICC, *Katanga*, 7 March 2014, TJ, para. 1109.

<sup>100</sup> *Ibid.*, paras. 1142 ff., 1167 (systematic attack on Bogoro pursuant to a policy).

<sup>101</sup> ICC, *Situation in Kenya*, 31 March 2010, Authorisation Decision, paras. 117 ff.

2014 (after the *coup d'état* of 28 June 2009) for lack of sufficient proof of the respective policy.<sup>102</sup>

Such abstract considerations have, of course, limits. Ultimately, all depends on the *concrete circumstances* of the respective situation or case. At the ICC, the prosecution of Laurent Gbagbo, former president of Ivory Coast, for alleged CaH committed under his watch, is a good example of the difficulty to find convincing proof of the context element, especially its policy requirement.<sup>103</sup> Gbagbo has been acquitted with a two to one majority (Judges Tarfusser and Henderson, Judge Herrera Carbuca dissenting) by TC I on 15 January 2019,<sup>104</sup> the gist of the issue being the proof of an attack against the civilian population by pro-Gbagbo forces. At the time of the confirmation proceedings, Judges Kaul and van den Wyngaert (Judge Fernández de Gurmendi dissenting) raised the question whether the evidence presented with regard to the policy requirement (largely focusing on the aggregation of individual incidents arguably amounting to an attack) was sufficient to meet the “substantial-grounds-to-believe” threshold of Art. 61(5) ICC Statute. The Chamber’s majority, in substance following the previous Mbarushimana (majority) non-confirmation decision,<sup>105</sup> was not convinced. Thus, the confirmation hearing was adjourned, and the Prosecutor asked to present more evidence.<sup>106</sup> Let us take a closer look at the main legal-evidentiary points of the PTC’s majority.

The decision starts out with a *distinction* between the proof of the suspect’s personal responsibility and the proof of the context element of CaH arguing that the former “need

---

<sup>102</sup> Cf. ICC-OTP, *Honduras* (2015), para. 102 ff. (103: “... while it appears that the *de facto* regime developed a plan to take over power and assert control over the country, the design of this plan and implementation of measures pursuant to this plan did not entail or amount to a policy to commit an attack against the civilian population ...”).

<sup>103</sup> See also Schabas, *Commentary* (2016), p. 159-60 (arguing that some PTCs “have been quite demanding of evidence of a policy.”).

<sup>104</sup> Cf. <<https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>>. The judgment also concerns Charles Blé Goudé since the cases were joined at the trial phase on 11 March 2015. However, the final version of the judgment has not been published so far: It was once put on the website but then removed because of confidentiality issues; since then it has not been put up again.

<sup>105</sup> ICC, *Mbarushimana*, 16 December 2011, Confirmation Decision, para. 242 ff., especially 263-267 (deciding by majority [Judges Steiner and Tarfusser, Judge Mmasenono Monageng dissenting] that CaH for lack of the policy element, pursuant to the evidentiary standard of Art. 61(5) ICC Statute, have not been established. This decision has been upheld, as well as the Gbagbo Adjournalment Decision (infra note 118), by the AC (*Mbarushimana*, 20 May 2012, Appeal Adjournalment Decision). The Gbagbo Adjournalment Decision refers in its relevant part (para. 24 ff. with fn. 38 ff.) several times concurringly to both the Mbarushimana PTC Confirmation and the AC decision. For a detailed critique of the Mbarushimana Confirmation decision however Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 724 ff. (arguing that the majority’s approach was “inappropriately stringent”, “incongruous with its own factual findings” and “inexplicably rigorous ... assessing each piece of evidence of policy in isolation without considering the totality.” [725])

<sup>106</sup> ICC, *Gbagbo*, 3 June 2013, Adjournalment Decision, after para. 47 (Judge Fernández de Gurmendi dissenting). The Chamber asked the Prosecutor specifically to provide further evidence on six issues (ibid., para. 44), namely on, *inter alia*, the “position(s), movements and activities” of the relevant armed groups, the “organizational structure of the ‘pro-Gbagbo forces’” (especially “how the ‘inner circle’ coordinated, funded and supplied the means for the activities of the different sub-groups...”), “[H]ow, when and by whom the alleged policy/plan to attack ... was adopted, including specific information about meetings...” and very specific and precise information on the alleged (sub-)incidents (e.g. as to perpetrators and their link to an alleged policy and number of victims, the concrete acts committed etc).

to be proven in greater detail than the latter.”<sup>107</sup> At any rate, while information “relevant as proof of the contextual elements” may be “less specific”, it still needs to be “sufficiently probative and specific so as to support the existence of an ‘attack’ against a civilian population.”<sup>108</sup> Thus, this information must for example include details as to the “identity of the perpetrators, or at least information as to the group they belonged to”, as well as to the identity of the victims or at least their political or other allegiance.<sup>109</sup> Also, the Prosecutor must prove “a sufficient number of incidents relevant to the establishment” of the context element.<sup>110</sup> As to the *kind of evidence*,<sup>111</sup> the PTC considers it “preferable” to have “as much forensic and other material evidence as possible”, “duly authenticated” and with “clear and unbroken chains of custody”;<sup>112</sup> if testimonial evidence is offered it should be “first-hand”, while hearsay evidence clearly has “less probative value”, with anonymous hearsay being especially problematic.<sup>113</sup> In this context, the majority expresses “serious concern” that the Prosecutor “relied heavily on NGO reports and press articles” since this kind of evidence is neither the product of a “full and proper investigation” nor does it “usually constitute a valid substitute for the type of evidence” mentioned above.<sup>114</sup> Thus, ultimately, the majority “is not prepared to accept allegations proven solely through anonymous hearsay in documentary evidence...”.<sup>115</sup> As to inferences (drawn from conduct of Gbagbo, his inner circle and forces) the majority emphasises that they need to be “sufficiently supported by the evidence”.<sup>116</sup>

While the charges against Gbagbo have been confirmed in a second attempt one year later (again by a majority decision),<sup>117</sup> the AC upheld the evidentiary considerations of the PTC’s adjournment decision<sup>118</sup> and the TC, as already said above, acquitted Gbagbo for lack of evidence (again by majority).<sup>119</sup> This seems to suggest that the flaws of the Prosecutor’s case highlighted by the adjournment majority with a view to, *inter alia*, the policy element of CaH, did not seem to have been cured at trial, at least in the eyes of the TC-majority. To be sure, both the PTC’s adjournment decision (confirmed by the AC) and the TJ’s acquittal (still under appeal) have received some serious

---

<sup>107</sup> ICC, *Gbagbo*, 3 June 2013, Adjournment Decision, para. 22.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*, para. 23.

<sup>111</sup> *Ibid.*, paras. 24 ff.

<sup>112</sup> *Ibid.*, para. 27.

<sup>113</sup> *Ibid.*, paras. 27-8; for a more flexible approach Robinson, *EJIL: Talk*, November 2019, Part 2; on (anonymous) hearsay in international criminal procedure also Ambos, *Treatise ICL III* (2016), pp. 474 ff.

<sup>114</sup> ICC, *Gbagbo*, 3 June 2013, Adjournment Decision, para. 35; also para. 36 (“unable to attribute much probative value to these materials”). For a contrary view Robinson, *EJIL: Talk*, November 2019, Part 1 (“... UN and NGO reports can provide reliable information...”).

<sup>115</sup> *Ibid.*, para. 37; for a contrary, much more flexible approach Dissenting Opinion, Judge Fernández de Gurmendi, paras. 23 ff. (criticizing, at para. 48, the “legal and methodological mistake” of the majority “to seek to assess the policy requirement in relation to separate acts, or ‘incidents’, instead of considering it with respect to the attack as a whole” and, further, the majority’s “piecemeal approach to facts and evidence” which “is simply not helpful to assess systemic forms of criminality”).

<sup>116</sup> ICC, *Gbagbo*, 3 June 2013, Adjournment Decision, para. 36.

<sup>117</sup> ICC, *Gbagbo*, 12 June 2014, Confirmation Decision (Judge van den Wyngaert dissenting).

<sup>118</sup> ICC, *Gbagbo*, 16 December 2013, Appeal Adjournment Decision, paras. 36 ff., 67.

<sup>119</sup> Cf. <<https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>>. The written judgment was put on the website but removed again since it contained, apparently, some confidential information. At the time of writing the new redacted version of the judgment has not been put up again.

criticism as to the majority's take on evidence.<sup>120</sup> At any rate, however, the whole controversy, with split Chambers and ongoing academic debate, shows that the evidentiary approach to the policy element of CaH is by no means settled and it is indeed an understatement if one of the basic contenders calls the policy element "a quite basic threshold that is fairly easy to satisfy."<sup>121</sup>

## 2.5. Mental element (*elemento subjetivo*)

Article 7 (1) ICC Statute explicitly requires that the perpetrator commits the acts with *knowledge* of the broader widespread or systematic *attack* on the civilian population. Law 20.352 is silent in that regard. The knowledge requirement is further defined in the ICC Elements of Crimes,<sup>122</sup> requiring that "[t]he perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack against a civilian population." This requirement is consistent with the jurisprudence of the ICTY and ICTR, which has concluded that the perpetrator must know that there is an attack on a civilian population and that she knows that her acts are part of that attack.<sup>123</sup>

The knowledge requirement constitutes an *additional mental element* to be distinguished from the general mental element of Article 30 ICC Statute<sup>124</sup> (or, for that matter, the general *dolus* according to Art. 2 Chilean Penal Code [*PC*]<sup>125</sup>). In structural terms, the knowledge requirement provides the necessary connection between the perpetrator's individual acts and the overall attack by means of the perpetrator's mindset, and ensures that single, isolated acts, which only happen to have been carried out contemporaneously with an overall attack (so-called "opportunistic" acts), do not qualify as CaH.<sup>126</sup>

---

<sup>120</sup> For a detailed critique of PTC (majority) adjournment decision see Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 716 ff. (arguing that inferring the policy "from the improbability of the competing hypothesis of coincidence" would have been sufficient to affirm a CaH-policy of pro-Gbagbo forces [723] and calling for a "correction" of this jurisprudence [731]) and Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 237 (arguing that a "policy may be inferred from the manner in which events occur" or "from the sheer improbability of the rival hypothesis ..."). In essence, Robinson's view corresponds to the dissenting opinions of Judges Mmasenono Monageng and Fernández de Gurmendi in the Mbarushimana Confirmation and Gbagbo Adjournment decisions. Robinson and al. also tried to convince the ICC AC – unsuccessfully – to overturn the PTC adjournment decision (cf. Robinson et al., *Amicus Curiae* (2013)). For his recent critique on the TJ's acquittal see Robinson, *EJIL: Talk*, November 2019 (three parts) criticising a "Cartesian" ("hypersceptical") approach to evidence. Robinson seems to have got hold of the once published version of the judgment (supra note 104).

<sup>121</sup> Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 706. While the policy element is, as already said above (note 71), less demanding than the systematic qualifier it is not completely undemanding, i.e. "fairly easy to satisfy." Equally, demanding solid (primary and reliable) evidence to prove the policy element does not create "new formidable hurdles" or means "imposing idealized conceptions of the policy element" (ibid., p. 730).

<sup>122</sup> ICC, *Elements of Crimes* (2013), p. 4, Art. 7(1)(a), para. 3.

<sup>123</sup> ICTY, *Tadić*, 15 July 1999, AJ, note 73, para. 248; *Kunarac*, 12 June 2002, AJ, paras. 99, 102; more recently *Karadžić*, 24 March 2016, TJ, para. 479; *Mladić*, 22 November 2017, TJ, para. 3029; ICTR, *Musema*, 27 January 2000, TJ, para. 206; more recently *Munyakazi*, 5 July 2010, TJ, para. 504; ICC, *Katanga and Ngudjolo Chui*, 30 September 2008, Confirmation Decision, paras. 401-2; *Al Bashir*, 12 July 2010, Second Arrest Warrant Decision, para. 87; *Katanga*, 7 March 2014, TJ, paras. 782, 971, 983.

<sup>124</sup> Cf. Ambos, *Treatise ICL II* (2014), p. 77, with further references.

<sup>125</sup> The PC does not define the *dolus* but it is understood in line with mainstream doctrine containing a cognitive and volitional element, cf. Politoff et al., *DP Chileno* (2004) p. 255.

<sup>126</sup> Cf. also Robinson, in Cryer et al., *Introduction* (2019), p. 241.

While the perpetrators must be aware that their acts form part of the collective attack, this does not mean that they must have knowledge of the entire attack in all of its detail.<sup>127</sup> The *specific contents* of the required knowledge and its *object of reference* are disputed<sup>128</sup> but a further discussion can be dispensed of here since there is no information (cf. III.) as to the state of mind of the alleged perpetrators of the underlying acts of CaH. At any rate, the necessary knowledge can be proven by circumstantial evidence.<sup>129</sup>

### III. Available Facts

#### 1. Facts presented in the *Acusación Constitucional*

According to our mandate (supra I.) the relevant facts should be taken from the *AcusCon*. These facts (“hechos fundantes”) are presented in the second and third part of the *AcusCon* (pp. 5 ff., 8 ff.),<sup>130</sup> although somewhat mixed up with legal and normative considerations. As these do not belong to the factual basis proper of the situation under examination, they will be dealt with in our (legal) assessment (IV.1.).

As to the actual facts, the document starts with 13 paragraphs (numbers) (pp. 6-8) mainly referring to the protest, its causes and the (counter-)measures of the government, only pointing in para. 12 (p. 8) to data of the *Instituto Nacional de Derechos Humanos* (‘INDH’) according to which by 27 October the situation was as follows: “there is” (“hay”) a number of 547 persons injured by the use of firearms, 122 gravely injured (“en sus globos oculares”) and 103 complaints (“querellas”) have been presented referring to torture, mistreatment and sexual violence by military and police forces, 5 (five) killings by state agents and 3,193 people arrested. It is not clear whether all these figures are confirmed since the information itself changes from the presentation of – apparently – objective facts at the beginning (regarding the injured and mistreated persons) to a mere presentation of complaints followed by the statement as to killed and detained persons. The *AcusCon* again refers to this data (the 103 complaints re torture etc) at p. 17 (Second Part, Ch. II) and then to several cases documented by the INDH (pp. 21-23) indicating a higher (sic!) number of persons injured (1,092 of which 546 by firearms of which 122 have been hit in the eyeball) on the basis of the visit of 50 hospitals between 17 and 27 October 2019 (p. 21); it repeats the number of arrested persons (3,193) on the basis of 104 visits in police stations.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> Cf. ICC, *Elements of Crimes* (2013), p. 3, para. 2 (no “knowledge of all characteristics of the attack”); also Ambos, *Treatise ICL II* (2014), p. 78 with further references.

<sup>128</sup> Cf. Ambos and Wirth (2002), 1 *CLF* 13, 37 ff.; for more details Hall/Ambos, in Triffterer and Ambos, *Commentary* (2016), Art. 7 mn. 26.

<sup>129</sup> ICC, *Bemba*, 15 June 2009, Confirmation Decision, para. 126; *Bemba*, 21 March 2016, TJ, paras. 166-9; *Katanga and Ngudjolo Chui*, 30 September 2008, Confirmation Decision, para. 402.

<sup>130</sup> The document does not indicate pages but I will quote them from the pdf file and/or refer to the respective part or respective footnotes.

<sup>131</sup> The INDH further points out (as quoted on p. 22): “Hemos podido registrar relatos simulacros de ejecución, desnudamientos, amenazas de violación 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.”

The document quotes a statement by the National Association of Judges (*Asociación Nacional de Magistrados*) where the Association expresses concerns regarding the excessive use of force by security (military) forces which, if proved to be certain (“acciones de ser ciertas”), goes beyond the permissible under the state of emergency and which is “especially worrying” (“especialmente preocupante”) given multiple complaints of excessive action with regard to cruel, inhuman and degrading treatment especially with regard to children and youth (p. 23). The AcusCon also cites a report of the “Departamento de Derechos Humanos del Colegio Médico de Chile” according to which at least 6% of the injured belong to minors and 68% of the injuries are caused by projectiles (p. 23). The document further quotes a declaration of the “Juventudes Comunistas” complaining about illegal and arbitrary arrests and political persecution (p. 24) and a series of journalistic accounts of rights violations (pp. 25-6).

## 2. Facts presented in further sources (until 15 November 2019)

Given the importance of the factual basis for the following conclusions some additional research, although not required by our mandate, has been carried out in order to contrast the facts presented in the AcusCon with other sources. Clearly, the most important source is the INDH since it works directly on the ground and thus presents first-hand (primary) information. It updates its numbers regularly via twitter.<sup>132</sup>

A radio report,<sup>133</sup> citing (earlier) data by the INDH, gives slightly lower numbers than the AcusCon. This is, of course, unsurprising given that the number of casualties/incidents increases with time. The report mentions abuse of police force during and prior to detentions in the form of forced stripping, physical and verbal abuse (“maltrato físico y verbal”),<sup>134</sup> beatings (“golpes”) and police keeping detainees in overcrowded vans with poor ventilations for long hours. The vast majority of people are allegedly detained for simple disorders, so they usually leave the Police Station on the same day. Of the registered people admitted to hospitals several were injured due to firearms (“heridas por armas de fuego”), injured (“lesionadas”) and many of them with eye injuries due to the impact of pellets (“heridas oculares a casua de impacto de balines”). With the time these numbers keep, as to be expected, rising.<sup>135</sup>

INDH numbers of 10 November<sup>136</sup> indicate the following: 5,629 detentions (of which 861 are women, 3,981 men and 634 minors), 2,009 injured people hospitalized (643

---

<sup>132</sup> <<https://twitter.com/inddhh>>.

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

<sup>134</sup> The report cites examples given by the INDH, inter alia, as follows: “Dos de las querellas son por hechos de violencia sexual contra mujeres en Comisarías. Una de ellas relata haber sido puesta boca al suelo sobre la basura y con el arma de servicio, haber sido amenazada con dispararle si se movía, para luego tocar su cuerpo con el fusil y amenazarla con penetrarla con el arma. Otra señala haber sido desnudada completamente por parte de efectivos policiales, obligada a hacer sentadillas, insultada y amenazada con violencia sexual”.

<sup>135</sup> Cf. specific numbers released by the INDH on 4 November 2019 <<https://twitter.com/inddhh/status/1191410625739661315/photo/1>> accessed 17 November 2019.

<sup>136</sup> <<https://twitter.com/inddhh/status/1193613314217185281>>. Cf. also CNN Chile, 23.10.2019/ 22:49: INDH files complaints against police and military for sexual violence <[https://www.cnnchile.com/pais/indh-detenidos-heridos-querellas-violencia-sexual\\_20191023/](https://www.cnnchile.com/pais/indh-detenidos-heridos-querellas-violencia-sexual_20191023/)>.

were bit by rubber pellets [“perdigónes”<sup>137</sup>], 42 by bullets [“bala”], 41 by pellets [“balines”] and 345 by unidentified firearms, 938 by other beatings, gases and other [“golpes, gases y otros”]; 182 of these resulted in eye injuries) and 283 judicial cases (“acciones judiciales”: 5 homicides, 6 attempted killings [“homicidio frustrado”], 52 complaints of sexual violence, 192 of torture and cruel treatment [“torturas y tratos crueles], 12 complaints of injuries [“querellas lesiones”], three further remedies [“recursos de queja”] and 13 cases of constitutional remedies [“amparos”]). According to the most recent numbers of 15 November 2019, detentions went up to 6,362 and the number of injured to 2,381.<sup>138</sup>

Another important domestic source are reports of the *Defensoría Jurídica* of the University of Chile which monitors the situation on the ground and has so far produced 15 reports. The latest one of 14 November 2019, 2 p.m.,<sup>139</sup> reports of 1,518 complaints in total received until that (exact) date, referring mainly to different kinds of injuries (mainly caused by non-ballistic projectiles [“proyectiles no balísticos”]) but also to arbitrary detentions (69 cases) and rights violations of especially vulnerable groups (e.g. 95 cases of children and teenager<sup>140</sup>); for the period between 13 November 2 p.m. and 14 November 2 p.m. it reports of 125 complaints, which refer to 93 cases of injuries caused by shootings with “perdigónes” and 14 cases caused by tear bombs (“bombas lacrimógena”).

Apart from that there are other, less reliable, secondary sources. On 8 November, an *independent group of human rights specialists*,<sup>141</sup> appointed by the UN Human Rights Council, made a declaration condemning the excessive use of force by security forces, pointing to at least 20 people killed and about 1,600 injured, including police officers.<sup>142</sup> Further, the use of excessive force prior to detention (thousands, including minors), abuses of children and ill-treatment possibly amounting to torture is reported.<sup>143</sup> Again, reference is made to information on sexual violence against women, men and adolescents, including practices such as forced stripping (“desnudamientos forzados”), touching and rape (“tocamientos y violaciones”) during detention.<sup>144</sup>

---

<sup>137</sup> The “perdigón de goma” is defined in the respective police instructions (Instrucciones, infra note 172, p. 28) as follows: “Cartucho calibre 12 mm. el cual mantiene como proyectil 12 postas de goma endurecida, de material de caucho, el cual es de carácter no letal.”

<sup>138</sup> Ibid and <<https://www.theclinic.cl/2019/11/15/balance-del-indh-a-cuatro-semanas-del-estallido-social-2-381-heridos-y-6-362-detenidos/>> accessed 17 November 2019.

<sup>139</sup> Universidad de Chile - Defensoría Jurídica, *Informe de Monitoreo N° 15*, 14.11.2019.

<sup>140</sup> With regard to children and teenager see also Defensoría de la Niñez, *Informe* (2019) (reporting of rights violations between 18 and 26 October 2019).

<sup>141</sup> 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 de 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>>.

<sup>142</sup> Ibid.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Ibid.

According to a *New York Times* report of 10 November,<sup>145</sup> quoting (alleged) victims and participants of the protests, police officers have been purposely aiming at faces and especially eyes of civilians, so the non-lethal pellets would create the most damage. These victim statements, allegedly attacked without reason by the police, are contrasted with President Piñera's (unfortunate) statement: "We are at war against a powerful and relentless enemy who does not respect anyone or anything" ("Estamos en Guerra contra un enemigo poderoso, implacable, que no respecta a nada y nadie").<sup>146</sup>

Last but not least, on 11 November Amnesty International ('AI') released a statement, based on an two weeks *in situ* visit,<sup>147</sup> pointing to continuing widespread human rights violations ("violaciones de derecho humanos de forma generalizada") and the President's (alleged) failure to take (effective) decisions to stop the crisis ("decisiones efectivas para hacer frente a la crisis").<sup>148</sup> We will return to AI's position below.

Comparing the facts presented in the AcusCon with these other sources one can fairly conclude that the information coincides, bearing in mind that the quantitative data mentioned in the AcusCon has been overtaken by the subsequent developments. At any rate, given the sharp increase in numbers within a relatively short period of time,<sup>149</sup> it appears as if the government has not been able to bring the situation under control, especially as regards to the abuses of the police force Carabineros.

## IV. Legal Assessment of the Available Facts (*Subsunción*)

### 1. CaH (context element) with regard to the facts presented in the *Acusación Constitucional*?

In view of our mandate the key question is whether the facts presented in the AcusCon allow the conclusion that CaH have been committed during the period covered by the AcusCon (i.e. 17 to 28 October 2019). The answer to *this* question is clearly in the negative. This follows, on the one hand, from the AcusCon itself since it does not contain any relevant and plausible information from which the existence of the context element of CaH, especially the policy requirement, could be inferred. As set out above (III.1.), the AcusCon contains data which demonstrates a series of (police) abuses

---

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

<sup>146</sup> Min. 4:52 <<https://www.nytimes.com/video/world/americas/10000006795557/chile-protesters-shot-eye.html>>.

<sup>147</sup> "El equipo de crisis y respuesta táctica para las Américas de Amnistía Internacional lleva dos semanas en terreno, y junto con Amnistía Internacional Chile está realizando 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 militares y carabineros, los cuales están siendo 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/>>.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> Within two weeks from 27 October to 10 November from 1,092 to 2,009 injured, of which 122 to 197 gravely injured; from 3,193 to 5,629 detentions and from 103 to 192 complaints of torture, mistreatment and sexual violence etc.

which, taken as a whole, allows the conclusion that generalised or widespread *human rights violations* – to be distinguished from CaH – have been committed.

However, the own assessment of the AcusCon goes much further than this. The document speaks of “systematic violence against the population” (“violencia sistemática contra la población” [p. 17, subtitle a.]) and a “systematic praxis” (“práctica sistemática”) of the security forces to use non-lethal munition in a way that provoked the greatest possible harm, especially “trying to cause harm in the eyes” (“buscando producirles daños oculares”), punishable as “mutilaciones” according to Art. 396 of the Chilean Penal Code (pp. 23-4). In the context of the alleged “systematic violence” CaH (“crímenes de lesa humanidad”) are mentioned for the first time (p. 18); further, it is stated that a widespread or systematic attack as defined in Art. 2 of Law 20.357 “resuena en nuestra lectura del momento que hace unos días vivió Chile.” (ibid., after fn. 21 main text). Last but not least, albeit *stricto sensu* outside of our mandate, but worth to be mentioned given the legal implications, the AcusCon imputes to the (former) Minister Chadwick the “systematic violence” (“violencia sistemática” [p. 26]) of the police forces by way of omission, invoking, *inter alia*, Art. 28 ICC Statute regulating the concept of “command responsibility” (pp. 26-29).

Unfortunately, none of these legal-normative claims are backed up by any kind of legal analysis whatsoever. The AcusCon neither discusses the widespread and systematic qualifiers nor the – above explained (II.2.) – requirements of CaH (nor the highly complex and controversial concept of command responsibility). The document only repeats the wording of Art. 1 and 2 of Law 20.357 (without contrasting it with the ILC standard, especially regarding the systematic qualifier, thereto II. 1 and 2.2.), refers to a CaH definition by the UN High Commissioner for Refugees (pp. 18-9) (although this is a UN agency specialised in refugee issues without any specific ICL expertise) and lists several human rights instruments (International Covenant for Civil and Political Rights, UN Torture Convention, Convention against Enforced Disappearance, pp. 19-21) which it does not in any way analyse and which do, anyway, not at all contribute to the clarification of the relevant legal issues. This deficit in legal analysis is especially striking with regard to the claim of “systematic” violence: While the targeting of protesters by shooting right in their eyes with pellets may well amount, in principle, to a systematic attack,<sup>150</sup> this presupposes first an analysis of this concept in light of the applicable ICL (thereby restricting the too broad definition of Art. 2(2) Law 20.357) and secondly the presentation of reliable information which indicates that these shootings follow a plan, pattern or a policy designed at the highest State level (cf. II.2.2.).

## **2. CaH (context element) with regard to subsequent facts (until 15 November 2019)?**

The further sources (III.2.), while showing a serious increase of human rights violations and thus speaking, at best, to the quantitative element (“widespread”) of CaH, do not

---

<sup>150</sup> In this context the composition of the pellets (*perdigones*) may also be relevant, see thereto the recent findings by the University of Chile according to which only 20% consist of rubber, < <https://www.24horas.cl/nacional/estudio-de-la-universidad-de-chile-afirma-que-solo-20-de-la-composicion-de-perdigones-de-carabineros-es-de-goma---3731418>>, accessed 18 November 2019 (German time).

change significantly the picture as to the systematic qualifier and policy requirement of CaH. Similar to the AcusCon, some reports and declarations are not limited to the description of (alleged) facts but contain legal-normative considerations, including value judgments. Perhaps the most obvious example is the declaration of AI published on 11 November 2019<sup>151</sup> where the organization does not only report facts (III.2.) but mixes these with legal-normative considerations alleging and attributing severe human rights violations (“graves violaciones de derechos humanos”) and even possible international crimes (“posible crímenes de derecho internacional”), with Erika Guevara Rosas, AI directora para las Américas, making the following statement:

“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.”<sup>152</sup>

However, as in the case of the AcusCon, these claims are not backed up by any legal analysis whatsoever. In contrast, the independent UN-Experts, while also critical of the situation on the ground (III.2.), take a more cautious approach. They see in the excessive use of force a violation of “the requirements of necessity and proportionality”.<sup>153</sup> At the same time, however, they welcome the government’s decision to invite an UN-mission to the country so that an independent assessment of the situation can be made. They also stress that the authorities have shown the “explicit will” (“voluntad expresa”) to “prosecute and determine responsibilities” (“perseguir y determinar las responsabilidades”) for possible human rights violations, especially those committed by State agents.<sup>154</sup>

### 3. The Micco / Mañalich controversy

While all the above reports and statements do not contribute anything to the relevant legal issues but either make legal claims without sufficient justification (AcusCon, AI) or do not even refer to CaH but only – bad enough! – to rights violations due to excessive use of force (UN experts), a more helpful legal debate has ensued pursuant to the following statement by Sergio Micco, director of the INDH, responding to a question on the legal merits of the AcusCon:

“Conceptualmente, la violación sistemática de los derechos humanos supone una *concertación* entre distintas instituciones, donde se crean leyes o se hacen políticas

<sup>151</sup> <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/11/chile-amnistia-internacional-denunciara-violaciones-ante-cidh/>> accessed 17 November 2019.

<sup>152</sup> Ibid., emphasis added.

<sup>153</sup> “[...] 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://news.un.org/es/story/2019/11/1465161>>; English <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25269&LangID=E>>.

<sup>154</sup> “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>>.

públicas que directamente, intencionadamente, tiene el *objetivo* de violar los derechos humanos (...) si tu me preguntas a mi como director del Instituto, te diría que *no* y quien diga ... tiene que probarlo”.<sup>155</sup>

Apart from general criticism regarding this statement,<sup>156</sup> there was, apparently, only one rebuttal on the (legal) merits, namely by Juan Pablo Mañalich,<sup>157</sup> a prominent and internationally respected Chilean criminal law scholar. Mañalich summarizes,<sup>158</sup> largely accurately,<sup>159</sup> the state of the law with regard to the context element of CaH, *inter alia*, referring to the disjunctive widespread/systematic element,<sup>160</sup> to several rights violations amounting to underlying acts of CaH<sup>161</sup> and to the “manifestantes” as (targeted) civilian population,<sup>162</sup> in order to then state regarding the policy element:

“... 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 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 definida, ni impulsada, desde el poder central del Estado. Es perfectamente concebible, por ende, que la

---

<sup>155</sup> <<https://www.t13.cl/noticia/nacional/sergio-micco-violacion-sistemica-dd.hh.-no-y-quien-diga-contrario-tiene-probarlo>> accessed 17 November 2019, emphasis added.

<sup>156</sup> Cf. <<https://radio.uchile.cl/2019/11/04/balance-del-indh-4-364-detenidos-y-1-569-heridos-en-hospitales/>> accessed 17 November 2019.

<sup>157</sup> Mañalich (2019) *El Desconcierto*.

<sup>158</sup> Mañalich’s argument that Micco incorrectly invoked the presumption of innocence since he “no está formulando una imputación” is irrelevant in our context but I note in passing that Mañalich himself formulates such an imputation regarding the Chilean President (based on command responsibility pursuant to Art. 35 Law 20.357, i.e. an omission liability) in another commentary ([2019] *CIPER/Académico*) which shows that Micco’s argument is not too far-fetched.

<sup>159</sup> However, I do not agree with him when he equates the context element and the systematic qualifier (“... es a este requisito que se alude cuando, de manera técnicamente impropia, se habla del carácter “sistemático” de las violaciones de derechos humanos ...”) given that the context element contains more requirements as explained above (II.2.).

<sup>160</sup> “... para alcanzar la gravedad que las [human rights violations, K.A.] convierta en crímenes de lesa humanidad, las respectivas violaciones de derechos humanos en las que incurran agentes del Estado necesitan ser *o bien* masivas *o bien* sistemáticas, en circunstancias de que su carácter “masivo” ha tendido a ser equiparado a su carácter “generalizado”...” Mañalich also correctly distinguishes between a widespread and systematic form of an attack further below (with fn. 8). The fn. are here and in the following quotes omitted but I note in passing that Mañalich refers in notes 6-8 to my *Treatise ICL II*.

<sup>161</sup> “... Estos antecedentes [rights violations demonstrated by INDH, K.A.] 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 probabilidad quedan comprendidos en el catálogo fijado en los arts. 3º y siguientes de la Ley 20357, a saber: homicidio (art. 4º), lesión corporal gravísima (art. 5º Nº 2); violación o abuso sexual calificado (art. 5º Nº 8); tortura (art. 7º Nº 1); menoscabo grave de la salud física o mental (art. 8º Nº 1); y abuso sexual o estupro (art. 8º Nº 3).” It is worthwhile noting in this context that Art. 7(1) ICC Statute criminalizes serious injuries only as “other inhumane acts” (subpar. (k), thereto Hall/Stahn, in Triffterer and Ambos, *Commentary* (2016), Art. 7 mn. 99).

<sup>162</sup> “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 llegue a afectar a un número considerable de personas. La circunstancia de que “una población civil” deba venir en consideración como objeto del ataque se traduce en que este 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, pudiera servir para identificar la población civil afectada sería la de “manifestantes”.”

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 necesite descansar en una ‘concertación’ entre alguna de estas fuerzas y otras instituciones del Estado, como erradamente lo sugiriera el Director del INDH.”

These are important, well formulated considerations but I think they are legally and theoretically unsound. First of all, while correctly taking Law 20.357 *in casu* as the starting point, Mañalich, apparently, overlooks that it must be interpreted in light of the international standard as set out by Art. 7 ICC Statute, especially taking into account the function of the policy element. On that basis one must conclude, as already argued above (II.2.4.(a)), that Art. 1(2) Law 20.357 must be interpreted restrictively limiting it to a State policy proper, i.e. a policy defined by the central level of the State concerned. While it is perfectly possible, as already explained above (II.2.4.(a)), that such a policy arises in the course of a conflict,<sup>163</sup> it is not at all “perfectly conceivable” (“perfectamente concebible”) that it is “recognizable” (“reconocible”) in the conduct of mere State agents – unless they act on behalf or at least with tolerance of the (central) State. And for this same reason Mocci is correct, from a legal-theoretical perspective, if he requires a “concertación” between State institutions (or, for that matter, between mere State agents and State institutions), this being necessary, however, for both the “systematic” qualifier and the policy element (with the former, at any rate, being more demanding than the latter<sup>164</sup>).

Apart from these strictly legal considerations, the Mocci-Mañalich controversy also has a factual side to it: If Mañalich rejects a “concertación” between the security forces involved in rights violations and other State institutions – as a legal requirement flowing from the policy element (contrary to Mocci for whom it is part of the systematic qualifier) – it appears as if he, at least implicitly, admits that such a “concertación” has not taken place in actual fact or, at least, that it has not been proven. This is confirmed by Mañalich’s last – absolutely correct – consideration, namely that it is ultimately up to the criminal courts to determine the existence of the context element.<sup>165</sup> And this, in fact, reconnects with Micco’s statement that the systematicity – or, for that matter, the policy – must be proven (“tiene que probarlo”) which only can happen in a court of law.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Cf. Mañalich (2019) *El Desconcierto*: no necesariamente tendrá que haber sido reconocible 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 a partir de un hito posterior.” Cf. also previously id. (2019) *CIPER/Académico*: “... reconocible en algún momento o a partir de un hito posterior.”

<sup>164</sup> See supra II.2.2. and 2.4.(a), especially note 71 with main text.

<sup>165</sup> “Es obvio que los tribunales de justicia deberán determinar si las condiciones precedentemente analizadas han llegado a verse cumplidas ...”

<sup>166</sup> It is for this reason that Micco’s later statement (4 November 2019) before the Human Rights Commission of the Senate (“Comisión de DDHH del Senado”) to the effect that “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>> accessed 17 November 2019) does not constitute a retraction of the earlier statement but rather a more nuanced approach focusing on the (final) legal assessment of the available facts o sea una subsunción.

#### 4. Policy by omission?

It should be clear from the above that the available facts up to 15 November 2019 – and *a fortiori* the facts presented in the AcusCon – do not allow for the inference of an *active* policy of the State of Chile, represented by its government, to commit CaH. The remaining question is whether these facts allow for the inference of a policy by *omission*. This is suggested by some of the statements quoted above, for example the one by AI,<sup>167</sup> criticizing the President’s and/or government’s failure to take adequate countermeasures. While such an alleged failure has also implications for the mode of liability (indicating a responsibility for omission, especially pursuant to the concept of command/superior responsibility),<sup>168</sup> in our context it gains importance with regard to the policy requirement of CaH. However, as explained above (III. 2.4.(a)), such a policy by omission is an exceptional scenario and can surely not be inferred from the mere absence of governmental action<sup>169</sup> or, more relevant in our case, the apparent inability (rather than unwillingness) to take back control of the public space and have the security forces, especially the Carabineros, comply with the rules of engagement of a *Rechtsstaat*. In this context another statement of Sergio Micco is of interest:

”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.”<sup>170</sup>

First of all, Micco makes reference to non-compliance<sup>171</sup> with the applicable domestic police instructions (“protocolo ... del uso de la fuerza”) of 1 March 2019<sup>172</sup> which contain highly detailed rules which are not only in line with international (soft law) standards<sup>173</sup> but go beyond them being more concrete and precise. For example, these instructions do not only establish the principles of necessity and proportionality, referred to by the UN-Experts,<sup>174</sup> but also the ones of legality and responsibility,<sup>175</sup> the latter providing for individual responsibility of superiors and direct perpetrators for any

---

<sup>167</sup> Supra note 148 with main text.

<sup>168</sup> Thereto Mañalich (2019) *CIPER/Académico*.

<sup>169</sup> Cf. supra note 94 with main text.

<sup>170</sup> <<https://www.indh.cl/declaracion-del-director-del-indh-y-querella-contra-carabineros/>>, emphasis added.

<sup>171</sup> Cf. also <<https://www.24horas.cl/data/heridos-con-perdigones-concentran-la-mayor-cantidad-entre-todas-las-personas-danadas-en-marchas--3719256?fbclid=IwAR2NHEqtzo3J2rTcnJkKtw-M3JMu74-ZEKilP9bdsO4fXYjXzxjgReoFznc>> accessed 17 November 2019: “Los testimonios de las víctimas denuncian 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.”

<sup>172</sup> Cf. the updated “instructions” (“instrucciones”) about the “use of force” (“uso de la fuerza”), Circular No. 1832, 1 March 2019, in Diario Oficial, Núm. 42.295, 4.3.2019.

<sup>173</sup> For these cf. <[https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1\\_Universales/B%E1sicos/5\\_Funcionarios\\_hacer\\_cumplir\\_ley/FuncionariosCumplirLey.htm](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/5_Funcionarios_hacer_cumplir_ley/FuncionariosCumplirLey.htm)> especially the most recent and detailed “Basic Principles” adopted at the Eight UN Congress on Crime Prevention in Havana, 27 August to 7 September 1990.

<sup>174</sup> Cf. supra note 153 and main text.

<sup>175</sup> Instrucciones, supra note 172, p. 2 (also establishing principles of legality and responsibility).

violations.<sup>176</sup> Further, the instructions contain nuanced and gradual rules for the use of force distinguishing between five levels,<sup>177</sup> the use of lethal weapons<sup>178</sup> and the maintenance of public order with regard to manifestations.<sup>179</sup> The fact that these instructions exist and, more importantly, their compliance is demanded by the INDH, being an independent public watchdog for human rights,<sup>180</sup> clearly speaks against a (State) policy by omission; to the contrary, it rather suggests that the Chilean State is committed to control the use of force of its security forces, especially Carabineros, and has proper mechanisms for their human rights compliance in place. Of course, the mere existence of rules of proper conduct does not exclude in itself a policy of CaH, especially if these rules are not complied with in practice and enforced.<sup>181</sup> However, in the situation at hand, there is no indication that these rules are a mere “paper tiger” with the purpose of facilitating and/or concealing rights violations. To the contrary, the very existence of the INDH with its autonomy towards the government and a broad human rights compliance mandate, complemented by the proper function of the Chilean (criminal) justice system, shows that these rules are taken seriously, and their non-compliance entails administrative and/or criminal sanctions.<sup>182</sup>

This is indeed confirmed, second, by Micco’s reference to a complaint (“querella”) presented against Carabineros<sup>183</sup> since this entails the triggering of the – just alluded to – administrative (“sumarios”) and criminal proceedings against the responsible agents and may lead to criminal convictions.<sup>184</sup> It is important to note that such “querellas” can be presented by any citizen and the already mentioned *Defensoría Jurídica* of the University of Chile (the most important university in the country) has indeed also presented a total of 430 up to 14 November 2019.<sup>185</sup> The independent (criminal) justice system of Chile is in charge of such proceedings. Clearly, such a treatment of (alleged) police abuses is not possible in a State whose policy is – by commission or omission – to

---

<sup>176</sup> Ibid., p. 2 (“... responsabilidades individuales por las acciones y omisiones incurridas, sino también la responsabilidad de los mandos llamados a dictar órdenes ...”).

<sup>177</sup> Ibid., pp. 2-3.

<sup>178</sup> Ibid., p. 4.

<sup>179</sup> Ibid., pp. 5 ff. (including providing for the classification of the arms used in annex 1, pp. 26-7).

<sup>180</sup> Cf. Law No. 20.405 of 24.11.2009 (published 10 December 2009) which created the INDH as an autonomous agency of public law with legal personality and own budget (“corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”, Art. 1) to promote and protect human rights (Art. 2).

<sup>181</sup> Cf. *Mbarushimana*, 16 December 2011, Confirmation Decision, dissenting opinion Judge Mmasenono Monageng, para. 14-16 (pointing to the internal rules and instructions of the FDLR which however were not “always” followed [para. 14] and therefore concluding that the existence of these rules “does not negate the allegation that an order to target the civilian population was issued by the leaders of the organisation.” [para. 16]); thereto also Robinson, in Stahn, *ICC* (2015), p. 727.

<sup>182</sup> See *infra* note 184.

<sup>183</sup> At the time of writing an even more important *querella* for manslaughter by omission (“homicidio por omisión”) was presented since Carabineros allegedly attacked medical personnel and thus impeded life-saving measures for a young man of 29 years. According to Sergio Micco this was the sixth, gravest case of this kind, cf. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/querella-homicidio-carabineros-plaza-italia/904111/>> accessed 17 November 2019.

<sup>184</sup> Apart from the administrative “sumarios”, the INDH has, in criminal proceedings, as a “querellante” (pursuant to Art. 3(5) Law 20.405 in connection with Art. 111(3) CPP), important rights of intervention, for example, it can ask the Office of the Prosecutor (Ministerio Público) to carry out certain investigative measures (Art. 183 CPP), request pre-trial detention before the “Juez de Garantía” (Art. 140(1) CPP) and even compel proceedings by way of the “forzamiento de la acusación” (Art. 258(3) CPP).

<sup>185</sup> *Universidad de Chile / Defensoría Jurídica*, Informe de Monitoreo N° 15, 14.11.2019.

commit CaH. Third, Micco condemns (“condena”) all acts of violence. In this context it is worthwhile to highlight the INDH’s role during the crisis. As we have seen above (III.), it has permanently reported about rights violations and in fact serves as primary and most reliable source of information regarding these violations. Apart from that, its important role as an independent human rights watchdog is generally recognized, even by critics of the government’s handling of the crisis.<sup>186</sup>

Last but not least, it must not be overlooked that the proof of a CaH policy by omission, i.e., the deliberate toleration of or acquiescence in the commission of CaH, is even more demanding than the proof of active conduct. As to the latter we have discussed above (II.2.4.(a)) the (controversial) stance of PTC I and TC I in the Gbagbo litigation before the ICC. Even if one takes a more flexible approach to the evidentiary standard there is no way around the fact that general human rights reports – independent of the authorship (be it government bodies like the INDH, international bodies like an UN expert commission or NGOs like AI) – or press articles do not present reliable first-hand evidence as to the individual responsibility of alleged perpetrators; rather, they usually rely on hearsay and untested allegations of parties to the respective conflict which may or may not be victims of the alleged abuses. Such evidence would normally only be used as background information in criminal proceedings or for purposes of corroboration. It would not serve as a proper evidentiary basis for conviction, unless primary evidence resulting from it, e.g. direct witnesses, would be tested, for example by cross-examination, in a court of law. The available “facts”, object of this Brief, do not meet these standards and, at any rate, there is no evidence which points to a State policy of CaH by omission. Quite to the contrary, the various observer and verification missions invited or at least tolerated by the government, its principled willingness to cooperate with these missions and the – already mentioned – functioning of domestic control and compliance mechanisms, most prominently represented by the INDH and its director, demonstrate the interest and willingness of the Chilean State, represented by its government, to cope with alleged human rights violations by documenting them, identifying (alleged) perpetrators and initiate the respective proceedings. Last but not least, the agreement between the main political forces,<sup>187</sup> including the government parties (RN and UDI), to initiate a democratic process to reform the current Constitution<sup>188</sup> is another sign of willingness to respond to the situation of social unrest and protest which gave rise to the alleged human rights violations.

---

<sup>186</sup> Cf. e.g. Mañalich (2019) *El Desconcierto*: “... para que el INDH pueda seguir cumpliendo la tarea que le corresponde, con la solvencia y la consistencia que le han sido justificadamente reconocidas hasta ahora ...”

<sup>187</sup> The Communist Party, the “Federación Regionalista Verde Social” and three parties of the FA did not sign the Agreement, cf. <<https://www.eldesconcierto.cl/2019/11/15/solo-tres-partidos-del-fa-firmaron-acuerdo-por-nueva-constitucion-diputado-boric-lo-hizo-de-forma-personal/>> and <[https://www.latercera.com/politica/noticia/chile-inicia-historico-proceso-reemplazar-constitucion-congreso-acuerda-plebiscito-abril-2020/901398/?fbclid=IwAR29Ohu9Ha0\\_8zU\\_mYpgTiwe37yXQcLVLcntuHX90\\_aGL6jf6TqgG27Rj1o](https://www.latercera.com/politica/noticia/chile-inicia-historico-proceso-reemplazar-constitucion-congreso-acuerda-plebiscito-abril-2020/901398/?fbclid=IwAR29Ohu9Ha0_8zU_mYpgTiwe37yXQcLVLcntuHX90_aGL6jf6TqgG27Rj1o)> accessed 17 November 2019.

<sup>188</sup> “Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución”, 15.11.2019, available (at the end of the article) at <[https://www.latercera.com/politica/noticia/chile-inicia-historico-proceso-reemplazar-constitucion-congreso-acuerda-plebiscito-abril-2020/901398/?fbclid=IwAR29Ohu9Ha0\\_8zU\\_mYpgTiwe37yXQcLVLcntuHX90\\_aGL6jf6TqgG27Rj1o](https://www.latercera.com/politica/noticia/chile-inicia-historico-proceso-reemplazar-constitucion-congreso-acuerda-plebiscito-abril-2020/901398/?fbclid=IwAR29Ohu9Ha0_8zU_mYpgTiwe37yXQcLVLcntuHX90_aGL6jf6TqgG27Rj1o)> accessed 17 November 2019.

## **ANNEX I: List of Abbreviations**

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
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
TJ	Trial Judgment
UDI	Unión Demócrata Independiente
UN	United Nations
UPC	Union des Patriotes Congolais

## **ANNEX II: List of Authorities**

### **I. Table of Cases**

#### **International Criminal Court**

Prosecutor v Bemba G., No. ICC-01/05-01/08-424, 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, 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, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 (13 July 2012).

Prosecutor v Bosco Ntaganda, No. ICC-01/04-02/06, 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, 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), 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, 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, 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, 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, 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, Decision on the Confirmation Charges (23 January 2012).

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

Prosecutor v Harun and Kushayb, No. ICC-02/05-01/07-3, 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).

## **ICTR**

Prosecutor v Akayesu, No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgment (2 September 1998).

Prosecutor v Bagilishema, No. ICTR-95-IA-T, Trial Chamber Judgment (7 June 2001).

Prosecutor v Kayishema and Ruzindana, No. ICTR-95-1-T, Trial Chamber Judgment (21 May 1999).

Prosecutor v Muhimana, No. ICTR-95-1B-T, Trial Chamber Judgment (28 April 2005).

Prosecutor v Munyakazi, No. ICTR-97-36A-T, Trial Chamber Judgment and Sentence (5 July 2010).

Prosecutor v Musema, No. ICTR-96-13-T 27, Trial Chamber Judgment (January 2000).

Prosecutor v Nahimana, Barayagwize and Ngeze, No. ICTR-99-52-A, Appeals Chamber Judgment (28 November 2007).

Prosecutor v Nzabirinda, No. ICTR-2001-77-T, Sentencing Judgment (23 February 2007).

Prosecutor v *Rutaganda*, No. ICTR-96-3-T, Trial Chamber Judgment (6 December 1999).

Prosecutor v *Semanza*, No. ICTR-97-20-T, Trial Chamber Judgment (15 May 2003).

## **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 Judgment (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).

## **National Court – Canada**

*Mugesera v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40 (28 June 2005).

## II. Official Documents

ICC, *Elements of Crimes*, 2013, available at <<https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>> accessed 17 November 2019 (quoted as: 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](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/SAS-HON-Article_5_Report-Oct2015-ENG.PDF)>, accessed 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) available at <[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1996\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1996_v2_p2.pdf)> accessed 17 November 2019.

UN International Law Commission, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries* (2005), available at <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf)> accessed 17 November 2019.

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

## III. Doctrine

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* (C.H. 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 crimes internationaux* (Presses Universitaires de France 2018) (quoted as: Author, in 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).

Fernandez, J. and Pacreau, X. (eds.), *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: commentaire article par article* (Pedone 2012) (quoted as: Author(s), in Fernandez and Pacreau, *Commentaire* (2012), p. xx).

Gil Gil, A. and Maculan, E. (eds.), *Derecho Penal Internacional* (Dykinson S.L 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) (quoted as: Author(s), in 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-crimenes-perpetrados-bajo-el-estado-de-emergencia/?fbclid=IwAR0F1rtTrE45z-4IUBir\\_rXzFFMuHnFYWDubKJz-yWr3Xx0pBLTybrN2OK8](https://ciperchile.cl/2019/10/25/sobre-la-responsabilidad-del-presidente-de-la-republica-por-crimenes-perpetrados-bajo-el-estado-de-emergencia/?fbclid=IwAR0F1rtTrE45z-4IUBir_rXzFFMuHnFYWDubKJz-yWr3Xx0pBLTybrN2OK8)> accessed 17 November 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-crimenes-perpetrados-por-agentes-del-estado-como-violaciones-masivas-o-sistematicas-de-derechos-humanos/>> accessed 17 November 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.

Mettraux, G., *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford University Press 2005).

Politoff L., S., Matus Acuña, J.P.; Ramirez G., M.C., *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. and Jessberger, F., *Völkerstrafrecht* (Mohr Siebeck 5. ed. 2020 [proofs received from second author]).

#### **IV. Other Sources**

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

*CNN Chile*, '2.410 detenidos y 535 heridos: INDH presenta querellas contra carabineros y militares por violencia sexual' (23 October 2019), <[https://www.cnnchile.com/pais/indh-detenidos-heridos-querellas-violencia-sexual\\_20191023/](https://www.cnnchile.com/pais/indh-detenidos-heridos-querellas-violencia-sexual_20191023/)> accessed 17 November 2019.

'Declaración del director del INDH y querella contra Carabineros' (10 November 2019), available at <<https://www.indh.cl/declaracion-del-director-del-indh-y-querella-contra-carabineros/>> accessed 17 November 2019.

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

Twitter-Account INDH Chile <<https://twitter.com/inddhh>> accessed 17 November 2019.

INDH, Cifras actualizadas, <<https://twitter.com/inddhh>> accessed 17 November 2019.

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

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

*NYTimes The Dispatch*, "'It's Mutilation": The Police in Chile Are Blinding Protesters', Report (10 November 2019), <<https://www.nytimes.com/video/world/americas/100000006795557/chile-protesters-shot-eye.html>> accessed 17 November 2019.

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

UN Human Rights Office of the High Commissioner, 'Chile: UN experts condemn excessive use of force and acts of violence in recent protests' (8 November 2019), <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25269&LangID=E>> accessed 17 November 2019.