

JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y EL DECRETO LEY AMNISTÍA



Paulina Veloso (Editora)

**JUSTICIA,
DERECHOS HUMANOS
Y EL DECRETO
LEY DE AMNISTÍA**

Justicia, derechos humanos y el Decreto Ley Amnistía

© PAULINA VELOSO (EDITORIA)

ISBN: 978 - 956 - 7469- 19 - 2

DISEÑO, DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN:

GRÁFICA LOM
CONCHA Y TORO 25
SANTIAGO, CHILE

Índice

Introducción PAULINA VELOSO VALENZUELA	7
El Decreto Ley de Amnistía: orígenes, aplicación y debate sobre su validez CRISTIÁN CORREA	13
Chile y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos CLAUDIO TRONCOSO REPETTO	69
El fallo Almonacid de la CIDH, y las obligaciones que de allí emanan para el Estado de Chile DOUGLASS CASSEL	81
Crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad MARÍA INÉS HORVITZ L.	89
Proyecto de Ley Interpretativa del Artículo 93 del Código Penal JUAN BUSTOS RAMÍREZ	103
Los efectos de una Ley Interpretativa del Art. 93 N° 3° del Código Penal sobre la vigencia de la Ley de Amnistía ENRIQUE CURY URZÚA	109
Análisis de la jurisprudencia nacional sobre amnistía: casos relevantes y estado actual HUGO GUTIÉRREZ	119

Introducción

PAULINA VELOSO VALENZUELA*

Previo al análisis de la temática referida al DL de Amnistía, cabe afirmar que los temas de la justicia, en sus dimensiones elementales de determinar la verdad material de hechos criminales, así como en la dimensión de justa sanción a los culpables de delito, son sentimientos muy primarios de todo ser humano. Hay que tener presente que aun en sociedades muy antiguas ha existido algún tipo de procedimiento investigativo respecto de hechos considerados gravemente reprochables y una sanción consecuente a aquellos designados como culpables. Esta idea muy primaria de justicia, que subyace en toda comunidad organizada, quizás está en el transfondo de que, en todos los países en que se han sucedido crímenes graves, no obstante leyes de amnistía o incluso el simple paso del tiempo, no sean suficientes para dejar atrás, olvidando, dichos actos delictivos. Y una y otra vez se reclama el rito de la justicia en todas sus dimensiones. Así como el agua requiere su cauce y cuando este se interviene por la mano del hombre, más temprano que tarde el río encuentra su camino, desbordando las construcciones de ingeniería humana; así también las sociedades buscan la justicia, aunque en algún momento deban derribar diques y contenciones.

De otra parte, también inductoriamente es necesario relevar la importancia política y filosófica de la concepción de los derechos humanos. Actualmente es casi

* Abogada y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, Chile. Ha sido Jefe de Gabinete de la Subsecretaría de Trabajo y, como tal, Jefe de División y subrogante legal del Subsecretario del Trabajo (1990-1994); Subdirectora del Servicio Nacional de la Mujer (1994-1997); Abogada Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago (2003-2005). Actualmente se desempeña como abogada Consejera del proyecto regional del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD-Chile.

una obviedad señalar que aquella es la base valórica elemental que comparten las sociedades más desarrolladas. Formalmente se reconocen a través de declaraciones, resoluciones y tratados internacionales, tanto de Naciones Unidas como de otros organismos multilaterales; de igual modo, se han incorporado frecuentemente en las cartas políticas de los diversos países del mundo. Más allá de ello, el respeto a los derechos humanos constituye la demanda universal que hoy cruza a los pueblos en todas las latitudes. Por todas estas circunstancias, la violación de estos derechos tiene, en general, un tratamiento diferenciado respecto del crimen común. Y, más aún, existe una demanda universal en el sentido de que su respeto presente y futuro depende de la forma como se encare penalmente su castigo de hechos pasados.

Algunas ideas sobre el DL de Amnistía. Tres perspectivas de análisis

Como es sabido, todas las dictaduras en América Latina, después de violar de manera sistemática y organizada los derechos humanos, han dictado decretos de autoamnistía para no investigar y dejar impunes sus graves crímenes. Chile no es la excepción. El año 1978 se dictó un decreto ley que pretendió exonerar de sanción penal a los autores y responsables de los hechos delictivos ocurridos desde septiembre de 1973 a marzo de 1978.

La pregunta recurrente es qué se hace, ya en democracia, con esa normativa, dictada en período de excepción constitucional, por los mismos responsables intelectuales de los ilícitos cuya impunidad se pretende.

Como toda normativa jurídica, su análisis admite una triple perspectiva. Primeramente cabe el análisis dogmático de su vigencia, validez y significado intrínseco. Desde otra óptica, cabe su estudio desde lo sociológico, es decir, el análisis de su eficacia, tanto en cuanto a si cumple los objetivos que se declararon al momento de su dictación, la "paz social", así como si se cumple la normativa haciéndose lo que allí se prescribe. Una última perspectiva de análisis es revisarla bajo el tamiz de la visión filosófica y valórica; esto es, si tal normativa es apreciada como justa y, asumida socialmente como tal, se considera legítima. En efecto, una norma jurídica puede ser válida, estar vigente, y, sin embargo, no ser cumplida; o bien, ser cumplida pero ser rechazada socialmente y por los especialistas por considerarla injusta e ilegítima.

Muchas veces estas perspectivas de análisis se confunden, estimándose erróneamente que la norma no está vigente porque es ilegítima en su origen, porque es injusta o porque los tribunales no la aplican.

Recordemos que en el pensamiento jurídico ha habido autores —los positivistas extremos— que postulan que desde el momento que una norma es derecho, es decir, está vigente, entonces es justa. Otros, en cambio, han estimado que desde el momento que una norma es injusta, entonces no es derecho —los iusnaturalistas extremos¹.

¹ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara S.A. México. 1992. Pág. 77. Bobbio distingue, en cuanto a la ideología, versiones moderadas de versiones extremas del iuspositivismo y del iusnaturalismo.

Ciertamente la relación entre la dogmática, la sociología y la filosofía, respecto de una norma jurídica, no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina.

Asumimos aquí la posibilidad cierta de que una norma perfectamente vigente sea, sin embargo, injusta, y por lo mismo, haya más incentivos para su no aplicación. Esto es, afirmamos que la legalidad es distinta de la legitimidad y eficacia. Cuando falta legitimidad de una norma, los países normalmente tienden a modificarla; lo mismo cuando carece de eficacia. De allí que se afirme que una norma es más perfecta y perdurable en el tiempo cuando concurren a su respecto la legalidad, legitimidad y eficacia de la misma.

En este contexto de análisis, afirmamos que el DL de Amnistía de 1979 está plenamente vigente porque se dictó por las autoridades y formas que existían a la época, y no ha sido derogado formalmente, aunque, como se dirá, no resulte aplicable o haya decaído su aplicación y exista un fundado cuestionamiento a su respecto.

En efecto, como lo indica el estudio de la jurisprudencia recaída en dicho decreto, muchas veces se ha interpretado tal normativa de tal manera que su aplicación es restringida o nula. Esto es, hay una cantidad importante de casos en que los crímenes se han investigado y los responsables directos sancionados penalmente, no obstante tratarse de casos que aparentemente ocurrieron en las fechas que refiere el decreto de amnistía. Ciertamente es que ha habido una evolución de la jurisprudencia, y que la interpretación del DL referido no ha sido unánime. Con todo, algunas veces se ha estimado que no cabe aplicarlo porque no se tiene la certeza de que el crimen investigado se haya cometido efectivamente en el período comprendido en el DL. En otros casos, y cada vez más, los tribunales han estimado derechamente que ciertos tratados internacionales de derechos humanos, o bien la costumbre internacional, están por sobre esa normativa y por consiguiente tienen una aplicación preferente, por lo que se rechaza la aplicación de este decreto ley.

Ahora bien, aquello en que no cabe duda es que esta normativa es totalmente ilegítima, y reprochable valóricamente, tanto por su origen, esto es, porque se dictó por el Poder Ejecutivo (no por un Poder Legislativo democrático); además, porque fue dictada por el mismo Gobierno que había organizado la represión y los crímenes cuya impunidad se pretendía. Es decir, porque se dictó en un período de excepción constitucional, existiendo a la época una dictadura, donde no había Congreso y la oposición era fuertemente reprimida de manera organizada y sistemática, lo que perduró aún por largos años después de ese decreto. Además, porque es ilegítima desde el punto de vista de su contenido. En efecto, de acuerdo a la concepción del sistema de protección de los derechos humanos, no resulta posible aceptar las denominadas autoamnistías. Y es dudosa incluso la posibilidad de aceptar las amnistías de este tipo de crímenes de guerra, o de lesa humanidad, aunque hipotéticamente fuere adoptada por una mayoría parlamentaria.

Se da, entonces, respecto del Decreto Ley de Amnistía, la anomalía de no concurrir al mismo tiempo la legitimidad, la legalidad y la eficacia. O sea, estamos frente a una normativa de aquellas que normalmente, en una sociedad democrática, se derogan o modifican radicalmente.

Esta anomalía es la que lleva al cuestionamiento permanente que existe tanto dentro como fuera de Chile, en la política y en la academia, en tribunales y en el

legislativo. Y es una demanda permanente de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos en Chile.

Dentro del ámbito de la crítica política, la circunstancia de que no haya existido voluntad por parte de la derecha parlamentaria en Chile para expulsar del sistema legal este Decreto Ley, puede dar lugar a una interpretación según la cual esta es una forma de lealtad con la dictadura y sus efectos más nocivos y repudiados nacional e internacionalmente.

Anular, derogar o interpretar

Como se sabe, desde el Gobierno del presidente Aylwin se han analizado en el Congreso distintos proyectos de ley con propósitos de expulsar del sistema jurídico el Decreto Ley a que hacemos referencia.

Si bien es cierto que el efecto de una u otra alternativa pudiere ser muy distinto, es curioso que no se haya llegado a alguna fórmula que interpretare, al menos, al conjunto de los sectores progresistas.

En nuestro concepto, para la claridad del análisis habría que distinguir un efecto simbólico político y un efecto propiamente jurídico, siendo ambos de importancia, por lo demás, en cualquier estatuto jurídico.

En nuestra opinión, una simple derogación expresa del Decreto Ley, así como una ley anulatoria, cumplirían ambas un efecto similar en lo simbólico político. En ambos casos, la lectura interpretativa sería que el legislativo democrático habría optado por expulsar del sistema jurídico nacional aquel Decreto Ley. Si además las razones que se aduzcan para esta expulsión fueren las de su rechazo filosófico y político, quedaría clara la voluntad legislativa y esa sería la señal al Poder Judicial que, todos sabemos, es de gran relevancia a la hora de la aplicación de la ley.

Para algunos, la voluntad política sería más nítida con una ley anulatoria. En Argentina, la doctrina elaborada a este respecto, básicamente por el destacado jurista Carlos S. Nino², tuvo un gran desarrollo y justificación que vale la pena observar. Eventualmente el problema de esta alternativa en Chile es que pudiere estimarse que en nuestro sistema constitucional no existiría aquella como posibilidad.

Otro tema, distinto al anterior, y que ha dado lugar a una gran discusión jurídica y política, es el posible efecto jurídico de cualquiera de estas alternativas legislativas.

Algunos, relevando el principio pro reo, estiman que cualquiera sea la fórmula escogida, en definitiva, los tribunales igualmente, a la hora de aplicar penas, deberían escoger aquel estatuto más favorable al condenado. Habría una ultractividad de la ley, esto es, una especie de supervivencia de la norma derogada más allá de su vigencia. Esta posición, normalmente, no analiza que en verdad, en este caso, no habría un derecho más gravoso al momento de aplicar la pena en relación al momento que se cometieron los ilícitos.

Recordemos que este principio, ligado a la irretroactividad de la ley penal, tiene el propósito de hacer prevalecer la seguridad jurídica en materia penal, esto es, que nadie puede ser condenado por un hecho que no era considerado delito a la época del mismo; y, en todo caso, con ninguna pena superior a la que existía entonces.

² NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1985. Págs. 101 y ss.

Dicho de otra manera, toda persona debe saber al momento de sus actos las consecuencias jurídicas de él, sobre todo si ellas pudieren entrañar un efecto nocivo en su libertad.

No puede soslayarse que en el caso de los delitos de los que hablamos, homicidios y secuestros con resultado de muerte, a la época que se cometieron en Chile ya tenían una severa sanción; eran delitos y sancionados entonces, contemplados en el Código Penal desde sus orígenes. Además, ya a la época, Chile había suscrito Tratados Internacionales de Derechos Humanos que condenaban tales graves crímenes y existían múltiples acuerdos y resoluciones de condena internacional a tales ilícitos. De modo que, puede estimarse, el principio estaría plenamente resguardado.

En definitiva, esta tesis que releva el principio pro reo al extremo, normalmente, no se hace cargo del análisis del estatuto intermedio menos gravoso. No analiza en virtud de qué argumento jurídico, ya que, *prima facie*, no se desprende del texto, la protección constitucional llegaría incluso al delincuente respecto de un estatuto que fuere más favorable surgido después de la comisión del ilícito y derogado antes de su sanción penal. Lo que no cabe duda es que el principio que se pretende proteger, esto es, que no se pueden cambiar las reglas del juego haciendo más gravosas las consecuencias de una acción voluntaria después de su realización, no se pone en jaque si no se aplica este estatuto intermedio más favorable.

También se ha estimado como solución la adopción de un proyecto de ley, de autoría del diputado y jurista Juan Bustos, que interpreta el artículo 93 del Código Penal en cuanto se hace cargo que la aplicación de la amnistía ha dado lugar a distintas interpretaciones jurisprudenciales frente a estatutos internacionales vigentes en Chile, asumiendo como válida una de estas interpretaciones, con lo cual se cumple con el supuesto de toda norma interpretativa. En vista que esta fórmula, aparentemente, recibe más aceptación, parece positiva.

Con todo, este proyecto de ley no es incompatible con una ley derogatoria. Si se dictaran estas dos leyes, una derogatoria del Decreto Ley de Amnistía, y al mismo tiempo una interpretativa del artículo 93 del Código Penal, se generaría el efecto político y jurídico más completo.

Conclusión

En Chile, comparativamente con lo que ha ocurrido en otros países que han enfrentado graves violaciones a los derechos humanos, se ha avanzado de una manera importante.

Ha habido actos simbólicos de perdón del Estado; múltiples monumentos de recuerdo y memoria de las víctimas; leyes reparatorias que han establecido beneficios a las víctimas y sus familiares; y una actitud del Poder Judicial que, en general, ha permitido ir avanzando muy importantemente en la verdad material, cada vez más; y también ha aplicado sanciones penales en muchos casos, es decir, ha impartido justicia, cumpliendo así con su rol constitucional.

No cabe duda que la vigencia de este estatuto ilegítimo en su origen y en su contenido, que ya recibe poca aplicación en tribunales y que no cumplió en absoluto con el objetivo declarado de paz social, no es aceptable ni entendible en una pers-

pectiva democrática. Por ello es tan relevante y pertinente insistir en el debate de esta temática, y solo cabe agradecer que el PNUD organice este tipo de reuniones que permiten un análisis serio y profundo sobre la materia.

Y cabe tener presente y no olvidar que lo jurídico, y la interpretación jurídica, es también una cuestión política. Y lo jurídico importa en la construcción democrática.

El Decreto Ley de Amnistía: orígenes, aplicación y debate sobre su validez

CRISTIÁN CORREA*

Chile enfrenta el desafío de hacerse cargo de las violaciones a los derechos humanos cometidas en su pasado reciente. Uno de dichos desafíos consiste en hacer justicia a dichos crímenes como forma de reforzar la inadmisibilidad de tales hechos y sentar las bases para una convivencia democrática fundada en la intangibilidad de los derechos humanos. Este esfuerzo requiere examinar las normas que impiden la obtención de justicia, como son la prescripción de la acción penal y el decreto ley de amnistía.

El debate actual sobre cómo dejar sin efecto, anular o derogar el Decreto Ley (DL) 2.191 requiere considerar el origen de esta norma, las diferentes interpretaciones que se le han dado y los motivos que justifican la necesidad de un pronunciamiento legislativo. Es conveniente también entender la evolución de la jurisprudencia sobre la materia, incluyendo un análisis de los argumentos en base a los cuales el Decreto Ley de Amnistía ha sido acogido o rechazado. El estudio de dichos elementos permite conocer en forma específica dónde se encuentran las debilidades y fortalezas de la presente jurisprudencia y determinar las posibilidades de que ella se mantenga, se consolide o sea revertida por los cambiantes equilibrios en la composición de la Sala Penal de la Corte Suprema. En definitiva, ello permite sustentar la importancia de alcanzar una solución legislativa que efectivamente garantice el cumplimiento de la obligación del Estado de juzgar las violaciones a los derechos humanos.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile (1993) y Magíster en Estudios Internacionales de Paz, Universidad de Notre Dame (1992). Asociado senior del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Fue Secretario del Consejo de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, y luego trabajó desde el Gobierno en la coordinación de la implementación de programas de reparación para las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Entre 2006 y 2007 fue asesor jurídico de la Comisión Presidencial para la Coordinación de Políticas de Derechos Humanos.

1. Orígenes y contexto de la dictación del decreto ley 2191 de amnistía

El golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973 trajo consigo la acción fuertemente represiva y persecutoria de parte de todas las Fuerzas Armadas, Carabineros y la Policía de Investigaciones. Dicha acción se tradujo en la detención de miles de personas, así como en la ejecución y desaparición de varios centenares¹. Esta política masiva de represión fue realizada aun cuando los escasos focos de resistencia armada al golpe de Estado fueron rápidamente acallados y el país estaba bajo control de las fuerzas armadas el primer día del golpe². Ella fue seguida también de la creación de un aparato normativo que pretendía dar una forma de legalidad al golpe, a través de bandos y decretos leyes que declararon estado de sitio e hicieron aplicable la legislación de tiempo de guerra de los tribunales militares, incluso para hechos ocurridos antes de su publicación³.

A este período de represión masiva⁴, que incluyó ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzosas, así como la mantención de miles de detenidos en estadios, cuarteles y centenares de recintos a lo largo de todo el país, siguió una etapa de represión más selectiva, conducida principalmente por los organismos de inteligencia de las fuerzas armadas y Carabineros o los organismos de seguridad que el régimen fue creando, como la Dirección de Inteligencia Nacional o el Comando Conjunto. En la caracterización de esta segunda etapa de represión coinciden los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación⁵ y de la Comisión Nacional sobre

¹ De acuerdo al Informe de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1.522 personas fueron ejecutadas o hechas desaparecer entre el 11 de septiembre y el 31 de diciembre de 1973, y 301 murieron víctimas de violencia política. Ello representa el 57% del total de víctimas durante toda la dictadura. Asimismo, la masividad de la represión fue ejemplificada por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, que constata que, de las 27.255 personas reconocidas como víctimas en su primer informe, 18.364 fueron privadas de libertad en el mismo período (algunas de ellas con varias detenciones), lo que representa el 67,4%, y sólo en los primeros tres días luego del golpe, 5.373 personas fueron detenidas, equivalentes al 19,7% del total de detenidos en los 17 años de dictadura. Ver Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Informe sobre la calificación de víctimas de violaciones de los derechos humanos y de la violencia política. Santiago, 1996, página 580, y Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Santiago, 2005, páginas 206 y 207. La versión electrónica de estos informes puede ser encontrada en www.ddhh.gov.cl y en www.comisiontortura.cl, respectivamente.

² Ibid., Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, páginas 163 y 164. La Comisión fundamenta esta afirmación incluso citando las memorias del almirante Sergio Huidobro, tituladas «Decisión Naval» y publicadas en 1998.

³ Decretos leyes No. 3 y 5, publicados en el Diario Oficial el 18 y 22 de septiembre de 1973, respectivamente. Este último está redactado precisamente como norma interpretativa del artículo 418 del Código de Justicia Militar.

⁴ Si bien la represión en esta etapa fue masiva, es posible argumentar que no fue indiscriminada. Por el contrario, su foco fueron todos los dirigentes y militantes activos de los diversos organismos que servían de base de apoyo de la Unidad Popular, desde autoridades de Gobierno hasta organizaciones de base, sindicatos, partidos políticos y organizaciones territoriales. Buscó así desarticular dicha base de sustentación a través de la generación de terror y el uso de la tortura.

⁵ Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Santiago, 1991, volumen I, tomo I, páginas 62 a 69, asequible en www.ddhh.gov.cl, y Ibid Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, páginas 213 a 218.

Prisión Política y Tortura, como un período de fuerte persecución y hasta exterminio de las cúpulas dirigentes de los partidos y movimientos que habían formado la Unidad Popular y que se oponían a la dictadura. La gran cantidad de detenciones que en este período practica la DINA, no obstante tener un reducido número de integrantes, así como la elevada cantidad de ejecuciones y desapariciones que en este período se atribuyen a dicho organismo, revelan la preponderancia que tuvo en la represión en esta etapa, sin perjuicio del habitual protagonismo de Carabineros como el principal organismo de detención⁶.

Esta intensa actividad represiva generó fuertes cuestionamientos a nivel nacional e internacional. La Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó al Gobierno de Chile respetar la Declaración Universal de los Derechos Humanos en noviembre de 1974, y luego del informe del Grupo de Trabajo ad hoc, cuya autorización de ingreso fue revocada a último minuto por la Junta de Gobierno, condenó las violaciones que se cometían en los años 1975, 1976 y 1977, por amplias y crecientes mayorías.

Ante el último de estos pronunciamientos, motivado también por un informe especial del Grupo de Trabajo ad hoc de diciembre de 1977, que en dicha oportunidad incluyó el voto de los Estados Unidos, el Gobierno realizó una intensa actividad propagandística, acusando ser víctima de una campaña internacional, y convocó a un plebiscito en el que la ciudadanía debía pronunciarse indirectamente acerca de la situación de los derechos humanos en el país. Realizado sin ninguna garantía y aún bajo estado de sitio, el resultado fue favorable al Gobierno.

Adicionalmente, el apoyo internacional al Régimen Militar sufrió un serio revés a raíz del asesinato de Orlando Letelier y Ronie Moffit, en Washington D.C., al descubrirse la participación de la DINA en dicho crimen. En enero de 1977, asumió Jimmy Carter como Presidente de los Estados Unidos, con una plataforma de promoción de los derechos humanos y un discurso crítico ante las violaciones que se cometían en Chile, lo que incrementó la presión sobre el Régimen Militar. Dicha presión influyó en la decisión de disolver la DINA y reemplazarla por la CNI, en agosto de 1977.

Por su parte, el itinerario de normalización institucional que repetidamente era mencionado en discursos oficiales, y que se tradujo en la labor de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución así como en la dictación de las Actas Constitucionales en septiembre de 1976, requería ir acompañado de un signo de pacificación política. El carácter fundacional que se pretendía dar a la «nueva democracia» no podía seguir sosteniéndose en restricciones de derechos justificadas en una situación de excepción o de conflicto interno luego de más de cuatro años del golpe.

Estas consideraciones se recogen en el preámbulo del decreto ley de amnistía, que reconoce que «la tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales, que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional» (Considerando 1º). Su dictación es también justificada en «la necesidad

⁶ Ibid., Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, volumen I, páginas 415 a 484 y 504 a 590, y Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, página 213. De acuerdo a este último, el 37% de las detenciones ocurridas en el período corresponden a Carabineros, seguidas por 29% realizadas por la DINA, porcentaje que podría ser superior, si se considera que casi 10% de los declarantes señalaron haber sido detenidos por civiles no identificados.

de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile» (Considerando 3º). Sin embargo, los reales efectos de la norma revelan mejor que nada su intención de garantizar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos cometidos, como se verá más adelante.

2. Efectos inmediatos del Decreto Ley de Amnistía

Al momento de dictarse el Decreto Ley de Amnistía el número de personas privadas de libertad por motivos políticos había disminuido considerablemente. La gran mayoría de los detenidos en los primeros meses tras el golpe, que no habían sido ejecutados o hechos desaparecer, habían recuperado la libertad o habían sido expulsados del país, después de pasar meses o incluso años en diferentes recintos donde, muchos de ellos, fueron sometidos a torturas.

Una proporción menor de ellos fue sometida a procesos ante los Tribunales Militares de Tiempo de Guerra. En dichos casos, luego de meses de privación de libertad decretada en virtud de las facultades del estado de sitio, las personas eran puestas a disposición de los tribunales, los que invariablemente las condenaban, no variando sustancialmente las condiciones de detención. No obstante, luego de algunos años, muchos de estos detenidos pudieron conmutar sus penas por extrañamiento y salir al exilio.

De esta forma el número de personas privadas de libertad por motivos políticos a comienzos de 1978 era bastante bajo. Registros de la Vicaría de la Solidaridad de la época (circunscritos a la Región Metropolitana) señalan que la dictación de esta norma permitió la liberación de 387 presos políticos que se encontraban privados de libertad a la fecha de su publicación. De ellos, 129 no estaban condenados y 258 cumplían condenas dictadas por tribunales militares. Ello contrasta con el número de personas que sufrieron prisión política entre 1973 y 1977, que sólo considerando los casos oficialmente reconocidos por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura corresponden a más de 24 mil personas.

De esos 387 presos liberados, al menos 41 de ellos estaban en proceso de conmutar su pena por la de extrañamiento. A muchos de los beneficiados con la amnistía se les expulsó inmediatamente del país, previa detención de algunos por la Central Nacional de Informaciones luego de recuperada la libertad. Tampoco fueron beneficiadas por esta norma, en la práctica, las personas cuyas penas habían sido conmutadas por las de extrañamiento. Ello en virtud de que el artículo 5 del D.L. 2191, dispuso que su regreso al país debía someterse a autorización previa del Ministerio del Interior. A ellos, así como a miles de exiliados, se les mantuvo la prohibición de ingreso al país por un tiempo indefinido, que dependía exclusivamente de la decisión de la autoridad de la época y que se extendió por varios años, en algunos hasta fines de la década del 80

En esto radica la más clara demostración de que el DL de amnistía no perseguía «fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos», como señalaba su considerando 2º, ni tampoco una real rehabilitación de los derechos civiles de los presos políticos. La amnistía no produ-

jo ningún efecto para las miles de personas que, habiendo conmutado sus penas por extrañamiento, seguían figurando en las listas de personas con prohibición de regresar al país. Muchas de ellas debieron permanecer exiliadas por periodos significativamente superiores a los que habían recibido como condena. Finalmente, el único beneficio que algunos pudieron recibir fue de eliminar antecedentes penales de aquellos condenados por tribunales militares, o penas accesorias, luego de largos años de exilio.

Esta intención fue inmediatamente percibida y denunciada por los organismos de defensa de los derechos humanos que trabajaban en ese momento en Chile. La Vicaría de la Solidaridad y otros organismos de defensa de los derechos humanos, las iglesias y organizaciones internacionales denunciaron que el D.L. de Amnistía era una norma que consagraba la impunidad de los violadores de derechos humanos y que favorecía en una medida muy menor a unos pocos presos políticos, desestimando su pretendido objetivo pacificador y de unidad nacional.⁷

En consecuencia, sin perjuicio de poder hacerse una evaluación de cada uno de los casos de las personas que fueron liberadas como consecuencia del D.L. 2191, en términos generales, se trató de personas que habían sido detenidas al margen de procesos judiciales, a las cuales luego se le formalizaron cargos en juicios que no contaron con las garantías del debido proceso, por tribunales que no gozaban de la autonomía e imparcialidad debida, siendo la mayoría torturadas para obtener su confesión, las sentencias condenatorias dieron por establecidos los hechos y su participación sin mayor fundamentación y contando con pruebas insuficientes. Estas detenciones correspondían a medidas de privación de libertad ilegítimas y carentes de juridicidad.

A esta conclusión arribó también la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, la que hizo una evaluación de las consecuencias de este decreto ley en relación a la prisión política, señalando que, si bien su dictación fue «esgrimida por sus partidarios como un elevado aporte a la pacificación de una sociedad dividida en el pasado, en la práctica buscaba preservar en la impunidad las anteriores violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado o personas a su servicio, aun cuando ese fin también haya supuesto beneficios para personas identificadas con el gobierno de la Unidad Popular o la disidencia política».⁸

3. Evolución de la jurisprudencia nacional en relación al DL de Amnistía

El comportamiento de los tribunales durante los 30 años de vigencia del DL 2.191 ha tenido una notoria variación. Del estudio de las sentencias dictadas, especialmente por la Corte Suprema, es posible distinguir diversas doctrinas en la aplicación y rechazo de esta norma. Esta evolución incluye desde la aplicación inmediata de la amnistía bastando la comprobación de que los hechos habrían ocurrido en el período cubierto por ella, su aplicación solo una vez identificados los responsables y agotada la investigación, hasta las doctrinas en virtud de las cuales se niega su aplicación.

⁷ Informes mensuales de la Vicaría de la Solidaridad de abril y mayo de 1978.

⁸ Ibid., Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, página 186.

Estas últimas se refieren básicamente a la consideración del secuestro como delito de ejecución permanente, en virtud del cual se hace no aplicable la amnistía en los casos de detenidos desaparecidos, y la preeminencia del derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Sin embargo, si bien es posible advertir tendencias, no es posible trazar líneas absolutas ni establecer la existencia de una jurisprudencia única. La conformación variable de las salas de la Corte Suprema, la reticencia a seguir y citar precedentes, y en ocasiones la escasa argumentación de los fallos contribuyen a estos factores. Por lo mismo ha existido una cierta superposición de doctrinas jurisprudenciales, en algunos momentos, que restan certeza a la aplicación del derecho y a la seguridad jurídica.

3.1. Aplicación inmediata

La intención de la Junta de Gobierno de asegurar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos a través de la dictación del D.L. 2.191 fue prontamente demostrada por el Juez Militar de Santiago, al amnistiar a los ocho funcionarios de Carabineros acusados de la desaparición forzada de quince campesinos de Lonquén. Dicha resolución puso término a la primera investigación criminal por violaciones a los derechos humanos que había logrado avanzar, gracias al extraordinario coraje del Ministro en Visita a cargo de la instrucción. La resolución sobreyó a los acusados bastando sólo la constatación de que los hechos habían ocurrido durante el período cubierto por la amnistía.

Sin embargo, las demás investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos no tuvieron la misma suerte. Los tribunales sobreyeron sin avanzar sustancialmente en la investigación de los hechos y la identificación de los posibles responsables, acogiendo la tesis de que no era necesario siquiera agotar la investigación criminal si los hechos habían ocurrido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Ello aun cuando el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal establece que «el sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté agotada la investigación». Es así como en 1989, la 2ª. Sala de la Corte Suprema (antes de que se estableciera la división de salas por materia) determinó que:

«Debe interpretarse el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que habiéndose dictado una ley de Amnistía, el Juez queda, desde ese momento, legalmente impedido de continuar la investigación y debe, necesariamente, sobreseer definitivamente en la causa. En el proceso fue la ley de Amnistía la que generó la extinción de la responsabilidad penal y, por ende, sólo corresponde demostrar la vigencia de la ley, situación que se produjo con su publicación en el Diario Oficial»⁹.

Esta interpretación se basaba en la preeminencia del artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, que establece que «Antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los

⁹ Corte Suprema. Sentencia de fecha 11 de agosto de 1989, recaída en recurso de casación en el fondo, en proceso rol 25.900, contra Miguel Estay Reyno.

antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio.»

Un primer intento por eliminar los efectos de la amnistía, luego de la recuperación de la democracia, fue el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado en un caso en el que se investigaba la desaparición de 70 personas. Sin embargo, el efecto resultó contraproducente, al provocar una sentencia del Pleno de la Corte Suprema que reforzó su postura a incluso ni siquiera investigar los hechos antes de amnistiar. Al rechazar dicho recurso, la Corte tuvo la ocasión de precisar su doctrina:

«...la amnistía constituye un acto del Poder Legislativo que suspende de manera objetiva la declaración de criminalidad hecha por otra ley, como consecuencia de que hace desaparecer en el delito su punibilidad al eliminar la pena y todos sus efectos en los hechos ilícitos que comprende, e impide y paraliza definitivamente o para siempre el ejercicio de toda acción judicial que tienda a sancionarlos... Lo anterior significa, que una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía deben los jueces proceder a declararla en conformidad con lo que al efecto preceptúan los artículos 107 y 408 No. 5 del Código de Procedimiento Penal, sin que en consecuencia tenga obligatoria aplicación lo dispuesto en el artículo 413 de este mismo Código, que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente»¹⁰.

Luego, al solicitarse la aclaración y reposición de dicha sentencia, el máximo tribunal, por unanimidad, precisó la cuestión relativa al momento de su aplicación, señalando que:

«verificada la procedencia de la ley de amnistía o perdón, los jueces deben declararla poniéndose término a la indagación o proceso judicial, puesto que así lo dispone el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, precepto que en esta situación prima sobre cualquier otro, puesto que obliga al juez, antes de proseguir con la acción penal, si los antecedentes que le suministre el proceso demuestran que se halla extinguida la responsabilidad procesal del inculpado, a pronunciarse sobre el punto negándose a dar curso al juicio, lo que hará, en consecuencia, sobreseyendo definitivamente la causa»¹¹.

En un interesante desarrollo doctrinal, la Corte afirmó esta interpretación, distinguiendo, en fallos posteriores, entre causales objetivamente acreditadas de extinción de la responsabilidad penal y causales que no se encuentran plenamente probadas y que sí justifican el agotamiento de la investigación antes de sobreseer¹². Según ellos, la amnistía establecida en el D.L. 2.191 sería de las primeras.

¹⁰ Corte Suprema. Sentencia sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de 24 de agosto de 1990, proceso rol 27.640.

¹¹ Ídem, sentencia de fecha 28 de septiembre de 1990.

¹² Ver por ejemplo, Corte Suprema. Sentencia de 24 de julio de 1996, proceso rol 33.696-95, considerando undécimo.

La sentencia también rechazó la aplicación de los Convenios de Ginebra, utilizando el argumento que luego sería reiterado en otras sentencias, incluso recientes. Para ello señaló:

«...de conformidad a lo que disponen los artículos 2° y 3° que son comunes a los 4 convenios promulgados, resulta manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados que surjan dentro del territorio de algunas de las Altas Partes Contratantes y dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un efectivo conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligarán sus disposiciones (art. 3°)».¹³

Luego agregó:

«Lo recién expresado es suficiente para concluir que la normativa de esos Convenios, en cuanto obliga a las Partes Contratantes a sancionar a los responsables de las graves infracciones que contemplan, no encuentran aplicación a los hechos delictuosos investigados en la causa en que incide el recurso en estudio, por cuanto si bien están comprendidos dentro del período de la Situación de Estado de Sitio que cubre la amnistía, no aparece que sean la consecuencia o hayan resultado de un estado de conflicto armado interno, de las características reseñadas precedentemente, concluyendo que las disposiciones de los mencionados convenios de Ginebra, no pueden resultar afectadas por el precepto legal que concedió la amnistía de 1978».¹⁴

3.2. Amnistiar luego de agotada la investigación y determinados los responsables

Con motivo de dar a conocer el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el Presidente Aylwin intentó modificar esta tendencia jurisprudencial. Para ello, además de su mención en el discurso dado al país en esa ocasión, ofició a la Corte Suprema exponiendo el argumento de la especialidad del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal y su preeminencia respecto del mencionado artículo 107 de dicho cuerpo legal, haciendo presente el carácter de delito continuado de la desaparición forzada, por lo que no le sería aplicable la amnistía, y afirmando que, en virtud de la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos, no eran aplicables la amnistía ni la prescripción a crímenes de lesa humanidad¹⁵. Este oficio dio lugar a la llamada «doctrina Aylwin» a pesar de que dicha denominación no hace justicia de todo el contenido de la postura que en esa ocasión hizo pre-

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Aylwin A., Patricio. Clase magistral dictada el 4 de junio de 2007 en el marco de la inauguración del año académico en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. En *Revista Ius et Praxis*, 13 (1): 425 - 434, 2007. www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100014-&script=sci_arttext

sente el Presidente Aylwin. En efecto, se ha entendido comúnmente como doctrina Aylwin sólo el primero de los argumentos, obviándose los restantes dos.

Sin embargo, la reacción de la Corte fue invariable y continuó resolviendo de la misma forma y los tribunales superiores siguieron aplicando la amnistía sin llegar a precisar las circunstancias de la detención de los desaparecidos, su paradero ni los responsables de los hechos, en base a la interpretación ya señalada¹⁶. No obstante, la respuesta formal al referido oficio no se hizo cargo de los argumentos expuestos en él, sino solamente se basó en afirmar su independencia y sus atribuciones exclusivas en relación a la interpretación de la ley¹⁷, lo que permite comprender la unanimidad alcanzada en contraste con la variación en la interpretación de esta norma que se daría sólo unos años después.

Es a partir de 1998 que el argumento de la obligación de agotar la investigación antes de sobreseer por amnistía, en base a la primacía del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal sobre el artículo 107 de éste, comenzó a ser acogida por la Corte Suprema. En virtud de él fueron revocadas sentencias que había declarado el sobreseimiento definitivo, ordenándose reponerlas al estado de sumario para continuar la investigación¹⁸. Otras sentencias fueron dictadas revocando el sobreseimiento definitivo dictado en ellas por aplicación de la amnistía, reemplazándolos por sobreseimiento temporal en tanto aparezcan mejores pruebas para identificar a los responsables.

Además de un argumento de texto, en relación a las disposiciones legales citadas, la Corte afirmó que la necesidad de identificar a los responsables era importante para la certeza jurídica que debía dar la amnistía, de forma de amnistiar a determinadas personas y no a hechos, como señala el artículo 1º del D.L. 2.191. Así, en oposición a la distinción antes mencionada entre causales de sobreseimiento definitivo objetivamente probadas y aquellas que no se encuentran plenamente acreditadas, la Corte impuso la obligación de agotar la investigación de forma de que el sobreseimiento pueda efectivamente producir acción y excepción de cosa juzgada¹⁹. Para ello la Corte señaló:

¹⁶ Corte Suprema. Sentencia de fecha 17 de septiembre del Tribunal en Pleno, proceso rol 29.285, y sentencia de 19 noviembre de 1993 de la 3ª Sala, proceso rol 4.771.

¹⁷ Corte Suprema. Oficio del Tribunal Pleno de fecha 13 de marzo de 1991. www.cepchile.cl/dms/archivo_1181_1241/rev42_documento.pdf

¹⁸ Jean Pierre Matus cita un precedente anterior, la sentencia de 4 de septiembre de 1995 en la causa por desaparición de Eugenia Martínez, proceso rol 5.661, así como las sentencias de fechas 8 de junio de 1998, en la causa rol 3.831-97, por desaparición de Jorge Ortiz; en la causa rol 247-98, de 7 de enero de 1999, por desaparición de José Bustos y otros; de 29 de diciembre de 1998, en la causa rol 2.097-98, por desaparición de Álvaro Barrios; de 26 de agosto de 2002, en la causa rol 1.359-01, por desaparición de Ricardo Weibel; de 29 de noviembre de 2002, en la causa rol 4.135-01, por desaparición de Héctor Contreras; de 31 de enero de 2003, en la causa rol 4.053-01, por desaparición de Roberto Aranda; de 31 de enero de 2003, en la causa rol 4.053-01, por desaparición de Nelson Almendras y otros, y de 3 de marzo de 2003, en la causa rol 4.209-01, por desaparición de Reinaldo Poseck. Un caso similar lo constituye la sentencia de fecha 28 de enero de 2000, proceso rol 4.088-99, por desaparición de Antonio Cabezas. Ver Matus A., Jean Pierre. Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial de decreto ley 2191 de amnistía, de fecha 19 de abril de 1978. *Ius et Praxis*, 2006, vol. 12, no. 1, p. 275-296. ISSN 0718-0012.

¹⁹ Es interesante notar que muchos de los casos prematuramente cerrados por los tribunales, habiéndose hecho aplicación inmediata de la amnistía, sin identificar a los beneficiarios de ella, han

«Que si bien el sobreseimiento puede ser dispuesto en cualquier estado del juicio, especial exigencia recae sobre el que tiene el carácter de definitivo en orden a que se encuentre agotada la investigación, según se dijo precedentemente, en los términos que exige los artículos 76 del Código del ramo y 127 del Código de Justicia Militar. De tal modo podrá suspenderse la tramitación del juicio al no poder avanzar las diligencias, pero en ningún caso disponer el término prematuro de las mismas con un efecto absoluto que impida realizar nuevas averiguaciones, desde el momento que la sentencia que así lo decida produce acción y excepción de cosa juzgada».

«Que de ellos se sigue que para aplicar la amnistía, debe estar igualmente determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los sucesos investigados; concluyéndose de lo razonado que al aplicar una causal de extinción de responsabilidad penal que, de acuerdo a los antecedentes expuestos no está llamada a decidir al pleito, se ha incurrido en un nuevo error de derecho por los magistrados del fondo.»²⁰

Este argumento había sido invocado en votos de minoría anteriores, como es el voto de los ministros Luis Correa y José Luis Pérez. Una posición similar, pero argumentando la necesidad de no burlar el espíritu de los Convenios de Ginebra en cuanto a la obligación de buscar y hacer comparecer ante los tribunales a las personas que cometieren infracciones graves a ellas, así como a que la prescripción de la acción penal, como todas las causales de extinción de responsabilidad del artículo 93 del Código Penal son de carácter personal²¹.

Esta doctrina se consolidó a partir de 2003. En ese año la Corte Suprema acogió recursos de casación anulando sentencias que habían decretado el sobreseimiento definitivo de procesos por existir cosa juzgada, en casos de sobreseimientos definitivos anteriores en los que se había aplicado la amnistía sin haber agotado la investigación. En estos casos, la Corte ordenó también que los procesos fueran investigados por tribunales ordinarios, sustrayéndolos de la competencia de los tribunales militares²².

sido precisamente reabiertos en función de que los responsables no han podido beneficiarse de la excepción de cosa juzgada, al no haber sido individualizados en los procesos que resultaron en los sobreseimientos.

²⁰ Corte Suprema. Sentencia de fecha 9 de septiembre de 1998, proceso rol 469-98, considerandos sexto y octavo.

²¹ Corte Suprema. Sentencias de 20 de agosto de 1998, en el proceso rol 28-97, y de 19 de agosto de 1998, en el proceso rol 973-97.

²² Citados por Matus, sentencias de fechas 28 de agosto de 2003, proceso rol 2.231-02, por desaparición de Jorge Fuentes y otros; de 4 de noviembre de 2003, proceso rol 1.134-02, por desaparición de Manuel Villalobos; de 11 de noviembre de 2003, proceso rol 2.505-02, por desaparición de Julio Flores; de 29 de marzo de 2005, proceso rol 4.622-02, por desaparición de María Andreoli, y de 12 de mayo de 2005, proceso rol 2.326-01, por desaparición de Anselmo Radrián. Ibid Matus.

3.3. La figura del secuestro como delito de ejecución continua o permanente

El argumento de que a la desaparición forzada le son aplicables los mismos criterios de ejecución permanente que al secuestro ha sido empleado por los abogados querrelantes en casos de violaciones de derechos humanos desde bastante temprano. Esta argumentación descansa en los siguientes elementos:

- a. Que el tipo penal aplicable es el de secuestro calificado;
- b. Que el secuestro es un delito de ejecución permanente, y
- c. Que no es posible determinar si se puso fin al secuestro en el período cubierto por la amnistía, ya sea por la liberación de la víctima o su muerte.

A) APLICACIÓN DEL TIPO PENAL DE SECUESTRO CALIFICADO

No existiendo el tipo penal de la desaparición forzada²³, estos crímenes han sido catalogados como secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal. Si bien las defensas de los imputados han alegado que corresponde aplicar el tipo de la detención ilegal (art. 148 del Código Penal), la jurisprudencia lo ha rechazado a partir de la sentencia en el caso de desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez²⁴. Para ello se ha basado en considerar el tipo del art. 148 como un tipo privilegiado, asimilándolo a la figura privilegiada concedida al particular que detiene a alguien para presentarlo ante la autoridad (art. 143). La Corte ha sostenido que para que este tipo privilegiado se aplique no basta con la calidad formal de funcionario público del autor, sino el móvil por el cual actúa debe ser concordante con dicha calidad. Para ello la Corte ha citado en repetidas ocasiones tres parámetros desarrollados por Antonio Bascuñán Rodríguez²⁵: a) que se detenga en razón de la persecución de un delito; b) que se deje alguna constancia de la detención, y c) que se ponga al detenido a disposición de los tribunales de justicia. No concurriendo estos requisitos en los casos de detenidos desaparecidos, la Corte invariablemente ha calificado los hechos como secuestro, establecido en el artículo 141 en la categoría de calificado o agravado, de conformidad al inciso tercero de dicha norma. Esto se refiere al caso en que la detención o encierro se prolongare por más de noventa días, o si de ellas resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido²⁶. Por el mismo motivo, la Corte rechazó la aplicación del tipo de violencias

²³ La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no ha sido ratificada, luego de no reunirse el quórum necesario en la Cámara de Diputados, y la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, de Naciones Unidas, ha sido recientemente aprobada por la Cámara y enviada a debate al Senado.

²⁴ Corte Suprema. Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2004, proceso rol 2.182-98.

²⁵ Bascuñán Rodríguez, Antonio. Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución, en materiales de estudio del Curso de Derecho Penal II, Universidad de Chile, noviembre de 1996, págs. 23 a 27. Citado en la sentencia de la Corte Suprema en el caso de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez y en otros fallos posteriores, como son la sentencia por la desaparición de Nelson Llanquilef (11 de octubre de 2007, proceso rol 2.370-07).

²⁶ La Corte Suprema aplicó la figura del artículo 141 del Código Penal en la sentencia de 9 de septiembre de 1998, en el caso por la desaparición de Pedro Enrique Poblete Córdova, proceso rol

innecesarias en la ejecución de actos de servicio, establecido en el artículo 330 del Código de Justicia Militar.

B) EL SECUESTRO COMO DELITO DE EJECUCIÓN PERMANENTE

Como se ha señalado, esta tesis ha sido argumentada por los abogados de derechos humanos desde antes de la recuperación de la democracia y formó parte del planteamiento hecho por el Presidente Aylwin en su oficio de marzo de 1991. Los tribunales no han puesto en cuestión esta doctrina, aceptándola tanto en los casos que han rechazado la amnistía como en aquellos que, con posterioridad, la han aplicado. Cuando han aplicado la amnistía, los tribunales han afirmado que no se aplican los supuestos de hecho en los que se basa, invirtiendo la carga de la prueba y exigiendo que se acredite que la privación de libertad ha continuado luego del 11 de marzo de 1978, fecha en la que concluye el período cubierto por la amnistía.

El reconocimiento del secuestro como delito permanente fue incluido en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de septiembre de 1994²⁷, decisión que fue revocada con fecha 26 de octubre de 1995 por la Corte Suprema, al resolver un recurso de queja presentado en su contra. En su fallo revocatorio, sin embargo, la Corte Suprema ratificó la doctrina sobre el carácter de delito permanente y consumación continua. El motivo de aplicación de la amnistía, en este caso, se fundamentó en la consideración de que no existe en la causa ningún indicio que permita sostener que la detención trascendió el período cubierto por la amnistía y que era impensable que el procesado haya podido persistir, más allá de dicho período, en la comisión del delito.

La aceptación de esta doctrina fue nuevamente recogida en la sentencia que rechazó la aplicación de la amnistía en el citado fallo por la desaparición de Pedro Poblete Córdova, de septiembre de 1998. Sin embargo, una más acabada argumentación respecto de este punto fue desarrollada en sentencias posteriores, como la sentencia dictada en el proceso por desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, de noviembre de 2004, en la cual se cita doctrina y jurisprudencia nacional. Para ello la sentencia señala que «los delitos permanentes son [...] aquellos en el que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta»²⁸. En apoyo de la argumentación la sentencia citó a Eduardo Novoa y señaló que ello es coincidente con las opiniones de Labatut y Cousiño y con jurisprudencia de la Corte de 1960. En base a la misma argumentación y apoyado en los mismos y en otros autores afirmó que «la prescripción de la acción penal correspondiente [a estos delitos] no empieza a correr sino una vez que ha ce-

469-98, a pesar de la argumentación en contra del Auditor General del Ejército, que en esa época integraba la Corte en casos de jurisdicción militar, expresada en su voto disidente. La argumentación más completa se encuentra en la sentencia de 17 de noviembre de 2004 en el proceso por la desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, proceso rol 2182-98.

²⁷ Proceso sobre la desaparición de Bárbara Uribe y Edwin Van Yurick, proceso rol 38.683-94.

²⁸ Corte Suprema. Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2004, proceso rol 2.182-98, considerando 36°.

sado la duración de su estado consumativo»²⁹. Tangencialmente, la sentencia también hizo referencia a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, señalando que, al momento de su dictación, su ratificación se encontraba en tramitación en el Congreso Nacional (y aún lo está). Sin embargo, no desarrolló un argumento respecto de su aplicabilidad.

Las sentencias posteriores, incluso las que han absuelto a los acusados, no cuestionaron esta doctrina y se basaron más bien en estimar que la privación de libertad no se ha podido extender más allá de cierta fecha, haciendo aplicable ya sea la amnistía o la prescripción de la acción penal. Sin embargo, en sus votos disidentes, e incluso en algunos fallos que han asumido la misma tesis de la Sala Penal, el ministro Rubén Ballesteros ha señalado que «lo permanente en esta figura penal, como en todos los delitos permanentes, no es la consumación, esto es, la ejecución completa de los actos de encierro, detención y aun de maltrato que causa grave daño, lo permanente del delito, es la prolongación del comportamiento o conducta del sujeto activo que mantiene y hace perdurar el estado de privación de libertad»³⁰. En base a esta distinción entre consumación y prolongación del comportamiento delictivo este ministro ha argumentado que no es necesario determinar la fecha de término de la privación de libertad para establecer la comisión del delito. A partir de ello y de las consideraciones de hecho sobre la extensión del secuestro, que se explicarán a continuación, ha razonado que es aplicable la prescripción de la acción penal, aun cuando se desconozca si la privación de libertad ha concluido.

C) CIRCUNSTANCIAS DE HECHO PARA DETERMINAR LA FECHA DE FINALIZACIÓN DEL SECUESTRO

Como se ha señalado, el debate y la variación en la jurisprudencia sobre esta materia no se ha dado en el ámbito doctrinario, relativo al carácter de permanente de la ejecución del delito de secuestro, sino en cómo se evalúan las circunstancias de hecho. La Corte Suprema ha variado el criterio de sobre a quién corresponde la carga de prueba para tener por acreditado que la privación de libertad se continúa ejecutando más allá del 10 de marzo de 1978, para rechazar la aplicación de la amnistía, o hasta la fecha de la sentencia, para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal.

Un buen ejemplo de la argumentación empleada para rechazar que el secuestro se haya continuado ejecutando más allá del 10 de marzo de 1978 está recogido en la sentencia, ya citada, de 26 de octubre de 1995, en el caso de la desaparición de Bárbara Uribe y Edwin van Yurick, en la que la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que condenó a los autores por el secuestro calificado de ambos. Como se señaló, en ella la Corte Suprema invirtió la carga de prueba y señaló que no existen indicios sobre la continuación de la ejecución del delito. Es más, la sentencia se apoyó en la circunstancia de que el condenado se encontraba fuera del

²⁹ Ibid., considerando 37°.

³⁰ Corte Suprema. Sentencia de fecha 28 de mayo de 2007, proceso rol 2.165-05, voto disidente del ministro Ballesteros, considerando séptimo. Esta misma argumentación se encuentra en los votos de minoría del mismo ministro en las sentencias de 11 de octubre de 2007, proceso rol 2.370-07, considerando quinto del voto de minoría, y de 27 de diciembre de 2007, proceso rol 3.587-05, considerando noveno del voto de minoría.

país por una gran porción del tiempo transcurrido luego de la privación de libertad de las víctimas para negar la continuación de la ejecución.

Este criterio varía en la sentencia del caso sobre la desaparición de Pedro Enrique Poblete Córdova, de septiembre de 1998, también ya citada. En su considerando 11° la Corte Suprema señaló que «ha de considerarse que se dio comienzo a la perpetración de los hechos el 19 de julio de 1974, ignorándose hasta esta fecha el destino y paradero de Pedro Poblete Córdova, por lo que es posible que el o los ilícitos que hubieren de establecerse excedieran el ámbito temporal y sustantivo de aplicación de Decreto Ley 2.191».

En la sentencia en el caso de la desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, ya mencionada, la Corte debió enfrentar la argumentación contraria expuesta por la defensa y fundamentar en forma más extensa su decisión. Es ilustrativo transcribir su respuesta en extenso:

«Que, se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido en contra de Sandoval Rodríguez no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que él esté todavía con vida, privado de libertad, sino que, por el contrario, todos piensan que está muerto.

Ahora bien, aunque esta última suposición pudiere ser verdad, ello nada dice en contra de la posibilidad de configurar el delito de secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que Sandoval Rodríguez haya sido muerto inmediatamente después de su detención y encierro sin derecho y, lo que es aún más importante, que su deceso, en el supuesto de haberse producido, haya sido anterior a la fecha en que se dictó el D. L. 2191, sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última.

En otras palabras, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el siete de enero de mil novecientos setenta y cinco y desde el veintiuno de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1o. del D.L. 2191, Sandoval Rodríguez no había aparecido y no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.»³¹

³¹ Corte Suprema. Sentencia de 17 de noviembre de 2004, proceso rol 2182-98, considerando 32°.

El mismo criterio fue confirmado luego en las sentencias de la Corte Suprema, en los casos de la desaparición de Diana Aarón³² y de Jorge Espinoza³³. En el primero de ellos la sentencia revocó una decisión anterior de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había absuelto a los procesados acogiendo la amnistía, afirmando que el secuestro se había extendido entre la fecha de la detención y la fecha en que la detenida fue vista por última vez en un cuartel de la DINA, ambas cubiertas por el plazo de vigencia de la amnistía. En respuesta a esta argumentación, la Corte Suprema señaló en su considerando sexto de la resolución que anuló la sentencia de la Corte de Apelaciones:

«Si está debidamente acreditado, como lo está, que el secuestro ocurrió, lo que debe probarse para entender que ha cesado el curso de la consumación originado por la privación ilícita de libertad de la víctima, es que ésta recuperó la libertad o que murió. Exigir, como lo hace el fallo atacado, que se pruebe la continuación del encierro o detención es totalmente innecesario, pues tal prosecución se deduce inmediatamente de que la víctima fue secuestrada y de que en el proceso no ha podido acreditarse que la privación de libertad haya finalizado, sólo la prueba de esto último permitirá afirmar que la consumación del secuestro había terminado y precisamente en la fecha y hora de recuperación de la libertad o pérdida de la vida de la ofendida.»

Luego, en la sentencia de reemplazo afirmó:

«Lo que el tribunal no ha podido establecer, a pesar de las investigaciones enderezadas en ese sentido, es si tal delito cesó de cometerse, es decir, si la víctima murió o recuperó su libertad en algún momento posterior. De allí que no pueda hacer otra cosa que entender que tal hecho criminal sigue en curso de consumación, sin que le sea viable establecer una fecha en la que tal cosa cesa de ocurrir. En ello no hay inversión alguna de la carga de la prueba, un concepto que, por lo demás, es ajeno al antiguo proceso criminal de corte inquisitivo, pues en él la carga probatoria descansa sobre el tribunal y no sobre las partes; simplemente la investigación logró probar la iniciación del secuestro pero, por motivos que aquí no corresponde calificar, no le ha sido posible acreditar su finalización».

En el juicio sobre la desaparición de Jorge Espinoza, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia del 1º Juzgado del Crimen de Santiago de fecha 16 de mayo de 2005, en el proceso rol 111.292-E, la que a su vez fue ratificada por la Corte Suprema en base al mismo argumento. El mismo criterio ha sido mantenido en las siguientes sentencias por casos de detenidos desaparecidos.

Sin embargo, una sentencia reciente confirma la ausencia de un criterio definitivo sobre la materia. Un cambio circunstancial en la composición de la Segunda Sala de la Corte Suprema llevó a la dictación de la absolución por prescripción de la acción penal, no por vigencia de la amnistía, en el caso de la desaparición de los hermanos

³² Corte Suprema. Sentencia de 30 de mayo de 2006, proceso rol 2182-98, recurso 3215-2005.

³³ Corte Suprema. Sentencia de 24 de julio de 2006, proceso rol 5514-05.

Héctor y Guido Barría Bassay. En su sentencia, la Corte retomó la argumentación utilizada 12 años antes, en el fallo en que se aplicó la amnistía por la desaparición de Bárbara Uribe y Edwin van Yurick, pero esta vez para aplicar la prescripción, afirmando que «no hay datos precisos y determinantes que permitan [...] sostener que la privación de libertad subsiste»³⁴. Al parecer los jueces partidarios de absolver los casos de violaciones a los derechos humanos han estimado inconveniente recurrir a la primera, pero utilizan las mismas argumentaciones para absolver en base no a un decreto ley de la dictadura dictado para garantizar su impunidad, sino una institución permanente y preexistente en el ordenamiento penal.

Es posible identificar los primeros fallos en los que las consideraciones relativas a la fijación de la época del término de la ejecución de la privación ilegal de libertad han sido utilizadas para efectos de la aplicación de la prescripción de la acción penal. En un voto de minoría del ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Lamberto Cisternas, en el juicio por desaparición de Jorge Espinoza, expuso un argumento que ha sido parte del debate sobre esta materia:

«Que [...] a partir del 11 de marzo de 1990 asumió el poder de la Nación un gobierno democrático, comenzando a funcionar en plenitud las instituciones establecidas en la Constitución de 1980 y a imperar las garantías individuales, quedando todos los organismos bajo el control y supervigilancia directa de la autoridad administrativa, por lo que debe concluirse, con un criterio objetivo y realista, que la privación de libertad de la víctima por el motivo indicado sólo pudo mantenerse hasta el 11 de marzo de 1990, no siendo razonable, por la sola circunstancia de ignorarse su paradero, prolongarla más allá de ese evento.»³⁵

Otra argumentación empleada para absolver a los acusados en casos de detenidos desaparecidos es presumir la muerte, muchas veces basados en las declaraciones de los propios testigos que los vieron agónicos en centros de tortura o simplemente de calificar los crímenes como homicidio, aun no habiéndose encontrado el cuerpo, estableciendo el fallecimiento de las víctimas por otros medios de prueba.

Esta argumentación se encuentra en el juicio sobre desaparición de Ricardo Riosco y Luis Cotal, respecto de los cuales el tribunal de primera instancia logró establecer que fueron detenidos por una patrulla militar, conducidos a una bodega y fusilados, no habiéndose ubicado sus cuerpos³⁶. En base a ello calificó los delitos como homicidio calificado y no como secuestro, criterio confirmado posteriormente por la Corte Suprema, que absolvió al comandante de la unidad militar por prescripción de la acción penal³⁷. El criterio fue recogido también en los votos de minoría del ministro Rubén Ballesteros, que pasó a integrar la Sala Penal de la Corte Suprema en septiembre de 2005, y como en el caso anterior, no lo fue para aplicar la amnistía sino la prescripción de la acción penal. En el juicio por desaparición de Luis Dago-

³⁴ Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 2007, proceso rol 3.925-05.

³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 29 de septiembre de 2005, recurso rol 16470/2005, resolución rol 132926, voto de minoría del ministro Cisternas, considerando e).

³⁶ Juzgado de Letras de Angol, proceso rol 63.257.

³⁷ Corte Suprema. Sentencia de 4 de agosto de 2005, proceso rol 457-05.

berto San Martín esta argumentación incluso se basó en los numerosos testimonios recabados en el proceso acerca de las graves condiciones físicas en que se encontraba la víctima luego de las torturas sufridas³⁸. En el proceso por la desaparición de Nelson Llanquilef el ministro Ballesteros concurreó junto con el ministro Nivaldo Segura en un criterio similar³⁹.

La calificación de homicidio de crímenes de desaparición forzada también se encuentra en sentencias que han concluido con la condena de los autores, las que han hecho aplicable las normas de derecho internacional de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, como se verá en la sección siguiente. Tal es el caso de la ejecución del comunero mapuche José Matías Ñanco, cuyo cadáver fue lanzado al mar desde un helicóptero y no ha podido ser ubicado⁴⁰.

En el juicio por la desaparición forzada de Cesáreo Soto y de Vidal Riquelme, y por homicidio calificado de Rubén Acevedo, los dos casos de desaparición fueron en definitiva calificados como homicidios, aplicándose a todos ellos la prescripción de la acción penal. Las tres víctimas eran conducidas como detenidas por una patrulla militar y al cruzar el puente Loncomilla fueron ejecutadas, siendo sus cuerpos arrojados al río. El cuerpo de Rubén Acevedo fue recuperado, no así los de Cesáreo Soto y Vidal Riquelme. Los antecedentes para estimar la muerte de los detenidos se basan en que todos habrían sido parte de la misma ejecución extrajudicial, incluyendo las declaraciones de los ejecutores materiales, así como los anuncios hechos con posterioridad por parte de las autoridades militares de la zona de haber dado muerte a los detenidos cuando intentaron arrebatar las armas a sus captores y darse a la fuga. La absolución por prescripción en este caso fue consecuencia de la mayoría circunstancial obtenida en la Segunda Sala de la Corte Suprema al faltar a la vista de la causa el presidente de la Sala, Alberto Chaigneau⁴¹.

En un fallo posterior, en el caso por desaparición de Carlos Contreras Maluje⁴², la Corte Suprema cambió la calificación del delito de secuestro al de homicidio calificado, basado en las graves condiciones físicas que se encontraba el detenido la última oportunidad en que fue visto, así como el hecho de haberse obtenido la declaración presuntiva de muerte, gestión civil que no produce efectos penales⁴³. En esta sentencia, que será analizada en la próxima sección, se rechazó la aplicación de la prescripción de la acción penal en base a la supremacía de las normas de derecho internacional que imponen la obligación de juzgar crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, aplicó la institución de la media prescripción, por el plazo transcurrido

³⁸ Corte Suprema. Sentencia de 28 de mayo de 2007, proceso rol 2.165-05, voto de minoría del ministro Ballesteros, considerando cuarto.

³⁹ Corte Suprema. Sentencia de 11 de octubre de 2007, proceso rol 2.370-07, votos de minoría del ministro Ballesteros y del ministro Segura.

⁴⁰ Corte Suprema. Sentencia de 18 de enero de 2007, proceso rol 2.666-04.

⁴¹ Corte Suprema. Sentencia de 12 de noviembre de 2007, proceso rol 6.626-05.

⁴² Corte Suprema. Sentencia de 13 de noviembre de 2007, proceso rol 6.188-06.

⁴³ Este último aspecto es relevante para el debate político relativo a las medidas de reparación a familiares de detenidos desaparecidos, pues confirma la aprensión de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos relativa a aceptar la declaración presuntiva de muerte o cualquier otra figura de carácter civil que de alguna forma pueda reconocer la calidad de fallecidos de las víctimas de desaparición forzada.

desde la supuesta muerte, que se tradujo en una rebaja sustancial de la condena a los sentenciados.

Finalmente, una nueva doctrina fue seguida en la sentencia por la desaparición de 17 personas en Parral, en la que se sostuvo que si bien no se ha acreditado el cese de la privación de libertad y el término de la consumación de los ilícitos «es posible estimar a efectos específicos de atenuación, que la consumación se ha producido al prolongarse el encierro o la detención por más de noventa días, pudiendo iniciarse el cómputo de la media prescripción a partir de esta fecha, es decir, a contar del día noventa y dos, teniendo en cuenta para ello que, aun en su prolongación en el tiempo, o incluso en el caso de resultar un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena determinada por este tipo calificado es siempre la misma: la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, sin alteración de su disvalor.»⁴⁴ Es decir, el sentenciador estimó irrelevante establecer la fecha de término de ejecución del crimen para efectos de calcular el transcurso del plazo requerido para aplicar la media prescripción, sin ofrecer mayor justificación que la señalada.

Se observa así un período que parecía augurar la consolidación de la jurisprudencia en torno a aplicar la figura del secuestro como delito permanente, en base a lo cual se ha rechazado la aplicación del Decreto Ley de Amnistía. Sin embargo, esta jurisprudencia ha sufrido serios reveses en varios casos, ya sea en base a la calificación del delito de homicidio, o incluso de la doctrina que se había utilizado por última vez en 1995 sobre la presunción de que, dado el tiempo transcurrido, no es posible sostener que la privación ilegal subsista. No obstante, en estos casos los jueces no han utilizado la amnistía como causal de extinción de la responsabilidad penal (ni siquiera la han mencionado), sino la prescripción de la acción. No obstante, el estudio de esta cambiante e incierta jurisprudencia no sería completo si no incluyera el otro componente de los razonamientos usados para una u otra solución, la vigencia y preeminencia de las normas de derecho internacional.

3. 4. La preeminencia del derecho internacional de derechos humanos

Además de los argumentos de derecho interno, el debate sobre la aplicación de la amnistía ha incluido también las consideraciones sobre la vigencia del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario y su preeminencia sobre normas de derecho interno como el propio D.L. 2.191 o instituciones preexistentes del derecho penal como la prescripción. Del estudio de la jurisprudencia es posible advertir una interesante evolución, hacia una mayor aceptación de la preeminencia del derecho internacional, como ha sido en general la doctrina de los tribunales superiores chilenos en materias diferentes a las violaciones de derechos humanos, particularmente relativas a la responsabilidad extracontractual del Estado. Ellas se basan en la aplicación de los Convenios de Ginebra y en otras normas de derecho internacional, incluyendo *ius cogens* y tratados multilaterales que han codificado principios de derecho internacional consuetudinarios. Los fallos recientes han incorporado además la jurisprudencia de la Corte Interame-

⁴⁴ Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 2007, proceso rol 3.587-05, considerando vigésimo sexto.

ricana de Derechos Humanos, particularmente a partir de la sentencia en el caso Almonacid contra Chile. Sin embargo, es posible advertir también que dicha evolución positiva ha sido permanentemente controvertida por votos de minoría, que en algunos casos han alcanzado mayorías, y que se han basado en una interpretación restrictiva de la vigencia del derecho internacional, ya sea limitándolo al derecho estrictamente convencional o excluyendo su aplicación al tipo de conflicto en cuyo contexto se cometieron los crímenes.

La preeminencia del derecho internacional por sobre normas que impiden la investigación de violaciones a los derechos humanos, como la amnistía, ha sido utilizada por abogados de derechos humanos desde los inicios de la labor de defensa de estos derechos, sin recibir, sino hasta las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago en que integró la Sala el profesor Humberto Nogueira, en septiembre de 1994, mayor acogida de parte de los tribunales superiores. Adicionalmente, una vez recuperada la democracia y como reacción ante la falta de acogida de estas doctrinas luego de los esfuerzos hechos por el Presidente Aylwin, un grupo de senadores presentó un proyecto de ley interpretativo del DL. 2.191 el 7 de abril de 1992⁴⁵. Ello, luego de fracasar una iniciativa de un grupo de diputados de presentar un proyecto de ley, debido a la exigencia constitucional de que proyectos de esa naturaleza deben tener su origen en el Senado. El proyecto se basaba en la prohibición de auto-exoneración de responsabilidad que establecen los Convenios de Ginebra y disponía la exclusión de la aplicación del DL 2.191 a los miembros de las Fuerzas Armadas u otros agentes del Estado. Establecía además la facultad de las víctimas cuyos casos hubieran sido sobreesidos por la aplicación de la amnistía de recurrir ante la Corte Suprema, en el plazo de un año, para solicitar la anulación de la referida sentencia. Sin embargo, dado que la composición del Senado no permitía contar con los votos suficientes para su aprobación, el proyecto fue archivado sin mayor debate.

Al poco tiempo, dos sentencias de septiembre de 1994 de la Corte de Apelaciones de Santiago marcaron un hito en esta materia, aunque luego fueron revocadas por la Corte Suprema. En ellas se afirmaba la tesis que años después acogería la Corte Suprema sobre la preeminencia de los Convenios de Ginebra y del derecho internacional de derechos humanos sobre el DL 2.191. Sin embargo, la Corte Suprema revocó tales decisiones aduciendo el mismo argumento que hasta el día de hoy emplean aquellos miembros de la Corte partidarios de aplicar la amnistía: que luego del golpe de Estado no existía una situación de guerra interna, y que las demás normas de protección y defensa de los derechos humanos no se encontraban vigentes al momento de cometerse las violaciones⁴⁶.

El debate se ha centrado en las siguientes circunstancias:

⁴⁵ Boletín 654-07.

⁴⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencias de 26 de septiembre de 1994, proceso rol 13-597-94, sobre el homicidio de Lumi Videla, y de 30 de septiembre de 1994, proceso rol 38.683-94, sobre la desaparición de Bárbara Uribe y Francisco van Yurick. Ambas revocadas respectivamente por la Corte Suprema, sentencias de 30 de enero de 1996, proceso rol 5.476-94 y 26 de octubre de 1995, proceso rol 5.566.

- a. Aplicación de los Convenios de Ginebra en relación al tipo de conflicto en el que los crímenes fueron cometidos y contenido de sus obligaciones en términos de prohibir la dictación de una amnistía como la decretada por el D.L. 2.191.
- b. Vigencia de normas de *ius cogens*, incluyendo aquellas recogidas en convenciones multilaterales que entraron en vigor con posterioridad a la comisión de los hechos o que Chile, incluso a la fecha, no ha suscrito o ratificado, o de otras fuentes de obligaciones internacionales que derivan de instrumentos no convencionales, y valor asignado a dichas normas en la jerarquía normativa nacional.

A) APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA

La discusión sobre la aplicación de estas convenciones no se refiere a su vigencia formal, pues no se ha discutido que Chile las suscribió y ratificó, estando vigentes a partir de su publicación, los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951. El tema en cuestión es si el contexto político en que se cometieron los hechos, luego del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 era o no era una situación de guerra que hace aplicables dichas convenciones. También ha habido debate sobre las obligaciones que derivan de tales convenciones y si ellas imponen la prohibición de dictar amnistías por crímenes cometidos en situaciones de conflictos armados internos.

Como se ha señalado, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada en el caso sobre el homicidio de Lumi Videla fue el primer pronunciamiento de un tribunal superior a favor de aceptar la aplicación de los Convenios de Ginebra. Para sostener su vigencia el tribunal argumentó que en la época de los hechos, septiembre a noviembre de 1974, el país estaba bajo estado de sitio, en virtud del Decreto Ley 640 de 10 de septiembre de 1974, que además hacía aplicables las normas del Código de Justicia Militar referente a los Tribunales Militares en Tiempo de Guerra. Dicha norma señalaba la existencia de fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas que operaban en forma abierta o clandestina, según el sentenciador. A ello agregó la sentencia de la Corte Suprema en el caso Chanfreau, que concluyó que en 1974 y aun más tarde, en Chile hubo una situación de guerra. A la misma conclusión arribó la Corte, en un segundo fallo redactado por el profesor Humberto Nogueira, como abogado integrante de la respectiva sala, en el juicio sobre desaparición de Bárbara Uribe y Francisco van Yurick.

Sin embargo, como se ha señalado, ambas sentencias fueron revocadas por la Corte Suprema, mediante decisiones de 30 de enero de 1996 y 26 de octubre de 1995, respectivamente. Sobre este punto, la primera de las sentencias estableció el argumento que ha sido utilizado en todas las sentencias que han rechazado la aplicación de los Convenios de Ginebra: que no existía una situación de guerra interna de acuerdo a la descripción que de ella hace el Protocolo II de dichos convenios. Para ellos se basa en el texto del Decreto Ley N° 5, que en su artículo 1° estableció:

«Declárase, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse «estado o tiempo de guerra» para los efectos

de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación».

Luego, el sentenciador señaló en sucesivos considerandos:

«11. Que, de la lectura de la disposición antes reproducida, y de los considerandos del precitado decreto ley N° 5, se colige que dicho precepto interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el solo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra, sin que en realidad concurrieran los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra. Lo que ocurre, es que las autoridades de la época, al concentrar amplias potestades constituyentes y legislativas, resolvieron enfrentar la situación de conmoción interna con especial rigurosidad para reprimir y sancionar con una mayor penalidad los delitos contra la seguridad interior del país, declarando el estado de sitio por la causal de guerra interna, entre otras razones, para activar la jurisdicción militar de tiempos de guerra. Por ello no se puede estimar fundadamente que a la época de la comisión del delito existiera efectivamente en el territorio nacional un conflicto bélico entre fuerzas contendientes de aquellas a las que aluden los Convenios de Ginebra.»

A mayor abundamiento, la sentencia no sólo restó vigencia a las Convenciones, sino también señaló que ellas no prohíben la aplicación de amnistías, sino, por el contrario, lo recomiendan:

«12. Que, en otro orden de ideas cabe destacar que ninguno de los Convenios de Ginebra señala que los delitos allí indicados no serán amniables y, por ende, que a los Estados obligados por ellos les esté expresamente prohibido dictar leyes de amnistía. Por el contrario, en el Protocolo Adicional a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), en su artículo 6, N° 5, se establece que «a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o determinadas por motivos relacionados con el conflicto armado».

Finalmente, en una afirmación que refleja la contumacia del sentenciador, la Corte señaló:

«14. Que, por lo dicho precedentemente, esta Corte Suprema, lejos de no aplicar los Convenios de Ginebra les atribuye a sus normas el real alcance y sentido en referencia a la exacta realidad fáctica que vivía el país en esa época. Lo anterior, es sin perjuicio además de reconocer que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional -como se destaca en la sentencia recurrida- si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuere procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las Naciones civilizadas no pueden invocar su Derecho Interno para eludir las obligaciones y compromisos

internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente, de producirse, sí debilitaría el estado de derecho.»

A su vez, la sentencia de 30 de enero de 1996 señaló que «mediante el Decreto Ley N° 3 de 1973 se declaró el estado de sitio por conmoción interna en el territorio nacional, lo que no importó el reconocimiento de un estado o tiempo de guerra en el país, lo cual se dispuso solamente con el objeto de dar aplicación a la normativa penal militar, tanto sustantiva, procesal y orgánica, según se deja expresamente consignado en el Decreto Ley N° 5 del mismo año.»⁴⁷ La sentencia se apoyó también en la argumentación de que la utilización de la legislación penal militar en tiempo de guerra constituyó un acto preventivo, previo o preparatorio de un estado o tiempo de guerra, citando a un tratadista nacional en relación a que el acaecimiento de «graves trastornos internos» podrán permitir la actuación de los «tribunales de tiempo de guerra, sin que signifique que el país esté en estado o tiempo de guerra»⁴⁸. Finalmente, la Corte concluyó sobre este punto lo siguiente, en su considerando tercero:

«Que tanto por lo expuesto, como por las circunstancias en que se desarrollaron los hechos con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, no es posible sostener que al interior del país existieron fuerzas armadas disidentes o grupos organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercieran sobre una parte del territorio nacional un control suficiente que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, por lo que resulta inaplicable la preceptiva contenida en los tratados internacionales ratificados por Chile que disponen diferentes reglamentaciones en dicho estado de casos, como son los Convenios de Ginebra de 1949.»

Una respuesta radicalmente diferente fue la dada por la Corte Suprema en la sentencia sobre la desaparición de Pedro Poblete Córdova⁴⁹. La diferencia estribó en la interpretación que la Corte dio a la última frase del citado artículo 1° del D.L. N° 5, en cuanto a que entre las «demás leyes penales y para todos los efectos de [la] legislación» de tiempo de guerra, que la norma hace aplicable al estado de sitio declarado, deben comprenderse también los Convenios de Ginebra. Luego, la Corte afirmó la obligación derivada de las citadas Convenciones en materia de perseguir y juzgar a quienes realizaran atentados graves contra las disposiciones de la Convención que protegen a no combatientes o excombatientes, señalando:

«10° Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los

⁴⁷ Corte Suprema. Sentencias de 30 de enero de 1996, proceso rol 5.476-94, considerando segundo.

⁴⁸ Astrosa, Renato. Derecho Penal Militar, páginas 45 y 46, citado por la misma sentencia.

⁴⁹ Sentencia ya citada, de 9 de septiembre de 1998, en el proceso rol 469-98.

acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido «Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos» (Fallos del Mes N° 446, Sección Criminal, página 2066, considerando 4°).⁵⁰

La última defensa de la primacía del Decreto Ley de Amnistía la hizo el Auditor General del Ejército, Fernando Torres, que en esa época integraba la Corte Suprema en casos de jurisdicción militar. En ella repitió los argumentos establecidos en las sentencias de los casos de Lumi Videla y de Bárbara Uribe y Francisco van Yurick, reiteró los argumentos relativos a la aplicación inmediata de la amnistía y agregó la conclusión de que:

«... no existe ningún convenio o tratado internacional que se encuentre vigente en Chile que limite o restrinja la facultad del Estado de dictar leyes de amnistía, debiéndose además tener presente que resulta del legítimo ejercicio de la soberanía la facultad de dictar leyes de tal naturaleza, como expresamente lo dispone la Constitución Política de la República en su artículo 60 N° 16».⁵¹

Si bien el criterio sobre la aplicación de los Convenios de Ginebra fue luego afirmado por la Corte al condenar a los autores de la desaparición forzada de Miguel Ángel Sandoval, en noviembre de 2004, por el delito de secuestro, la volatilidad de la jurisprudencia quedó demostrada luego con la sentencia de 4 de agosto de 2005, en que una conformación diferente de la Sala Penal concluyó en la absolución de los autores de la desaparición de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Álvarez⁵², delito calificado como homicidio y respecto del cual la Corte aplicó la prescripción de la acción penal. Esta sentencia ha sido la base de otras sentencias posteriores y votos de minoría que han sostenido que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra por no haberse dado los supuestos de hecho de una guerra interna al cometerse los crímenes. Por ello resulta conveniente hacer citas extensas tanto de los razonamientos empleados en ella, así como de los contrargumentos expresados por los disidentes.

En apoyo a la argumentación señalada, la sentencia de la Corte citó a Jean Pictet, a quien calificó como «el padre de los Convenios de Ginebra», quien en su Comenta-

⁵⁰ Esta argumentación ha sido empleada en forma idéntica en sentencias posteriores, como la dictada el 17 de noviembre de 2004, por la desaparición de Miguel Ángel Sandoval, proceso rol 2182-98.

⁵¹ Ibid., voto de minoría del Auditor General del Ejército, Fernando Torres, considerando décimo tercero.

⁵² Proceso rol 457-05.

rio del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios, señaló que:

«Después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de «conflicto armado no internacional» ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.»⁵³

Asimismo, la sentencia citó la obra de Hernán Montealegre, conocido defensor de los derechos humanos, «La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos», extrayendo de ella el siguiente párrafo:

«Para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se

⁵³ Ibid., considerando sexto.

desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...»⁵⁴

En apoyo a esta argumentación, el sentenciador citó también el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, cuyo decreto de promulgación fue publicado en 1991 y que:

«... dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo II se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.»⁵⁵

El mismo considerando hizo mención de que el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contiene una disposición similar.

La Corte utilizó estos instrumentos y doctrinas concluyendo que:

«Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que «conflicto armado sin carácter internacional» es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.»⁵⁶

Posteriormente, siguiendo el mismo razonamiento de las sentencias de los casos de Lumi Videla y de Bárbara Uribe y Francisco van Yurick, dictadas una década antes, afirmó que:

«De lo expresado en sus considerandos se infiere que en la época en que se dictó el D.L. 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

Gobierno, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es, a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un «conflicto armado no internacional», en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 5 de Octubre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados.

En efecto, no se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D.L. 5, de 1973.⁵⁷

Por último, la sentencia reafirmó que las citadas convenciones no contienen una prohibición de autoexoneración de la responsabilidad penal por los crímenes cometidos en violación a sus disposiciones. Para ello señaló:

«Que, aun en el evento de que se estimaren aplicables los Convenios de Ginebra, de 1949, lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados por los sentenciadores para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal invocadas por el condenado, no contienen prohibición alguna al respecto.

En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que «ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente», norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.»⁵⁸

⁵⁷ Ibid., considerando séptimo.

⁵⁸ Ibid., considerando noveno.

En su voto disidente, los ministros Cury y Rodríguez Espoz precisaron que la afirmación de Hernán Montealegre, citada por el voto de mayoría, tenía por objeto:

«destacar la arbitrariedad en que incurría el gobierno de facto al imponer el reconocimiento de tal estado no obstante la inexistencia de los presupuestos de hecho en que podía habérselo fundado correctamente, y con la esperanza de que quienes ostentaban el poder, o los tribunales de justicia o, cuando menos, la opinión ilustrada de la nación se hiciera eco de su reclamo y abogara por el restablecimiento de la recta doctrina. Como es de sobra sabido, nada de eso ocurrió, y el país prosiguió sometido al estado de guerra declarado por el Decreto Ley N° 5 hasta mucho después de ocurridos los hechos que aquí se están juzgando.»⁵⁹

Luego utilizaron un argumento de lógica para rechazar la aplicación de lo que denominaron, los efectos favorables de la legislación especial en situaciones de guerra, desconociendo las obligaciones y limitaciones que derivan de tal estado, de acuerdo a los Convenios de Ginebra. Para ello sostuvieron:

«Que, en opinión de los disidentes, no es admisible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que al quebrantamiento de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno de facto, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber quebrantado la normativa que regula los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso. Una de las mencionadas consecuencias es, precisamente, la prohibición de autoexoneración por los crímenes de guerra que se hubieren cometido en esas circunstancias, contemplada expresamente en los Convenios de Ginebra.»⁶⁰

Una argumentación adicional respecto de la vigencia de los Convenios de Ginebra fue expuesta en el voto razonado del ministro Sergio Muñoz en la sentencia del Pleno de la Corte Suprema, que confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de desaforar a Augusto Pinochet por torturas y desapariciones efectuadas en el cuartel de Villa Grimaldi de la DINA⁶¹. En dicho voto ratificó el criterio de que el D.L. N° 5 «indica expresamente que se dispone el 'estado o tiempo de guerra'

⁵⁹ Ibid., voto de minoría, considerando segundo.

⁶⁰ Ibid., voto de minoría, considerando tercero.

⁶¹ Corte Suprema. Sentencia de 3 de octubre de 2006, proceso rol 2.707-2006.

con la finalidad de aplicar la normativa penal sustantiva, como la procesal orgánica contemplada para ese estado, como para los efectos que disponen las 'demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación'; normativa entre la cual se encuentra, precisamente, la de los Convenios de Ginebra de 1949.»⁶² El voto citó, además, la obligación contenida en el artículo 146 del Convenio respecto a «tomar las medidas legislativas necesarias para fijar sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren, o diesen orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves del presente convenio», definidas en el artículo 147 de éste, así como la obligación «de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los tribunales de ella»⁶³. Finalmente, citó el artículo 148 del Convenio, en el sentido de que las partes en este no tienen la facultad de exonerarse a sí mismas de las responsabilidades incurridas por ella a causa de infracciones previstas en el artículo precedente.

En forma complementaria, la Segunda Sala de la Corte Suprema, al pronunciar la sentencia en el juicio por desaparición de José Matías Ñanco, citó otras normas dictadas por la Junta Militar inmediatamente luego del golpe de Estado, como el Decreto Ley N° 1 y el Bando N° 5, en base a las cuales concluyó que «el golpe de Estado fue un acto de guerra»⁶⁴. Luego, en una aseveración que podría entenderse como una crítica a la conducta del Poder Judicial de la época, la Corte señaló que los tribunales superiores de justicia rechazaron los recursos presentados en contra de las autoridades militares y particularmente de las decisiones de los Consejos de Guerra. Al respecto, la sentencia señaló que «existió durante aquella época la negativa de las Cortes de Apelaciones del país y de esta Corte Suprema de conocer de los procesos de los tribunales militares en tiempos de guerra, fundándose en que el estado de guerra creaba una situación especial que recogía el artículo 74 del Código de Justicia Militar, al concentrar en el General en Jefe de los Ejércitos dicha jurisdicción»⁶⁵, citando para ello resoluciones de la Corte Suprema de 1974, en los que se afirmó la supremacía absoluta de las decisiones de las autoridades militares por sobre dicha Corte e incluso por sobre las normas legales relativas a la protección de menores.

Esta argumentación fue reforzada por la sentencia dictada en el proceso por homicidio del reservista del Ejército, Manuel Rojas Fuentes, la que señaló como antecedentes para argumentar el estado de guerra vigente en la época el uso de bandos militares para gobernar el país, la designación de un «General en Jefe de un Ejército especialmente designado para combatir a los rebeldes organizados»⁶⁶ y la inhibición de la propia Corte Suprema para ejercer control jurisdiccional sobre los tribunales de tiempo de guerra. Sobre este último punto la Corte señaló que mediante estas decisiones ella:

«... confirm[ó] la existencia del pretendido estado de guerra en diversas decisiones, excluyendo toda posibilidad de inmiscuirse de cualquier otra auto-

⁶² Ibid., considerando octavo. Destacado del autor.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Corte Suprema. Sentencia de 18 de enero de 2007, proceso rol 2.666-04, considerando octavo.

⁶⁵ Ibid., considerando décimo primero.

⁶⁶ Corte Suprema. Sentencia de 13 de marzo de 2007, proceso rol 3.125-04, considerando octavo.

ridad de la jurisdicción ordinaria que no se encuentra incluida en la organización jerárquica, autónoma e independiente de los tribunales militares de dicho tiempo»⁶⁷.

La sentencia expresamente expuso como argumentos para «desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objeto únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la situación de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra»⁶⁸, una resolución del Fiscal de Aviación en Tiempo de Guerra en el proceso rol 1-73, que afirmó la presencia de un enemigo interno a partir de «la existencia de grupos organizados militarmente [...], todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las fuerzas armadas»⁶⁹. También citó una resolución del Consejo de Guerra de Temuco, de octubre de 1973, que señaló que «es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos –para tal calificación– por el artículo 418 del Código de Justicia Militar»⁷⁰. Finalmente, como antecedentes adicionales, citó afirmaciones de las autoridades de la época que denunciaron la existencia de una guerra interna y en especial la afirmación contenida en la respuesta oficial del Ejército al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. En base a todo ello concluyó:

«Que estos conceptos no hacen más que trasuntar la legislación de su época, toda vez que el artículo 418 del Código de Justicia Militar «entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial», y así los referidos Decretos Leyes N° 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N° 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse «en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad», único supuesto que para este caso admite el artículo 6°, letra b), del Decreto Ley N° 640.»

«Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho.»

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid., considerando noveno.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

«Por lo demás, el Decreto Ley N° 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era «para todos los efectos de dicha legislación», o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.»⁷¹

Es interesante notar en esta sentencia una práctica inusual en la jurisprudencia nacional de hacerse cargo de argumentos expuestos en otras sentencias. La falta de diálogo, por decirlo de alguna forma, entre sentencias contradictorias, es una seria limitación que dificulta el desarrollo de argumentos. Por ello constituye un signo positivo que en este fallo la Corte haya respondido abiertamente a uno de los argumentos empleados en la sentencia del caso sobre desaparición de Rioseco y Cotal. Para ello transcribió la misma cita de Jean Pictet, agregando a continuación la precisión que el propio Pictet hizo respecto a su afirmación, en términos de que:

«Por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común»⁷².

Luego la sentencia agregó:

«Corroboro lo anterior que el objetivo de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificará, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3° en examen no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.»⁷³

La Corte también recurrió al argumento expuesto en el voto de minoría de la sentencia del caso Rioseco y Cotal, en términos de que no es aceptable que quienes se asilaron en las ventajas de la declaración de estado de guerra pretendan desconocer las obligaciones que derivan de dicha declaración, afirmando además que:

⁷¹ Ibid., considerando undécimo.

⁷² Ibid., considerando duodécimo.

⁷³ Ibid.

«... la señalada situación de desprotección a las seguridades mínimas procesales al aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para imputados de graves delitos, así como la penas de tiempo de guerra, hacen que los Convenios de Ginebra deban aplicarse necesariamente como debido contrapeso a esta jurisdicción extralimitada.»⁷⁴

Concluyó así el tribunal que en la época de ocurridos los hechos:

«... en Chile existía un «conflicto armado no internacional», en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos armados son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.»⁷⁵

La sentencia también se hizo cargo de los efectos de la vigencia de estos Convenios, en relación a la obligación de los Estados de disponer medidas legislativas que sancionen las infracciones graves y de juzgar a quienes las infrinjan. Asimismo, la Corte precisó en esta ocasión que la prohibición de autoexoneración de responsabilidad no se limita sólo a la responsabilidad civil, como se argumentó en la sentencia de la misma Corte en el caso Rioseco y Cotal, realzando la importancia de la función de prevención general de la reacción punitiva.

A continuación, la sentencia respondió también al argumento referido a que los Convenios de Ginebra no imponen restricciones a la dictación de amnistías, sino que, por el contrario, el Protocolo II, en su artículo 6 N° 5 estimula la concesión de éstas. Para ello, afirmó que para estos efectos debe distinguirse entre las regulaciones relativas a la guerra externa y guerra interna, señalando que la citada disposición sólo existe en relación a esta última. Ello porque en los conflictos internos «los alzados en armas contra del gobierno legítimo, están sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo, dado que jurídicamente no tienen derecho a combatir, ni a empuñar las armas. Si lo hacen, entonces están perpetrando, por ese solo hecho, delitos como la rebelión o la sedición.»⁷⁶ Es respecto de estos delitos que el artículo 6 N° 5 favorece la dictación de amnistías.

Agregó también que la citada disposición debe entenderse en función de favorecer a los vencidos en el conflicto y no a los agentes del Estado que cometen crímenes de lesa humanidad. Para ello afirmó:

«... que no puede ser utilizada la amnistía en casos de delitos de guerra ejecutados al amparo del ejercicio de un poder incontrolado por agentes oficiales

⁷⁴ Ibid., considerando décimo cuarto.

⁷⁵ Ibid., considerando décimo quinto.

⁷⁶ Ibid., considerando vigésimo primero.

u oficiosos del Estado [...] utilizando la ley nacional como instrumento de incumplimiento y violación de tratados internacionales vigentes y de principios generales de derecho de las naciones civilizadas»⁷⁷.

La sentencia agregó, en apoyo a esta aseveración, la necesidad de interpretar las Convenciones en forma sistemática y como un todo orgánico integrado, utilizando además el principio *pro homine*, así como la «cláusula Martens», expresamente incluida en el preámbulo del Protocolo II en términos de que «en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.»

Finalmente, la sentencia se hizo cargo de la afirmación relativa a que la dictación de amnistías era una materia soberana del Estado y una atribución de los poderes colegisladores, haciéndose nuevamente cargo de argumentos expresados en sentencias y votos de minoría que habían argumentado en contrario. Para ello señaló que:

«... si [el Estado] ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria»⁷⁸.

Es así como la sentencia concluyó que el Decreto Ley de Amnistía constituye «un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.»⁷⁹. Como consecuencia, la Corte concluyó:

«Que, por ende, el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia.»⁸⁰

A pesar de lo sólidas de estas argumentaciones, aquellos Ministros partidarios de aplicar la amnistía o la prescripción continuaron apoyándolas. Es así, por ejemplo, en su voto de minoría en la sentencia dictada en el juicio por la desaparición de Luis Dagoberto San Martín Vergara, el ministro Ballesteros insistió en su argumentación restrictiva sobre la aplicación de los Convenios de Ginebra y la cita parcial y torcida de

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., considerando vigésimo tercero

⁷⁹ Ibid., considerando vigésimo cuarto.

⁸⁰ Ibid., considerando vigésimo quinto.

Jean Pictet y de Hernán Montealegre, así como en la argumentación sobre la inexistencia de las condiciones que se exigen para la existencia de un conflicto armado interno, pero sin hacer mención a los contraargumentos presentados respecto de dichas citas en la sentencia por la ejecución de Manuel Rojas⁸¹. Las referidas citas y argumentos fueron secundados por la mayoría de los integrantes de la Segunda Sala en la sentencia que absolvió por prescripción de la acción penal a los autores de la desaparición de Vidal Riquelme y Cesáreo Soto, y del homicidio de Rubén Acevedo, sin tampoco hacerse cargo de los contraargumentos señalados⁸². En este caso, la sentencia citó los argumentos como fueron expuestos en la sentencia que absolvió a los autores de la desaparición de Luis Cotal y Ricardo Rioseco, transcribiendo sus considerandos sexto y séptimo.

Los mismos párrafos son copiados textualmente en el voto de minoría del ministro Segura en la sentencia por la desaparición de Carlos Contreras Maluje, aunque en esta ocasión dicha opinión no es compartida por el Ministro Ballesteros⁸³. En una situación que produce desconcierto, este ministro vuelve a afirmar la tesis sobre la inexistencia de guerra interna y la no aplicación de los Convenios de Ginebra en su voto de minoría, con el ministro Segura, en la sentencia por la sustracción de menores y homicidio de dos jóvenes obreros, el secuestro y homicidio de otros cuatro y el secuestro de otro más⁸⁴. Esta sentencia también recoge la tesis de que, si bien la amnistía y la prescripción no son aplicables, si lo es la media prescripción, rebajándose la pena de los condenados.

En consecuencia, a pesar del progresivo desarrollo de jurisprudencia que ha afirmado la aplicación de los Convenios de Ginebra y, como consecuencia de ello, la primacía de éstos sobre el Decreto Ley de Amnistía y la prescripción de la acción penal, la Corte Suprema no ha logrado definir una postura común sobre la materia. Así, este debate de sordos se ha traducido en que estas Convenciones son aplicadas o rechazadas de acuerdo a la composición de la Sala Penal en cada caso.

B) APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL IMPERATIVO Y DE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL NO CONVENCIONAL

En forma adicional a los Convenios de Ginebra, ha sido sostenido por los abogados de las víctimas de violaciones a los derechos humanos que la obligación de juzgar crímenes de lesa humanidad deriva de una norma imperativa de derecho internacional general o *ius cogens*, así como de obligaciones derivadas de fuentes no convencionales del derecho internacional, como declaraciones multilaterales de organismos internacionales suscritas por Chile o incluso de tratados multilaterales

⁸¹ Corte Suprema. Sentencia de 28 de mayo de 2007, proceso rol 2.165-05, voto de minoría, considerando décimo quinto a décimo octavo.

⁸² Corte Suprema. Sentencia de 12 de noviembre de 2007, proceso rol 2.182-98, considerando séptimo.

⁸³ Corte Suprema. Sentencia de 13 de noviembre de 2007, proceso rol 6.188-06, voto de minoría, considerando séptimo. No obstante, en este caso debe notarse que el ministro Ballesteros voto a favor de la condena, reconociendo la aplicación de los Convenios de Ginebra por sobre la amnistía y la prescripción de la acción penal, pero aplicando la media prescripción, lo que resultó en una rebaja considerable de las penas impuestas.

⁸⁴ Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 2007, proceso rol 1.489-07.

suscritos pero no ratificados a la ocurrencia de los hechos. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha experimentado también una evolución en su postura respecto de la vigencia estas normas y sus efectos en relación a la validez del D.L. de Amnistía y en relación a la aplicación de la prescripción de la acción penal respecto de este tipo de delitos.

La respuesta de rechazo a la aplicación de estas normas por parte de la Corte Suprema fue expresada en la sentencia que revocó, por vía de un recurso de queja, la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago en el juicio por desaparición de Bárbara Uribe y Edwin van Yurick, ya citada. En la sentencia de segunda instancia, la Corte de Apelaciones había afirmado la vigencia, al momento de su dictación, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y la Convención Americana de Derechos Humanos. En virtud de ello, la sentencia afirmaba que era deber de los tribunales, como órganos del Estado, respetar y promover los derechos en ellos establecidos, de conformidad al artículo 5, inciso 2, de la Constitución. El argumento entonces no se refería a la vigencia de las convenciones al momento de ocurrido el crimen, sino a una obligación vigente al momento de dictar sentencia. A esta argumentación, la Corte Suprema sostuvo la primacía del mandato constitucional de prohibición de irretroactividad de la ley penal, afirmando que ellos no estaban vigentes al cometerse los hechos y fijando como fecha de inicio de su vigencia la de la publicación de los respectivos decretos promulgatorios en el Diario Oficial. Adicionalmente citó el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en relación a que las disposiciones de éstos no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir...»⁸⁵. Este criterio fue ratificado al revocarse la otra sentencia de la Corte de Santiago, en el proceso sobre el homicidio de Lumi Videla⁸⁶. El mismo criterio sería utilizado en el voto de minoría del Auditor General del Ejército en el caso de Pedro Poblete Córdova, a pesar de que en dicha ocasión, la sentencia no hizo referencia a otras normas de derecho internacional además de los Convenios de Ginebra, salvo al mencionar los argumentos de la parte recurrente⁸⁷.

En la sentencia por desaparición de Ricardo Rioseco y Luis Cotal la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, que había citado en sus considerandos las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional antes de la fecha de comisión de los crímenes. Para ello argumentó que dicho pacto entró en vigencia sólo luego de su publicación. Para la Corte no tuvo valor que el Pacto hubiera sido ratificado por Chile en 1972 y que haya entrado en vigencia antes de la dictación del D.L. 2.191 ni que se hubiera dictado su decreto promulgatorio también con anterioridad a dicha fecha, habiéndose postergado

⁸⁵ Corte Suprema. Sentencia de 26 de octubre de 1995, proceso rol 5.566, considerando décimo tercero.

⁸⁶ Corte Suprema. Sentencia de 30 de enero de 1996, proceso rol 5.476-94.

⁸⁷ Corte Suprema. Sentencia de 9 de septiembre de 1998, proceso rol 469-98, considerando décimo tercero del voto de minoría.

sólo su publicación por doce años. También rechazó la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad o del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por no haber sido ratificado por Chile, «no teniendo la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal»⁸⁸.

La primera ocasión en que la Corte Suprema desarrolló una argumentación más extensa acerca de la vigencia del derecho internacional de derechos humanos en relación a la amnistía fue en el voto razonado en que el ministro Sergio Muñoz concurrió a la decisión del Pleno de desaforar a Augusto Pinochet. En dicho voto citó diferentes fuentes del derecho internacional humanitario, incluida la Convención de Ginebra de 1864, la de 1906 y 1925, y el Convenio de La Haya de 1907, los que tratan sobre el derecho de la guerra y tratamiento de prisioneros, heridos y civiles. Citó también las normas aprobadas en conjunto con los Convenios de Ginebra, que son parte de su contexto jurídico, como son el estatuto del Tribunal de Nüremberg y el reconocimiento que hizo la Comisión de Derecho Internacional de dicho Estatuto, estableciendo que:

«...en 1950 señaló que constituyen principios de Derecho Internacional, reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, **señalando, específicamente en el numeral sexto de los principios, que son punibles como crímenes ante el Derecho Internacional:** **«a) Crímenes contra la paz:** i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); **b) Crímenes de guerra:** Violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la mantanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; **c) Crímenes contra la humanidad:** El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra.»⁸⁹

⁸⁸ Corte Suprema. Sentencia de 4 de agosto de 2005, proceso rol 457-05, considerandos décimo a décimo tercero.

⁸⁹ Corte Suprema. Sentencia de 3 de octubre de 2006, proceso rol 2.707-06, voto razonado del ministro Muñoz, quien concurre a confirmar la sentencia apelada, considerando noveno (negritas del autor).

También citó la Declaración de Naciones Unidas sobre el Crimen de Genocidio de 1946, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Citó además el preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, que se funda en principios sólidamente aceptados en la época respecto del imperativo de juzgar dicho tipo de delitos y que refleja el carácter codificador, afirmando que «en la expresión de motivos se advierte que la convención es un acto más bien declarativo que constitutivo de una situación jurídica, ya que representa el paso natural luego de haber desarrollado la normativa internacional que se destaca, la que ha sido suscrita por la República de Chile. Se une a lo anterior que se participara en la revisión de su protocolo facultativo.»⁹⁰

Luego afirmó el efecto que tiene la suscripción de tratados, aunque éstos no hayan sido ratificados, señalando que:

«La Corte Internacional de Justicia ha declarado que la firma de un tratado genera un estatuto provisorio para los Estados, que se traduce en el derecho a velar por que no se debilite el convenio, como también a no contrariar sus disposiciones en el tiempo intermedio que dure el trámite de ratificación, siéndoles aplicables el principio de la buena fe que establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.»⁹¹

El voto razonado hizo también mención a la «Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 3 de diciembre de 1973» que, por haber sido suscrita por el propio Régimen Militar, tiene particular relevancia política, aunque ello, en estricto derecho, no implique un mayor o menor grado de obligatoriedad jurídica. A continuación transcribió las disposiciones de esta declaración que impone el compromiso y obligación de los Estados de investigar este tipo de crímenes y de buscar, detener y enjuiciar a aquellos respecto de los cuales existan pruebas de culpabilidad y de castigarlos en caso de ser declarados culpables.

Luego también citó numerosas declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y Convenciones en las que Chile participó entre 1969 y 1992, incluyendo el período de dictadura, en materias como el trato a presos políticos en Sudáfrica, la represión y castigo del crimen de Apartheid, castigo a criminales de guerra y a quienes hayan cometido crímenes de lesa humanidad, declaraciones sobre protección de las personas contra la tortura, sobre personas desaparecidas y desaparición forzada de personas, y del derecho y deber de individuos e instituciones de promover y proteger los derechos humanos. A continuación, citó los principales instrumentos del ámbito americano y las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en orden a juzgar las violaciones de derechos humanos cometidas en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, así como el establecimiento de los respectivos tribunales internacionales, citando dos sentencias dictadas por éstos.

A modo de conclusión afirmó que:

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

«Sobre la base de la reglamentación internacional vigente en nuestro país, en el estado actual del desarrollo de la conciencia universal, no se debe razonar en demasía para afirmar que existen derechos humanos fundamentales, los cuales ninguna persona o autoridad de un Estado puede desconocer, entre los cuales indudablemente se encuentra la vida, la seguridad personal y la integridad física y psíquica [...y...] que existe un derecho humanitario que todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho de gentes o *ius cogens* que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.»⁹²

Posteriormente, el voto razonado expuso cómo «la existencia de los principios generales del derecho, han sido recogidos por múltiples sentencias de nuestros tribunales»⁹³, citando para ello una sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1987.

En relación a la incorporación de las normas de derecho internacional en el ordenamiento interno, el voto afirmó la existencia y fuerza vinculante de los tratados una vez suscritos por el Ejecutivo. De ello deriva que «los tribunales de justicia y este magistrado tienen la obligación de aplicar tales instrumentos internacionales obligatorios para nuestro país»⁹⁴.

Luego citó el debate sostenido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en relación al que sería artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, concluyendo que dicha norma constituye una «construcción supraconstitucional que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, sino por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional»⁹⁵. Ello es también consistente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo al ministro Muñoz, quien señaló que ésta «ha expresado la inadmisibilidad de las disposiciones relativas a la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos»⁹⁶, citando la sentencia en el caso Barrios Altos.

Estas argumentaciones fueron seguidas en una sentencia dictada dos meses después por la Corte Suprema, en la que revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia y condenó a los autores del homicidio de Hugo Vásquez y Mario

⁹² Ibid., considerando décimo.

⁹³ Ibid., considerando undécimo.

⁹⁴ Ibid., considerando duodécimo.

⁹⁵ Ibid., considerando décimo tercero.

⁹⁶ Ibid.

Superby. En ella se mencionó a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, haciendo presente que «si bien la norma convencional citada no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida que concurren los elementos que permiten acreditar la existencia de una **costumbre jurídica internacional**, cuales son la **práctica de los Estados** «como elemento material de éstas» y la **«opinio iuris» internacional**»⁹⁷. Luego la sentencia explicó cómo se cumplen los requisitos para sostener que la imprescriptibilidad de la acción penal en estos crímenes es una norma de *ius cogens*, reuniéndose las condiciones de práctica de los Estados y *opinio iuris*.

Para lo primero, la sentencia señaló que Chile no ha sido un objetor persistente del principio de imprescriptibilidad y que la falta de suscripción y ratificación por parte de Chile «lo desvincula del instrumento convencional, pero no de la costumbre internacional»⁹⁸. Con posterioridad afirmó que, «la **«universalidad» del principio de imprescriptibilidad**, predicada en la Preámbulo de la Convención de 1968, es demostrativa del carácter puramente declarativo que el instrumento internacional asigna a esa institución, el que se refuerza a partir de la simple lectura de su artículo I, en cuanto precisa que los **crímenes de guerra** (letra a) y de **lesa humanidad** (letra b) **«son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido»**. En otras palabras, la Convención no se limitó a **enunciar** esta regla, sino que a **afirmarla**, mediante su positivación, ya que ella operaba ya a la fecha como **derecho consuetudinario internacional**»⁹⁹, citando otras fuentes que provienen de resoluciones del Consejo Económico y Social y de la Asamblea General de Naciones Unidas previas a la aprobación de la Convención.

En apoyo de la existencia de *opinio iuris*, la sentencia citó la extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mencionando las sentencias en los casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Blake, y en relación específica con la vigencia de leyes de amnistía, la sentencia en el caso Barrios Altos y muy especialmente Almonacid Arellano y otros contra Chile.

Adicionalmente, la sentencia argumentó que la prescripción de la acción penal en este caso es una infracción a la Convención Americana de Derechos Humanos, aun cuando ella hubiere sido suscrita y ratificada por Chile con posterioridad a los hechos o que el Estado de Chile la hubiera ratificado y haya declarado que reconocía la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Para ello señaló que «la exoneración de responsabilidades en virtud del instituto de la prescripción extintiva [...] contraviene [...] su artículo 1º, que obliga a los Estados Partes a respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, entre los cuales aquéllos «ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter» anteriores a su

⁹⁷ Corte Suprema. Sentencia de 13 de diciembre de 2006, proceso rol 559-04, considerando décimo tercero (negritas del autor).

⁹⁸ Ibid., considerando décimo cuarto.

⁹⁹ Ibid., considerando décimo sexto (negritas del autor).

vigencia, según refiere el artículo 2º, [...] toda vez que tal «declaración», no constitutiva de «reserva», sólo importa una limitación temporal de la competencia «ratione temporis» de los órganos integrantes de la jurisdicción internacional y, ciertamente, no incide en la jurisdicción de los tribunales nacionales que, *a contrario sensu*, sí podrían conocer de esas situaciones, anteriores a la data especificada. En consecuencia, al extender a los procesados la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción, conforme a los artículos 93, N° 6º y 94 del Código Penal, en su relación con el artículo 433, N° 7º del Código de Procedimiento Penal, el sentenciador hizo una falsa aplicación de esta preceptiva, con infracción de los artículos 1º y 2º de la citada Convención Americana, que excluyen la procedencia de la señalada causal excluyente de responsabilidad, y que debieron recibir aplicación preferente.»¹⁰⁰

El voto de minoría del ministro Ballesteros empleó los mismos argumentos utilizados en la sentencia que absolvió a los autores de la desaparición de Rioseco y Cotal, en términos de que la falta de suscripción y ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad la hacen inaplicable en el derecho interno, no haciéndose cargo de los argumentos expuestos en materia de la vigencia de dicho principio como norma de *ius cogens*. También reiteró lo señalado en relación a que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habría entrado en vigencia en Chile sólo a partir de su publicación en el Diario Oficial y que el Estatuto de Roma no ha sido ratificado aún, sin argumentar en contra de la afirmación de que se trata de una convención que ha codificado normas de costumbre internacional y principios de *ius cogens*.

En un intento por fundamentar esta postura que limita el derecho internacional de los derechos humanos a sus meras fuentes convencionales, el voto de minoría intentó, reconociendo la gravedad de los crímenes investigados, explicar la necesidad de interpretar rigurosamente la incorporación de las normas de derecho internacional en materia penal, las que no debieran afectar los principios de reserva, tipicidad, irretroactividad de la ley penal y legalidad. Luego, a modo de conclusión, señaló:

«Esta reflexión se formula por este disidente, en vista que pareciera que lo perseguido en materias como las que motivaron la presente causa, es que debe imponerse sanción a toda costa, y que quienes quebrantan la ley penal pueden verse expuestos a ser sancionados mediante estatutos diferentes, unos en una forma y otros con normas diversas, con grave quebrantamiento del principio de igualdad que informa tanto al derecho nacional como al derecho internacional».¹⁰¹

Un debate en términos similares fue replicado en otras sentencias posteriores¹⁰². En el voto de minoría de dichas sentencias e incluso de otras que no hacían mención a estos instrumentos internacionales se incluyeron también los mismos argumentos

¹⁰⁰ Ibid., considerando vigésimo octavo.

¹⁰¹ Ibid., voto de minoría, considerando décimo cuarto.

¹⁰² Corte Suprema. Sentencias de 18 de enero de 2007, proceso rol 2.666-04; de 13 de noviembre de 2007, proceso rol 6.188-06, y de 27 de diciembre de 2007, proceso rol 1.489-07.

de rechazo de la aplicación de las normas de derecho internacional, sea por parte del ministro Segura o por el ministro Ballesteros¹⁰³.

En complemento a las argumentaciones señaladas que han dado por acogidas las normas de derecho internacional de derecho humanos, y sea como derecho convencional o como *ius cogens*, la sentencia en el juicio por la ejecución del reservista del Ejército, Manuel Rojas Fuentes, profundizó en la existencia y primacía de las normas imperativas de derecho internacional general. En diez carillas de la sentencia, el ministro Jaime Rodríguez citó fuentes de doctrina nacional y comparada para desarrollar la existencia en el caso juzgado de delitos contra la humanidad, los orígenes doctrinarios y en el derecho internacional de tal noción, y afirmando:

«**Trigésimo:** Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Trigésimo primero: Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o «*ius cogens*». Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo «*in limine*» por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo, el cual, junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno».¹⁰⁴

Con posterioridad, la sentencia argumentó la prevalencia de estas normas y principios sobre las normas de derecho interno, de acuerdo a una «interpretación pro-

¹⁰³ Corte Suprema. Sentencias de 28 de mayo de 2007, voto de minoría, considerandos décimo octavo a vigésimo primero, y de 29 de noviembre de 2007, proceso rol 2.257-07, voto de minoría, considerandos séptimo y octavo.

¹⁰⁴ Corte Suprema. Sentencia de 13 de marzo de 2007, proceso rol 3.125-04. En esta sentencia, los ministros Ballesteros y Segura concurrieron al acogimiento del recurso de casación sólo en lo que respecta al quebrantamiento del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la investigación aparece manifiestamente incompleta, pues se han dejado sin efecto diligencias esenciales para el agotamiento de las indagaciones y también se omitieron otros trámites, que luego enumeraron, pero sin hacerse cargo de la argumentación transcrita.

gresiva y finalista de la Constitución»¹⁰⁵. Para ello citó jurisprudencia de la propia Corte en el caso Lauritzen con Fisco, de 1955, y doctrina nacional, afirmando que «cuando se presenta un posible conflicto con el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, el juez tiene en primer término la regla externa, toda vez que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional»¹⁰⁶. Agregó también doctrina nacional del siglo XIX y la opinión expresada por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores en un caso de asilo político luego del golpe de Estado. Finalmente, hizo presente el imperativo de interpretar el derecho:

«conforme a una valoración axiológica de la justicia que impone el deber de preferir el sentido en que las normas jurídicas tengan efecto sobre aquel en que se les niegue eficacia. Con mayor fuerza se alza este colofón si se tiene en consideración que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y los valores prevalentes en la colectividad histórica».¹⁰⁷

En apoyo de esta aseveración citó las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el considerando 1º del Acta Constitucional N° 3, el artículo 5º, así como el 1º, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26º, de la Constitución y el artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, «que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.»¹⁰⁸

A pesar de la contundencia de estas argumentaciones, esta jurisprudencia ha sido revertida en dos sentencias recientes que han declarado la prescripción de la acción penal en delitos de secuestro y homicidio, tal como se ha señalado antes. Como se ha explicado, estos dos fallos se fundamentaron en idénticas argumentaciones a los votos de minoría de los ministros Segura y Ballesteros, reseñados anteriormente, sin hacerse cargo tampoco de los argumentos expresados en las sentencias referidos a la vigencia de normas de derecho imperativo de aplicación general. Así, fueron revocadas las condenas por desaparición de Vidal Riquelme y Cesáreo Soto y por homicidio de Rubén Acevedo¹⁰⁹ y se absolvió a los autores de la desaparición de los hermanos Héctor y Guido Barría Bassay¹¹⁰.

3.5. La rebaja de condenas por la aplicación de la prescripción gradual

Una nueva tendencia adoptada en varios fallos recientes de la Corte Suprema ha consistido en hacer aplicable la media prescripción o prescripción gradual, aun cuando se reconoce que los delitos juzgados son crímenes de lesa humanidad y, por tanto, inamnistiables e imprescriptibles. Ello se ha traducido en considerar la res-

¹⁰⁵ Ídem, considerando trigésimo quinto.

¹⁰⁶ Ídem, considerando trigésimo sexto.

¹⁰⁷ Ídem, considerando cuarenta y cuatro.

¹⁰⁸ Ídem, considerando trigésimo noveno.

¹⁰⁹ Corte Suprema. Sentencia de 12 de noviembre de 2007, proceso rol 6.626-05, considerando octavo.

¹¹⁰ Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 2007, proceso rol 3.925-05, considerando sexto a octavo.

pensabilidad de los autores como revestida de atenuantes calificadas que implican una rebaja de penas de uno o dos grados, según los casos.

Este razonamiento fue seguido en la sentencia dictada en el juicio por desaparición de Carlos Contreras Maluje, que como se ha señalado, fue calificado de homicidio, presumiéndose su muerte a partir de la constatación de sus graves condiciones físicas y otorgándose efectos penales a su declaración de muerte presunta. En ella, la sentencia reconoció que se trató de un crimen de lesa humanidad, haciendo aplicable las disposiciones sobre prohibición de autoexoneración de responsabilidad que contienen los Convenios de Ginebra y también el principio de la imprescriptibilidad de la acción penal en este tipo de delitos como norma de *ius cogens*. Sin embargo, a continuación sostuvo:

«Que, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad penal, no alcanza a la denominada media prescripción, o prescripción gradual o incompleta, que es motivo de atenuación de la responsabilidad penal consagrada en el artículo 103 del Código Penal. Desde luego, no existe ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional, ni de *ius cogens*, para su configuración, de modo que tratándose de una norma de orden público, su aplicación resulta obligatoria en virtud del principio de legalidad que rige el Derecho Penal, de modo que una vez transcurridos íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declarar por impedirlo los Convenios de Ginebra, no existe razón que impida considerarla como atenuante, para mitigar la responsabilidad penal que afecta a los encausados, toda vez que, además, presenta fundamentos y efectos distintos de los de la prescripción, desde que esta última institución para dejar sin sanción el hecho se funda en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta y, en cambio, la atenuante encuentra su fundamento en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser sancionados, incidiendo en consecuencia en un castigo menor.»¹¹¹

Otra sentencia que ha acogido esta doctrina incluso se refería a un caso de desaparición, en el que la Corte estableció el carácter permanente del ilícito y que su ejecución persistía hasta la fecha de juzgamiento. Para ello la sentencia sostuvo que:

«... es posible estimar a efectos específicos de atenuación, que la consumación se ha producido al prolongarse el encierro o la detención por más de noventa días, pudiendo iniciarse el cómputo de la media prescripción a partir de esta fecha, es decir, a contar del día noventa y dos, teniendo en cuenta

¹¹¹ Corte Suprema. Sentencia de 13 de noviembre de 2007, proceso rol 6.188-06, considerando trigésimo. Un razonamiento idéntico fue empleado en la sentencia de 27 de diciembre de 2007, en el proceso rol 1.489-07, constituyéndose en la doctrina dominante en estos casos, recientemente confirmada en la sentencia del caso Lejderman, de 25 de mayo de 2009, proceso rol 696-08.

para ello que, aun en su prolongación en el tiempo, o incluso en el caso de resultar un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena determinada por este tipo calificado es siempre la misma: la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, sin alteración de su disvalor.»¹¹²

La sentencia concluyó condenando a cinco años de presidio a quien era el Gobernador de Parral y jefe de las fuerzas en dicha provincia, como el oficial superior del Ejército en la provincia, y cuatro años al comisario de la Comisaría de Carabineros, otorgándoles a ambos el beneficio de libertad vigilada. Las condenas no resultan proporcionales a los delitos de desaparición forzada (sustracción de menor en un caso y secuestro en los demás) de 16 personas.

4. Alternativas debatidas para consolidar la doctrina de la no aplicación de la amnistía ni la prescripción

Diferentes alternativas han sido frecuentemente discutidas para garantizar el juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura. Esto se ha traducido en diversos proyectos de ley presentados por diputados o senadores. La obtención de mayoría en el Senado, como consecuencia de la elección de diciembre de 2005, generó nuevos impulsos en esta materia, lo que se tradujo en un nuevo proyecto de anulación del Decreto Ley de Amnistía¹¹³, que se sumó a uno ya presentado sobre interpretación de las disposiciones del Código Penal que se refieren a la amnistía y la prescripción¹¹⁴.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid contra Chile impuso una nueva exigencia a este debate, fortaleciendo el imperativo de encontrar una solución legislativa que permita asegurar la certeza jurídica requerida en esta materia. Ella se hizo pública, además, en un contexto en que las doctrinas jurisprudenciales de la Corte Suprema parecía que iban a consolidarse en materia de afirmar la prevalencia del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario por sobre la amnistía y la prescripción.

Las alternativas que se han considerado, en esta materia, son las siguientes:

- a. Dejar la decisión de estas materias a los tribunales, sin intentar introducir distorsiones al debate mediante nuevas iniciativas legales;
- b. Declarar por ley la nulidad del D.L. 2.191;
- c. Derogar expresamente el D.L. 2.191,
- d. Dictar una ley interpretativa del artículo 93 del Código Penal.

A continuación se hará una breve reseña de este debate, haciendo mención a las ventajas y desventajas de cada postura.

¹¹² Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 2007, proceso rol 3.587-05, considerando vigésimo quinto.

¹¹³ Boletín 4162-07, presentado el 21 de abril de 2006 en el Senado

¹¹⁴ Boletín 3959-07, presentado el 30 de agosto de 2005 en la Cámara de Diputados

a) No presentar iniciativas legislativas y dejar a los tribunales consolidar la jurisprudencia desarrollada

Esta postura, defendida por algunos abogados de víctimas de violaciones de derechos humanos en su momento, estaba fuertemente influenciada por el optimismo reinante, particularmente a fines de 2006. En esa época se percibía la consolidación de una doctrina que otorgaba primacía del derecho internacional sobre la amnistía, que sumada al afianzamiento de la doctrina sobre el carácter permanente del secuestro, en los casos de detenidos desaparecidos, podía dar certezas de que se obtendría justicia en ellos. Además, se vislumbraba que la prevalencia del derecho internacional sobre las normas de derecho interno podía consolidarse también en la afirmación de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ampliando el ámbito de las posibilidades de justicia a casos de homicidio e incluso a casos de tortura.

Esta postura se basaba en la desconfianza también respecto de los riesgos de una solución político-legislativa, tanto por sus posibles resultados como especialmente por el mensaje contradictorio que una solución imperfecta o el fracaso de un proyecto de ley podría enviar a los jueces. Se partía de la base de la existencia de un grupo de miembros de la Corte Suprema que estaban claramente a favor de las doctrinas que aseguraban la obtención de justicia en estos casos, así como de un grupo de ministros que claramente estaban en contra, y que no era posible hacer variar de opinión a unos y a otros. Sin embargo, también se constataba la existencia de algunos ministros que no tenían una postura tan definida, que últimamente habían apoyado las tesis de prevalencia del derecho internacional, pero que un cambio legislativo podría alterar su postura. Ello podría ser especialmente riesgoso en caso de que un proyecto de ley fracasare en alguna de las Cámaras. Se entendía que ello podía enviar un mensaje de que las doctrinas que afirman la obligación de juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos no son compartidas por el legislador. Así, ante un débil equilibrio favorable, algunos abogados se inclinaban por no intentar alterarlo en forma exógena y mantener la estrategia de consolidación de estas doctrinas mediante nuevos fallos y argumentos.

b) Aprobar una ley que declare la nulidad del D.L. 2.191

Como alternativa a lo anterior, otros abogados y organizaciones de víctimas planteaban la necesidad de establecer con claridad y a través de un acto soberano y solemne que el Decreto Ley de Amnistía, por ser contrario a las normas de derechos humanos y derecho internacional humanitario, es insanablemente nulo. Con ello se perseguía clarificar en forma absoluta el debate, sustrayendo la norma del ordenamiento jurídico nacional, dándole alcance retroactivo a la decisión y estableciendo que esta norma no ha podido producir efecto alguno.

El planteamiento tenía una fuerza simbólica muy importante y fue hecho recién inaugurado el gobierno de la Presidenta Bachelet y contando con mayoría de la Concertación en ambas cámaras del Congreso Nacional. Se apoyaba además en lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en el fallo del caso Barrios Altos, que luego sería ratificado en la sentencia del caso Al-

monacid. El proyecto de ley, presentado por cuatro senadores¹¹⁵, se basaba en seis líneas argumentales:

- i) La amnistía tiene un origen histórico de benignidad, como un acto de indulgencia frente al vencido por delitos de naturaleza política (y «deben otorgarse después del retorno de la normalidad constitucional»), estando sujeta a las limitaciones que emanan de los tratados internacionales;
- ii) No merecen la denominación de amnistía las «tentativas de encubrimiento» bajo la modalidad de «amnistías al revés» o «auto amnistía», pues no cumplen con los presupuestos esenciales de la institución, tanto históricos como de la necesidad de la pena. El Decreto Ley 2.191 de 19 de abril 1978 es precisamente una modalidad de amnistía al revés, nula desde el punto de vista constitucional;
- iii) La distinción entre amnistía propia e impropia, sólo es posible y adquiere relevancia si la ley de amnistía cumple con presupuestos de legitimidad del orden constitucional e internacional penal, *ergo*, si la norma no es amnistía la distinción carece de valor. La propia opera antes de la sentencia (extingue la acción penal), la impropia (extingue la pena impuesta);
- iv) La amnistía del año 1978, es nula porque contraviene el orden internacional y constitucional de los derechos humanos y está sujeta a una serie de limitaciones;
- v) La amnistía del año 1978, es nula porque es tentativa de encubrimiento, infringiendo el principio de legalidad y contraviene el orden internacional y constitucional en materia de derechos humanos, y
- vi) Refutación de una posible argumentación contraria.

Respecto de este último punto, el proyecto razonó lo siguiente:

«... que declarar la nulidad de derecho público por inconstitucional del Decreto Ley 2.191 de 1978, no puede llevar a una mal intencionada discusión acerca del tema de los efectos de la ley penal en el tiempo y la temporalidad de las leyes penales, es decir, cuál ley penal será aplicable en el caso concreto, por la simple razón de que en el presente proyecto de ley no se plantea una derogación formal, sino de nulidad de derecho público por el vicio contenido en esta apariencia de ley, lo cual trae como natural consecuencia, retrotraerse al momento anterior de la dictación del acto ilegal e inconstitucional, es decir, considerar que el acto ilegal e inconstitucional nunca existió.

El legislador no puede estar de espaldas a la realidad, aquí radica la misión del legislador crítico y democrático, esto es, la constante revisión de por qué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado de una forma determinada.»

En base a ello el proyecto de ley estableció:

¹¹⁵ Íbid. nota 113 supra.

«*Artículo. 1°.-* Declárase insanablemente nulo por inconstitucional, el Decreto Ley N°2.191 de 19 de abril de 1978.

Artículo. 2°.- El Decreto Ley N°2.191, carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penales, civiles, administrativas y militares emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el art. 18 del Código Penal.

Artículo. 3°.- Se declara que son inamnistiables e imprescriptibles todos aquellos crímenes y simples delitos perpetrados por funcionarios públicos o particulares durante un período de interrupción constitucional, que cometidos individual o masivamente puedan ser calificados como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, de conformidad a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como por los Principios Generales del Derecho Internacional.»

Sin embargo, el proyecto también tiene algunos inconvenientes. Estos se refieren a los siguientes aspectos:

- i) El proyecto es de dudosa constitucionalidad. La Constitución no contempla la existencia de leyes que anulen otras leyes ni existe normativas ni precedentes nacionales al respecto. Si bien se ha citado el caso de Argentina, donde fueron anuladas las leyes de punto final y de obediencia debida, no es claro cómo dicho precedente puede ser aplicado al caso chileno.

La Constitución de 1980 establece una competencia limitada del Congreso Nacional respecto de las materias que pueden ser objeto de ley. El encabezamiento del artículo 63 de la Constitución señala que «solo son materias de ley...», para luego enumerar los 20 ámbitos que pueden ser regulados por ley. Si bien la descripción de algunas de estas materias es bastante amplia, ninguna de ellas autoriza a declarar la nulidad, ilegitimidad o inconstitucionalidad de leyes. En esto el texto tiene un giro radical respecto de la Constitución de 1925, que señalaba «solo por ley se puede», es decir, autorizaba a que leyes regularan todas las materias y aquellas que se enumeraban quedaban reservadas a ser reguladas por ley.

El número 16 del artículo 63, sin embargo, se refiere a la concesión de amnistías e indultos generales, así como a la regulación de las facultades presidenciales para conceder indultos particulares y pensiones de gracia. No obstante, el texto difícilmente permite afirmar que la reserva legal respecto de la facultad de conceder amnistías incluya la competencia para declarar la nulidad de éstas por ley.

- ii) El ordenamiento jurídico chileno sí contempla la posibilidad de que leyes sean declaradas contrarias al ordenamiento constitucional. Esto, sin embargo, es establecido como competencia del Tribunal Constitucional y no del Congreso

Nacional ni como materia de ley. En efecto, de acuerdo a una reforma reciente, el artículo 93 N° 7 de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional puede declarar la nulidad de leyes pero en términos muy restrictivos: luego de haber declarado en un caso concreto, promovido durante la tramitación de un juicio en que el precepto legal impugnado sea decisivo para la resolución del asunto, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la referida ley. A raíz de un requerimiento de parte o de oficio por el Tribunal, debe declararse la inconstitucionalidad de la norma, con efectos permanentes. Aun así, el artículo 94 de la Constitución establece específicamente que esta declaración no producirá efectos retroactivos.

En consecuencia, el único caso en que la Constitución autoriza la declaración de que una ley viola el ordenamiento constitucional es competencia de un órgano diverso del Congreso Nacional, no es materia de ley, está sometido a requisitos como que la ley haya sido declarada inaplicable en una ocasión anterior, con motivo de un juicio, y produce sólo efectos a futuro.

- iii) El precedente de anular leyes y otorgar a dichas declaraciones efecto retroactivo puede generar serias consecuencias respecto de la estabilidad de los derechos y ser considerado una forma de expropiación.
- iv) Si bien se puedan compartir plenamente los fundamentos del proyecto de ley, es posible que estas objeciones lleven a que el proyecto no cuente con el número de votos necesarios para su aprobación. En caso de ser así, se podría producir el efecto temido por los partidarios de que es preferible no legislar, a fin de evitar enviar un mensaje a aquellos ministros de la Corte Suprema y otros jueces en relación a afirmar la legitimidad del D.L. 2.191 y su preeminencia sobre las obligaciones provenientes del derecho internacional de juzgar los crímenes de lesa humanidad.
- v) Otro riesgo que conlleva la presentación de este proyecto u otra iniciativa de aprobación de una ley de nulidad es que, siendo ella aprobada por ambas cámaras del Congreso Nacional, sea objeto de requerimiento de revisión de constitucionalidad por parte de un reducido número de parlamentarios ante el Tribunal Constitucional. Un pronunciamiento contrario de parte del Tribunal Constitucional enviaría el mismo mensaje negativo a los tribunales que se ha mencionado con anterioridad.
- vi) Finalmente, debe hacerse mención que, a pesar de la fuerza simbólica de este proyecto, no resuelve el asunto de la prescripción de la acción penal, que en la actualidad presenta un desafío mayor en materia de juzgar las violaciones a los derechos humanos, considerando que, pese a lo diversa de la jurisprudencia sobre la materia, los fallos que han absuelto a los autores de estos crímenes no han aplicado el D.L. 2.191 desde 1998, siendo otras las normas y argumentos utilizados para ello, como la prescripción de la acción penal.

c) Aprobar una ley que derogue el decreto ley 2.191

La derogación de esta norma tiene la virtud de eliminarla del ordenamiento jurídico vigente y no ofrece obstáculos respecto de su constitucionalidad, pudiendo incluso bastar para ello con una ley simple, que no exige un quórum especialmente elevado. No obstante, carece de la misma fuerza simbólica de la declaración de nulidad por serios vicios en su legitimidad, como se pretende establecer por la declaración de nulidad. También, se entiende regularmente que la derogación de leyes no puede producir efectos retroactivos, menos aún de leyes penales, en virtud del principio de legalidad, aunque existe doctrina que no comparte esta postura.

Un precedente valioso para aquilatar los efectos simbólicos de la derogación del D.L. 2.191 es lo hecho en relación a la «Ley de Defensa Permanente de la Democracia», conocida comúnmente como «ley maldita», que proscribió al Partido Comunista y dio origen a detenciones políticas u otras formas de represión a fines de la década de 1940 y en la década de 1950. Es interesante observar que pese a lo cuestionable en términos de legitimidad de dicha ley, la solución encontrada respecto de ella fue su derogación. No obstante, debe considerarse también que la referida ley no limitaba las posibilidades de juzgar violaciones a los derechos humanos que se hubieran cometido en virtud de ella, por lo que no se demandaba una solución que tuviera efectos retroactivos.

Sin embargo, no basta con responder a las necesidades simbólicas que surgen de la existencia de esta norma. Es preciso encontrar una solución que también asegure que los tribunales unifiquen su interpretación de ella en términos de hacer primar las obligaciones de juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos. Por ello, los efectos prácticos de una ley de esta naturaleza deben ser cuidadosamente estudiados.

Una parte importante de la doctrina entiende que la derogación no debiera producir efectos retroactivos. Se apoya para eso en el principio de irretroactividad de la ley penal, consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución y que se expresa también en el artículo 18 del Código Penal. Dicho principio es parte del principio de reserva legal del Derecho Penal. En virtud de ello, una ley posterior a la comisión de un delito no podría perjudicar al responsable de este, siendo aplicable solo aquello que lo beneficie. Siendo el D.L. 2.191 una ley posterior, que otorgó un beneficio penal a los autores de ciertos crímenes, éstos no podrían ser privados de dicho beneficio por una ley también posterior.

Sin embargo, no es del todo claro que una ley intermedia, es decir, dictada después de la comisión de los hechos y derogada antes de dictada la sentencia, deba consagrar derechos para los autores de tales crímenes. El principio de legalidad pretende evitar que las personas sean juzgadas por crímenes establecidos con posterioridad a su comisión, es decir, desconocidos por ellas o en condiciones diferentes de las establecidas por las normas jurídicas vigentes a la fecha de la perpetración del delito. Se pretende así dar una garantía a las personas de que no serán juzgadas por delitos que no existían al ejecutarse la conducta que luego es punida. En este sentido, los autores de desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias y torturas durante la dictadura estaban sometidos a las normas establecidas en el Código Penal

a la época de los hechos, que sancionaban los delitos de secuestro, homicidio y apremios ilegítimos.

En consecuencia, corresponde preguntarse si los autores de estos hechos se hacen acreedores de los beneficios establecidos por la amnistía automáticamente, al momento de publicarse el D.L. 2.191, o si ello debe ser establecido por sentencia firme. Pareciera ser lógico argumentar que ellos no adquieren tal derecho sino hasta que este es declarado por los tribunales. Entonces, los tribunales debieran dictar sentencia en base al derecho vigente al momento de los hechos y al derecho vigente al momento de la dictación de la sentencia, si no hubiere contradicción entre ambos, pero no debieran considerar una norma dictada con posterioridad a los hechos y que dejó de tener vigencia con anterioridad a la dictación de la sentencia.

Esta interpretación podría ser reforzada en la medida que la historia fidedigna del establecimiento de la ley refleje que ella es la voluntad del legislador. Así, una ley que en el texto de su moción o mensaje, y en el debate de Comisión y Sala, abundara en los argumentos de ilegitimidad del D.L. 2.191, que afirmara esta interpretación sobre su efecto como ley intermedia, y que concluyera que por ello se deroga, dado que no es posible anular leyes mediante la dictación de una nueva ley, podría constituir una clara orientación a los tribunales sobre cómo aplicarla.

No obstante, debe considerarse que cualquier norma finalmente debe ser objeto de interpretación y no existe una sola forma de interpretarla. Así, aun cuando se reforzara al máximo la doctrina señalada, ello no asegura que los tribunales vayan a acogerla. Es más, se ha sostenido también que no debiera dictarse una ley que derogara dicha norma, pues implicaría una afirmación tácita sobre su existencia y vigencia, aun cuando se afirmara que se deroga por su falta de legitimidad.

A estas dificultades, debe sumarse lo dicho en relación a la iniciativa de anular el D.L. 2.191 por inconstitucionalidad, en el sentido que dicha norma no constituye el principal obstáculo para hacer justicia. Ello obliga a preguntarse sobre el efecto práctico que tendría dictar una ley de esta naturaleza y si es conveniente invertir esfuerzos políticos y legislativos en una iniciativa que tiene efectos limitados en materia de garantizar justicia a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Desde esta perspectiva, el proyecto ofrece beneficios simbólicos más limitados que la declaración de nulidad, aunque tiene mayores garantías de éxito, reduciendo sus riesgos. Sin embargo, no se hace cargo del otro impedimento para obtener justicia, cual es la prescripción de la acción penal.

d) Aprobar una ley interpretativa de la norma del Código Penal que establece la extinción de la responsabilidad penal por amnistía y prescripción de la acción

Esta alternativa se acoge en un proyecto de ley que ha tenido mayores progresos en su tramitación¹¹⁶. Ofrece ventajas sobre las señaladas aun cuando su efecto simbólico pueda parecer limitado. Sin embargo, el debate sostenido en la Cámara de Diputados sobre su justificación y efectos ofrece valiosa información sobre los requisitos que ella debiera cumplir para garantizar o, al menos, reforzar las posibilidades de

¹¹⁶ Ibid. nota 114 supra.

que ella permita unificar la jurisprudencia y el juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos.

Esta alternativa ha sido objeto de una iniciativa legislativa concreta, a través de la presentación en la Cámara de Diputados de un proyecto de ley en agosto de 2005. Nuevamente se trata de una moción parlamentaria y no de una iniciativa del Ejecutivo, que goza de importantes prerrogativas para la priorización del debate de proyectos de ley.

El proyecto, presentado por los diputados Bustos, Leal y Soto, establecía lo siguiente:

«Artículo único.- Interpretase el artículo 93 del Código Penal en el sentido que sus disposiciones no exoneran al Estado de Chile de su obligación de cumplir estrictamente la legislación internacional sobre crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, de hacerlos objeto de una investigación adecuada e imparcial, y que las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes sean buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. En consecuencia, los delitos comprendidos en esas categorías de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad serán imprescriptibles tanto para el seguimiento de la acción penal como para el cumplimiento de la pena; no serán susceptibles de amnistía; la obediencia debida a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad penal alguna; y, se tramitarán siempre en la vía ordinaria y ante el fuero común. A los efectos de este artículo se entenderá que las órdenes de cometer genocidio, torturas, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra son manifiestamente ilícitas.»

Luego de ser debatido en la Cámara de Diputados, el proyecto fue aprobado por ésta, en la sesión del 14 de diciembre de 2006. El texto aprobado en dicha ocasión y sometido a la consideración del Senado varía en su texto al proyecto originalmente presentado, estableciendo:

«Artículo único.- Fíjase el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se establecen en el artículo 93 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que no será aplicable a los crímenes y simples delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y de guerra contemplados en las normas imperativas de *ius cogens*, en el derecho consuetudinario internacional y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.»

La dictación de una ley interpretativa del artículo 93 del Código Penal carece de la fuerza simbólica de una anulación o una derogación del D.L. 2.191, el cual, además, permanecería formalmente vigente. Más aun, puede ser vista, a ojos de espectadores inexpertos, como un resquicio empleado para circunvalar y no hacerse cargo de las limitaciones que impone el principio de legalidad en materia penal y las objeciones que presentan las dos alternativas anteriores. En cierta forma estas dificultades son inevitables, aunque se puede reforzar el sentido de esta ley a través

del debate sobre ella y así en su historia fidedigna, los elementos necesarios para su adecuada interpretación e inteligencia.

Uno de los elementos centrales de una ley interpretativa de otro precepto legal es que ella responda efectivamente a una necesidad de clarificación, es decir, que la norma interpretada sea oscura, de contenido dudoso y que requiera ser aclarada. Ello no pareciera ser el caso, para un primer observador del texto del artículo 93 del Código Penal. Este señala:

Artículo 93. La responsabilidad penal se extingue:

- 1° Por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada.
- 2° Por el cumplimiento de la condena.
- 3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.
- 4° Por indulto. La gracia del indulto sólo permite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes.
- 5° Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada.
- 6° Por la prescripción de la acción penal.
- 7° Por la prescripción de la pena.

Sin embargo, la interpretación de la ley no es sólo un problema sobre cómo deben ser entendidos artículos o textos aislados, sino por sobre todo debe referirse a cómo textos que aún por sí solos puedan parecer tener un tenor claro, requieren ser dilucidados en relación a otras normas de igual o superior rango dentro de la jerarquía normativa. La interpretación debe ser sistemática y acorde con la evolución del sistema legal, por lo que una norma dictada en 1875, por ejemplo, cuyo tenor ha sido claro por décadas, puede resultar obscuro y requerir ser interpretado como consecuencia del surgimiento de otras normas.

Este es el caso del citado artículo 93 del Código Penal, respecto al cual no hay dudas sobre su texto leído en forma aislada, pero sí sobre su significado, a la luz del desarrollo, en las últimas décadas, del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que imponen la obligación de juzgar y sancionar crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad, aun a pesar de instituciones tan arraigadas en los sistemas penales como la prescripción de la acción penal o el derecho de los Estados de dictar amnistías respecto de ciertos delitos.

La mejor evidencia respecto de que esta norma requiere ser interpretada, no obstante su aparente claridad, se refleja en el presente debate y en la falta de uniformidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, aun cuando un diputado ha sostenido en el debate en la Sala, en diciembre de 2006, dudas de que esta sea una ley efectivamente interpretativa, existen antecedentes suficientes para afirmar que el proyecto ciertamente viene a resolver un problema de falta de claridad de la ley.

La última redacción del proyecto de ley aprobada refuerza esta noción, pero puede ser conveniente hacerlo más explícito, dando cuenta en el debate en el Congreso de las diversas interpretaciones que se han dado a la vigencia y aplicación de la amnistía y de la prescripción en los últimos años. Ello porque, a juicio del diputado que ha hecho presente esta opinión, no basta con que el proyecto declare que es una ley interpretativa, sino debe quedar claro que esa es efectivamente su naturaleza y que le ley responde a una necesidad efectiva de clarificación.

Esta alternativa, y el proyecto mencionado, tienen la virtud de que, por tratarse de una norma interpretativa, no es objeto de los debates sobre ultraactividad de la ley penal. La norma aclara el sentido que debe dársele a esta norma, no discutiendo la vigencia formal del D.L. 2.191, pero otorgando un poderoso argumento a los tribunales en relación a que ni la amnistía ni la prescripción pueden ser aplicadas tratándose de graves violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, debe tenerse presente también lo señalado anteriormente, relativo a que ninguna ley escapa de la necesidad de ser interpretada y no puede zanjar de manera definitiva el debate que pueda existir. Esta ley será objeto de interpretación también, por ser una función esencial de los tribunales aplicar la ley al caso concreto. En caso de aprobarse una ley de esta naturaleza, surgirá necesariamente el debate acerca de a partir de qué momento debe entenderse que existía la obligación de juzgar los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Si bien la fecha a partir de la cual debe entenderse que estaban vigentes estos principios y normas será necesariamente objeto de discusión e interpretación, ello no debiera ofrecer un obstáculo insalvable, al existir suficientes antecedentes sobre su vigencia al momento de la comisión de los crímenes.

Como se ha reseñado en los capítulos anteriores, ha sido afirmado con bastante fuerza y frecuencia por la Corte Suprema que los Convenios de Ginebra contienen la prohibición de autoexoneración de responsabilidad respecto de estos crímenes, por lo que es posible afirmar que una ley interpretativa del artículo 93 permitiría reforzar esta jurisprudencia en el sentido de que, a partir de la ratificación de dichas convenciones, en 1951, existía tal prohibición. El desarrollo posterior del derecho internacional humanitario y de derecho humanos permite también sostener que esta prohibición de autoexoneración ha sido recogida como norma de *ius cogens*, expresándose como tal en numerosas declaraciones e instrumentos de derecho internacional que no son tratados formales sino normas de *soft law*, como es particularmente la ya citada Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 3 de diciembre de 1973.

En relación a la prescripción de la acción penal, los considerandos de la Convención de 1968 constituyen un poderoso argumento de que ella codificó una norma entendida como *ius cogens* por la comunidad de las naciones al momento de su aprobación. Ella ha sido recogida también por el Estatuto de Roma. Además, la inexistencia de una postura en contrario de Chile ni de antecedentes que permitan afirmar una objeción persistente a dicho principio apoya la aceptación de Chile de dicha norma. Por el contrario, la suscripción de la señalada declaración de la Asamblea General de diciembre de 1973 constituye un fuerte argumento a favor de la aceptación del Estado de Chile de éste. Estas son todas materias que ya han sido

debatidas en los fallos de la Corte Suprema expuestos, teniendo una ley de esta naturaleza la virtud no de zanjarlos definitivamente, asunto que no debiera ser posible, pero sí reforzar con mayor base legal las argumentaciones que han acogido la vigencia de estos principios.

Por otra parte, debe destacarse como ventaja adicional que la iniciativa no se refiere a una norma o situación específica, como es el D.L. 2.191 (aunque esto mismo le resta fuerza simbólica en relación a dicha norma). Por el contrario, lo que hace es afirmar el principio de la preeminencia del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario en relación a la obligación de juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a ellos. Esta generalidad y abstracción es una virtud que afirma su naturaleza de norma legal, general y abstracta, que no responde a una determinada circunstancia y que no tiene efectos limitados solo respecto de crímenes cometidos durante la dictadura. Más aun, el proyecto responde a un mandato expresado en numerosos tratados internacionales en relación al imperativo de adecuación del derecho interno a las obligaciones contenidas en ellos y respecto de las cuales Chile ha actuado con grave lentitud.

Otra importante ventaja del proyecto, ya mencionada, es que no se limita solamente la amnistía establecida por el D.L. 2.191, sino también a otras formas de extinción de la responsabilidad penal, como la prescripción de la acción penal, así como también a instituciones que podrían favorecer a personas ya condenadas por este tipo de delitos, al ser aplicable respecto de la prescripción de la pena y el indulto. Así, se hace cargo de aquella materia que constituye efectivamente factor de debate en la jurisprudencia de la Corte Suprema, como es la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo. Afirmar la vigencia de las normas de derecho internacional, expresadas en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en cuanto normas de *ius cogens*, como normas de aplicación preferente a las normas del Código Penal sobre prescripción de la acción penal, permitiría clarificar el debate que ha tenido lugar en los tribunales, especialmente gracias a la expresa mención que el proyecto hace del *ius cogens*, no limitándose a la ya tradicional redacción que restringe los derechos humanos a aquellos establecidos en tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Una de las objeciones, no obstante, de esta inclusión de otras formas de extinguir la responsabilidad penal o la pena, es la relativa a constituir una limitación de la facultad presidencial para dictar indultos particulares, por motivos humanitarios o de clemencia, en casos, por ejemplo, de condenados por crímenes de tortura, ejecución sumaria o desaparición forzada que padecieran enfermedades graves o terminales. Sin embargo, no es tan claro que la dictación de una norma de este tipo constituya una prohibición absoluta para el ejercicio de la clemencia presidencial por razones del tipo señalado. Lo que sí la norma permitiría es mayor control jurisdiccional de dicha facultad, asegurando que ella se ejerza por motivaciones efectivamente humanitarias y no de conveniencia política.

En resumen, de las alternativas señaladas esta parece ser la que ofrece mayores posibilidades de éxito y mayores posibilidades de producir efectos en términos de contribuir a unificar la jurisprudencia, aunque, como toda ley, no dé una garantía absoluta de ello.

Sin embargo, la dictación de una norma de este tipo quedaría incompleta si no se incluyera una provisión acerca de la interpretación que debe darse al artículo 103 del Código Penal, que establece la media prescripción o prescripción gradual o incompleta. Como se ha indicado, la última doctrina mayoritaria de la Corte Suprema consagra la reducción significativa de las sanciones penales aplicables en casos de violaciones a los derechos humanos en base al transcurso del tiempo. La Corte afirma que la media prescripción no está prohibida por las normas constitucionales y de derecho internacional que establecen la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de tales crímenes. Argumenta que si bien dichas obligaciones impiden la aplicación de la prescripción como circunstancia que extingue la responsabilidad penal, no son aplicables a la prescripción en cuanto a circunstancia modificatoria de dicha responsabilidad y atenuadora de la sanción aplicable. El argumento se basa en que la media prescripción constituye una institución de naturaleza diferente, y por tanto no incluida en la obligación de investigar, juzgar y sancionar. Sin embargo, su aplicación en los últimos fallos se han traducido en la virtual denegación de sanción penal en estos graves crímenes, al exonerar de penas privativas de libertad a sus responsables.

En la medida que la aplicación de esta institución hace ilusa la sanción penal, ella contraría la obligación de sancionar las violaciones graves al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos. La aplicación de una sanción muy leve, no proporcional a la gravedad de los crímenes cometidos, no puede ser afirmada como adecuada o en cumplimiento de dicha obligación. Por el contrario, en la medida que la sentencia establece los hechos y sus responsables, la forma como el aparato del Estado se puso al servicio del objetivo criminal, cometiéndose gravísimos crímenes bajo el amparo del Estado y con total alevosía, concluyéndose que tan graves crímenes deben ser siempre juzgados, no importando el tiempo transcurrido, pero aplicándose sanciones leves precisamente por el tiempo transcurrido, constituye una grave contradicción.

Estos delitos son imprescriptibles precisamente por el rechazo que ellos causan a la conciencia universal, y también en consideración a que, por ser cometidos bajo el amparo estatal, el Estado no puede favorecerse de su inacción en la obtención de justicia. Es el Estado el que no inicia investigaciones en forma oportuna e intenta garantizar la impunidad. En consecuencia, los agentes del Estado no debieran beneficiarse de ninguna forma por el transcurso del tiempo que la inacción del propio Estado les ha asegurado. Finalmente, si cupiera del todo rebajar las penas en estos casos, al menos dicha rebaja no debiera ser significativa, de forma de no hacer ilusoria o meramente simbólica la sanción. Ella debiera tener la capacidad de demostrar el rechazo social a este tipo de crímenes y el compromiso del Estado de sancionarlos a pesar del tiempo transcurrido.

Por este motivo debiera revisarse el presente texto en debate en el Congreso e incluirse la mención de que la norma interpretativa también debe aplicarse al artículo 103 del Código Penal, que establece la media prescripción, de forma de aclarar la intención del legislador de investigar, juzgar y sancionar estos graves crímenes. Ello puede contribuir a rectificar una doctrina jurisprudencial que en el presente envía un mensaje a la sociedad de que estos crímenes no merecen sanción significativa.

Conclusión

El Estado de Chile tiene la obligación de juzgar y sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de 1973 a 1990. Dicha obligación proviene de numerosos instrumentos internacionales que la jurisprudencia nacional ha intentado afirmar, con éxito variado. Esta obligación ha sido afirmada constantemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha sido particularmente elocuente para Chile en su decisión en el caso *Almonacid*.

Esta obligación ha sido objeto de fuertes resistencias por parte de la judicatura nacional, pero en los últimos años ha sido posible percibir una mayor aceptación. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema aún no es uniforme respecto de recoger plenamente esta obligación, y si bien no ha aplicado el Decreto Ley de Amnistía, en algunos fallos persiste en acoger la prescripción de la acción penal. Para ello ha argüido una interpretación restrictiva respecto de la vigencia y supremacía del derecho internacional de derechos humanos y limitada sólo a aquellos ratificados por Chile y exclusivamente a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

La falta de debate al interior de la Corte Suprema, que se expresa en la práctica de copiar argumentos de sentencias y votos de minoría anteriores, pero sin hacerse cargo de los argumentos de aquellos miembros del tribunal que disienten de la solución decidida, afecta seriamente la posibilidad de dar certeza a la interpretación del derecho en este ámbito. Este diálogo de sordos ha hecho que el resultado de las investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos, que han recorrido un extenso y extenuante camino para el establecimiento de responsabilidades penales y la clarificación de los hechos, queda finalmente a merced de la incierta composición de la Sala Penal. Así, pareciera más importante para un abogado de cualquiera de las partes velar por obtener una composición de la Sala Penal favorable para su postura el día de la vista de la causa que preparar sólidos argumentos.

Sin embargo, también parece conveniente que la clase política enfrente un conflicto que tiene naturaleza tanto política como jurídica. En este sentido, legislar sobre la materia constituye no sólo un imperativo para dar certeza al derecho, sino también una obligación que debe ser compartida por todos los Poderes del Estado y no sólo ser dejada a uno de ellos. Además, como lo ha ordenado claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la eliminación de los obstáculos que impiden el juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos, y particularmente el D.L. 2.191, no puede descansar exclusivamente en una jurisprudencia variable de la Corte Suprema y requiere de un pronunciamiento legislativo claro.

La solución que se implemente debe además hacerse cargo de la prescripción de la acción penal, otro obstáculo importante y que constituye una limitación mayor a la obtención de justicia por este tipo de violaciones. Ello queda claro al examinar que aquellas sentencias dictadas en la última década en que se ha absuelto a los responsables de violaciones a los derechos humanos, se han basado en la prescripción y no en la amnistía.

El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados y hoy en debate en el Senado ofrece una buena solución para reforzar la primacía de los principios de derecho internacional en términos de la obligación del Estado de Chile de juzgar estos crímenes y sancionar a sus responsables. Sin embargo, es importante para la legitimidad y acogida de dicha norma reforzar en él algunos aspectos.

Uno de ellos es fundamentar con mayor solidez cómo es que él responde efectivamente a una necesidad de clarificación de una norma legal que, si bien de aparente fácil lectura, requiere ser interpretada en el contexto del desarrollo creciente de un derecho cuya relación con la norma en cuestión exige de clarificación. Ello en virtud de las limitaciones a las facultades de amnistiar y de poner término a la responsabilidad penal en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Además, sería conveniente para reforzar el actual proyecto, contar con un claro pronunciamiento de parte del Ejecutivo, que quede plasmado en la historia fidedigna y oficial del establecimiento de la norma y que refuerce el carácter simbólico que la ley debe tener.

Finalmente, el proyecto debe, de alguna forma también, abordar la doctrina que ha surgido en sentencias de fines de 2007, en relación a la aplicación de la media prescripción, como causal de atenuación de la responsabilidad penal que se traduce en una considerable rebaja de la pena. Dicha argumentación afecta seriamente el principio de proporcionalidad de las penas y la finalidad de prevención general del derecho penal, sancionando a autores de crímenes gravísimos, algunos de ellos masivos, que han negado su participación por décadas y que también se han negado a colaborar en la búsqueda de los restos de los detenidos desaparecidos. La imposición de figuras como la remisión condicional de la pena o la libertad vigilada, constituyen una grave señal de impunidad práctica. Si bien establecer la existencia de tan graves delitos y la responsabilidad penal de sus autores es un avance en materia de establecer la verdad sobre estos crímenes, una vez aclarados los hechos y determinadas las responsabilidades es incomprensible negar la efectividad de una sanción, aunque se argumente que, dado el cambio de circunstancias políticas y la edad de los perpetradores, es muy difícil que vuelvan a cometer delitos de esta naturaleza. Por mucho tiempo que haya transcurrido, la señal de negar una sanción efectiva constituye una forma de denegación de justicia y no satisface el imperativo de prevención general que la imposición de la pena tiene en el Derecho Penal. Básicamente se envía un mensaje a la sociedad de que aun cuando se cometan crímenes atroces, planificados y ejecutados alevosamente, con el uso de recursos públicos y al amparo de la protección estatal, si se logra dilatar suficientemente su juzgamiento no se recibirá sanción, aun a pesar de que quede claramente establecida la comisión de tal delito. Ello podría hacerse introduciendo en su texto que la obligación de juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario incluye la de sancionar efectivamente y con penas proporcionales a los delitos cometidos por sus autores.

Chile y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CLAUDIO TRONCOSO REPETTO*

1. Introducción: Chile y el sistema internacional de protección de derechos humanos, con especial referencia del sistema interamericano

Chile, como muchos otros países de la región, es parte de sistemas internacionales de protección de derechos humanos, tanto de carácter universal como regional.

Dichos sistemas de protección se caracterizan por consagrar en sus principales instrumentos jurídicos un catálogo de derechos que los Estados deben respetar y un sistema de supervigilancia del cumplimiento de estas obligaciones, a través de la creación de instancias internacionales frente a las cuales el Estado debe responder, ya sea a través de la emisión de informes periódicos o el examen de casos específicos llevados a su consideración por Estados o incluso por personas naturales¹. Estas instancias podrán tener el carácter, según el caso, desde comisiones o comités habilitados para adoptar recomendaciones hasta tribunales facultados para emitir sentencias con efecto jurídico vinculante.

El Estado es el sujeto que debe responder frente al sistema internacional, por el cumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido en materia de derechos humanos, abarcando dicha responsabilidad la conducta de cualesquiera de sus órganos.

El sistema universal se configura teniendo como fuentes principales la Carta de las Naciones Unidas², la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magister Legum (LL.M.), Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Chile. Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹ En tratados como la Convención Americana de Derechos Humanos se amplía la posibilidad de llevar un caso a consideración de la Comisión Interamericana incluso a grupos de personas o entidades no gubernamentales.

² Carta de las Naciones Unidas. Artículo 1° N° 3 (Propósitos), Artículos 55 letra c) y 56.

la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1948, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El sistema regional de derechos humanos, en las Américas, se estructura teniendo como pilares, por una parte, la Carta de la Organización de Estados Americanos, y por otra, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Un factor de conexión entre ambos instrumentos, a este respecto, lo constituye la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es la instancia internacional a que pueden acudir la víctima, sus familiares, un grupo de personas o una entidad no gubernamental³ o cualquier persona presentando una queja por vulneración de los derechos humanos, una vez agotados los recursos de jurisdicción doméstica.

Respecto de los Estados que solo son partes en la Carta de la OEA y no en la Convención Americana, la instancia final de conocimiento de estas quejas está radicada en la Comisión Interamericana, la que está facultada para adoptar conclusiones y formular recomendaciones a los Estados en lo referido al respeto de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que se ha entendido como una interpretación permitida de la Carta de la OEA⁴.

Respecto de los Estados partes en la Convención Americana de Derechos Humanos, además de la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que vela por el respeto de los derechos consagrados en la Convención, existe la posibilidad de llevar el caso a un tribunal internacional, que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para estos efectos se debe cumplir con ciertas condiciones⁵:

-El Estado debe haber reconocido la competencia de la Corte. La ratificación de la Convención Interamericana no conlleva automáticamente el reconocimiento de competencia de la Corte. Se requiere de un acto separado.

-Se deben haber agotado los recursos de jurisdicción doméstica y haber concluido los procedimientos ante la Comisión Interamericana.

-Solo un Estado o la Comisión pueden llevar un caso a la Corte. No existe *jus standi* para que los particulares puedan recurrir directamente a la Corte.

³ Entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la organización, señala el Art. 46 de la Convención.

⁴ A este respecto cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 10 de 14 de julio de 1989 acerca de "La interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos" señaló: "Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de Derechos Humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los Órganos de la OEA".

⁵ Pereira Anabalón, Hugo. "La protección de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Ponencia General para las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Mérida, España, mayo de 1990. Impreso en Talleres Editorial Universitaria. Colegio de Abogados de Chile. Santiago. 1990. páginas 71 y 72.

Por vía de reformas al Reglamento, se ha reforzado últimamente el recurso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por una parte, se ha establecido como regla general que todos los casos en que el Estado no cumpla con las recomendaciones de la Comisión, sean llevados a la Corte, salvo que la propia Comisión resuelva fundadamente lo contrario (Art. 44.1 del Reglamento de la Comisión). Por otra, se le ha otorgado a la víctima un rol de representación autónoma de la Comisión una vez iniciado el caso ante la Corte (Artículo 21.1 del Reglamento de la Corte).

La jurisdicción de la Corte es fundamentalmente de dos clases: consultiva o contenciosa. La competencia consultiva se refiere a materias en las que se le solicita a la Corte emita un dictamen sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, y si bien las Opiniones Consultivas gozan de una alta autoridad no tienen efectos vinculantes⁶. La Contenciosa tiene por objeto resolver, por lo general, un caso en que a un Estado se le atribuye una infracción determinada a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, consagradas en la Convención Americana⁷.

2. Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y supervisión de la misma

Los fallos emitidos por la Corte en esta materia son obligatorios.

A este respecto cabe tener presente las siguientes disposiciones de la Convención Americana que señalan:

⁶ De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos "las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el Artículo 68 de la Convención". Opinión Consultiva OC-1/1982. Párr. 51. Citado por O'Donnell, Daniel, "Protección Internacional de los Derechos Humanos", 1988, Comisión Andina de Juristas, pág. 486. También ver: Ventura, Manuel E. y Zovatto, Daniel: "La función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y Principios. 1982-1987". Ed. Civitas S.A., 1989. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pág. 32.

⁷ A este respecto ver el voto razonado del juez Rodolfo E. Piza E. en la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 1981, referida a la acción interpuesta por el Gobierno de Costa Rica en el Asunto Viviana Gallardo y otras, en el que caracteriza a la jurisdicción contenciosa como "jurisdicción que, a mi juicio, la Convención organiza y regula como ordinaria, dándole un evidente carácter sancionador o de condena, al modo del de la jurisdicción penal, cuyo objeto específico no es el de declarar el Derecho controvertido sino el de restablecer el Derecho violado, resolviendo concretamente si se ha cometido o no una violación de derechos consagrados en la Convención, imputable a un Estado Parte de la misma, que resulta en todo caso la "parte" pasiva, acusada, en perjuicio de seres humanos que aparecen de este modo como la verdadera "parte" activa, ofendida, titular de los derechos cuya protección se persigue, e imponiendo a la primera las consecuencias correspondientes, a favor de los segundos". O'Donnell, por su parte, señala que "los motivos que pueden llevar a la Comisión a plantear el someter un caso ante la Corte son principalmente dos: brindar a la víctima las ventajas de un fallo obligatorio de la Corte, u obtener confirmación de la interpretación de la Comisión de cuestiones legales implícitas en su decisión en el asunto" y luego agrega que la Comisión puede presentar un caso a la Corte "aun cuando en su opinión no se haya configurado una violación de la Convención". En: "Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas", Lima, Perú, 1988, pág. 478.

Artículo 63. 1

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado.

La expresión “se comprometen” conlleva la fuerza vinculante de toda decisión emitida por un Tribunal Internacional⁸.

Respecto a la forma como supervigilar el cumplimiento de la sentencia, la propia Corte se reserva en los fallos el derecho de supervisar su cumplimiento, antes de dar por concluido el caso, entendiendo que ello es una facultad inherente a sus funciones jurisdiccionales⁹. A su vez, el Artículo 65 de la Convención dispone que “la Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”¹⁰.

⁸ Gross Espiell, Héctor, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo. Ed. Jurídica de Chile, 1991. Pág 191, O’Donnell, Daniel. *Op. cit.*, págs. 486 a 488. La expresión “se comprometen” existe también en otros instrumentos internacionales. Ver a este respecto el análisis de Hernán Montealegre Klenner, citando a Wright y Guradze (ambos citados en Schwelb) respecto a la obligación contenida en el Artículo 56 de la Carta de Naciones Unidas que alude a que “Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la organización para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55” (entre ellos el respeto universal de los derechos humanos). En: Montealegre Klenner, Hernán. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. Edición Academia de Humanismo Cristiano. Octubre 1979. Santiago, Chile. Págs. 664 y 665.

⁹ Ver los diversos casos de supervisión de cumplimiento de sentencias emitidas por la Corte, entre ellas la Resolución de la Corte Interamericana de 30 de noviembre de 2007 relativa a la supervisión del cumplimiento de la Sentencia en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Ver también: Ayala Corao, Carlos: “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana”. *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca, junio 2007, págs. 141 y 143 y ss., en que desarrolla el tema de la supervisión del cumplimiento de las sentencias por la Corte Interamericana.

¹⁰ Buergenthal, Grossman y Nikken señalan que “este informe ofrece una ocasión a la Asamblea para discutir el asunto”. Y agrega que “Aunque ella carece de poderes para adoptar resoluciones coactivas frente a los Estados miembros a este respecto, sus decisiones tienen considerable peso político, lo que se traduce en presión a la opinión pública”. En *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Buergenthal, Thomas; Grossman, Claudio y Nikken, Pedro. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/San José, 1990, pág. 110. Ayala, por su parte, se lamenta que “luego de los ajustes realizados a los procedimientos de la Carta de la OEA en los años noventa, los Informes tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de

En las resoluciones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a la supervisión de sus sentencias emitidas dicho tribunal ha subrayado el carácter obligatorio de sus fallos y los efectos que de ello se derivan.

Así la Corte ha señalado lo siguiente¹¹:

“3. Que el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “[l]os Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean Partes”. Para ello los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones¹².

4. Que en virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte, según lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, éstas deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra.

5. Que la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales vinculan a todos los poderes y órganos del Estado¹³.

6. Que los Estados partes deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir las que contienen disposiciones sobre derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica

Derechos Humanos, son presentados directamente ante el Consejo Permanente a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, y no ante la Asamblea General. De esta forma, el Consejo Permanente lo que hace finalmente es proponer a la Asamblea General la adopción de una resolución ya consensuada sobre el informe de la Corte, no estableciéndose debate alguno sobre el contenido mismo de éste ni mucho menos sobre el estado de cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados”. Ayala, Corao, Carlos. *Op. cit.*, pág. 131.

¹¹ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, páginas 4 y 5.

¹² Aquí la Corte cita los casos *Baena Ricardo y otros*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003; *Caso Molina Thiessen*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución 10 de julio de 2007 y *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 12 de julio de 2007. La cita completa se puede consultar en la resolución de la Corte que estamos examinando.

¹³ Aquí la Corte cita la Opinión Consultiva OC-14/94 de 19 de diciembre de 1994, *Caso Molina Thiessen*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia y caso *García Asto*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. La cita completa se puede consultar en la resolución de la Corte que estamos examinando.

y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos¹⁴.

7. Que los Estados Partes en la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte tienen el deber de acatar las obligaciones establecidas por el Tribunal. Esta obligación incluye el deber del Estado de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de lo ordenado por el tribunal en dichas decisiones. La oportuna observancia de la obligación estatal de indicar al Tribunal cómo está cumpliendo cada uno de los puntos ordenados por éste es fundamental para evaluar el cumplimiento de la sentencia en su conjunto¹⁵.

3. Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el orden doméstico

En lo relativo a la forma de ejecutar el fallo en el respectivo país, la Convención Americana solo se refiere a la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria señalando que esta podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado. En el caso de Chile dicho procedimiento está contemplado en el Artículo 752 del Código de Procedimiento Civil e implica la emisión de un Decreto de Pago, comunicada que sea la sentencia ejecutoriada contra el Fisco. En este caso una interpretación armónica de las disposiciones internacionales con las internas lleva a concluir en la necesidad de emitir el Decreto de Pago correspondiente una vez comunicada la decisión final, definitiva e inapelable de la Corte Interamericana¹⁶.

Respecto de la forma de ejecutar el resto del fallo en el orden jurídico doméstico la Convención nada dice, por lo que debemos entender que ello es materia de regulación interna de los Estados. En el caso de Chile observamos la ausencia de una legislación que en forma expresa y específica se refiera a esta materia. En efecto, no creemos que sean aplicables las normas relativas a la ejecución de sentencias emanadas de tribunales extranjeros que contempla nuestro Código de Procedimiento Civil y que requiere del trámite del *exequátur*, ya que la Corte Interamericana no es un tribunal de un país extranjero, sino un tribunal internacional.

¹⁴ Aquí la Corte cita el *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999; el *Caso Gómez Palomino*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. 18 de octubre de 2007, y *Caso Molina Thiessen*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. La cita completa se puede consultar en la resolución de la Corte que estamos examinando.

¹⁵ Aquí la Corte cita el *Caso Barrios Altos*. Cumplimiento de Sentencia. 22 de septiembre de 2005; el *Caso Gómez Palomino*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia; y el *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. La cita completa se puede consultar en la resolución de la Corte que estamos examinando.

¹⁶ Esta es la interpretación que le ha dado el Gobierno de Chile al dictar los actos administrativos de pago en conformidad a lo dispuesto por la Corte, de acuerdo a la información recabada en el Ministerio de Relaciones Exteriores sobre este tema. Del cumplimiento de dichos pagos se ha informado a dicho Tribunal. Ver Supervisión Cumplimiento de Sentencia Caso Palamara citado supra.

Por lo tanto, en ausencia de un marco normativo expreso y específico, nuestro país ha procedido a dar cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana, adoptando medidas tanto en el ámbito normativo de carácter administrativo, legislativo e incluso constitucional. Sobre estos casos se expondrá a continuación.

4. Cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de Chile

Hasta el momento han existido 4 casos referidos a Chile que han sido objeto de consideración por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷:

- Caso “La última tentación de Cristo”.
- Caso Palamara.
- Caso Marcel Claude y otros.
- Caso Almonacid.

Los dos primeros casos se refieren a la libertad de expresión, el tercero al acceso de información pública y el último a la aplicación de las amnistías en casos de violación de derechos humanos.

Caso “La “última tentación de Cristo”¹⁸

El caso se refiere a la prohibición judicial de exhibir el filme de Martin Scorsese, basado en la obra de Nikos Kasanzakis, “La última tentación de Cristo”.

Recordemos que en 1996 el Consejo de Calificación Cinematográfica había autorizado la exhibición de la película, revisando una decisión anterior adoptada en 1988, calificándola para mayores de 18 años. Frente a esta decisión un grupo de personas, por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que decidió prohibir la exhibición del mencionado filme, fallo que fue luego confirmado por la Corte Suprema. Frente a ello la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas presentó una queja a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que derivó finalmente en su sometimiento a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte, a su vez, en su sentencia declaró que el Estado de Chile violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo declaró que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

¹⁷ A este respecto agradezco la información proporcionada por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, especialmente a través de su director, embajador Juan Aníbal Barría.

¹⁸ Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

La Corte decidió, en consecuencia, que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La última tentación de Cristo".

Para cumplir con este fallo, Chile reformó su Constitución Política para eliminar la censura cinematográfica y consagrar un nuevo derecho a la libre creación y difusión artística (Art. 19 N° 25). Asimismo se dictó una nueva ley de calificación cinematográfica que permitió la exhibición de todas las películas censuradas hasta entonces. En efecto, el Artículo 1 transitorio de dicha ley dispuso que las películas que durante la vigencia de la ley anterior hayan sido rechazadas dejarán de estarlo y para su exhibición o comercialización deberán someterse a la calificación del Consejo.

Caso Palamara¹⁹

El segundo caso, también vinculado con la libertad de expresión, se refiere a la decisión de llevar a cabo la publicación del libro *Ética y Servicios de Inteligencia* por parte del empleado civil de la Armada de Chile, Humberto Palamara, la que no se autorizó por parte del Alto Mando Naval, dando origen a dos procesos judiciales por desobediencia (incumplimiento de órdenes y deberes militares) y desacato, que culminaron con la condena del Sr. Palamara y la incautación de cerca de 900 ejemplares de su libro.

Llevado el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos esta decidió que el Estado violó en los términos consignados en la sentencia el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, el derecho a la propiedad privada, el derecho a las garantías judiciales, derecho a la protección judicial y la libertad personal, en perjuicio del Sr. Humberto Palamara Iribarne, todos estos derechos en relación con la obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y libertades y de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en los Artículos 1.1 y 2 de la Convención.

Y, en consecuencia, dispuso que:

a) El Estado debe permitir al señor Humberto Antonio Palamara Iribarne la publicación de su libro, así como restituir todo el material del que fue privado.

b) El Estado debe publicar la sentencia.

c) El Estado debe dejar sin efecto, en el plazo de seis meses, en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne.

d) El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para derogar y modificar, dentro de un plazo razonable, cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión.

e) El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, esta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por

¹⁹ Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares.

f) El Estado debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares.

g) El Estado debe pagar al señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, en el plazo de un año, la cantidad señalada en la sentencia, por concepto de indemnización por daño material, inmaterial, costas y gastos.

Todo lo anterior en los términos establecidos en la sentencia.

Para cumplir la sentencia el Estado:

- Hizo las publicaciones de las sentencias ordenadas.
- Pagó las indemnizaciones, costas y gastos que se fijaron.
- La Armada publicó 1.000 nuevos ejemplares del libro, que entregó a su autor.
- Se eliminaron los antecedentes penales del Sr. Palamara²⁰.
- Se impulsó un proyecto de ley que reforma la justicia militar.

Caso Marcel Claude²¹

El caso se origina en la petición de información acerca de proyecto de inversión (Forestal Trillium y Río Cóndor) solicitada por los peticionarios al Comité de Inversiones Extranjeras.

Al considerar el caso la Corte otorgó un contenido amplio al derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el Artículo 13 de la Convención comprendiendo en él “no sólo el derecho y libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole”, agregando que en este caso la Corte estima que ello “protege el derecho que tiene toda persona a solicitar información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención”²².

La Corte decidió que el Estado:

a) debe, a través de la entidad correspondiente, entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto.

b) debe publicar la sentencia.

²⁰ Luego de la información entregada por el Estado de Chile relativa a la eliminación de los antecedentes penales del Sr. Palamara, lo que, de acuerdo a lo señalado por el Estado, “permitiría dejar sin efecto, la principal consecuencia de las sentencias dictadas..” y luego de escuchar a los representantes y a la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana constató el cumplimiento del punto resolutivo duodécimo de la sentencia, referido a “dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas...”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, páginas 7, 8 y 16.

²¹ Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

²² Considerandos 75, 76 y 77 de la Sentencia.

c) debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) El Estado debe realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información.

e) debe pagar a los señores Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola la cantidad señalada en la sentencia, por concepto de costas y gastos.

Para cumplir el fallo el Estado:

a) Hizo llegar a la Corte una carta del Comité de Inversiones Extranjeras en cumplimiento a lo dispuesto por la sentencia.

b) Hizo las publicaciones de las sentencias requeridas.

c) Llevó adelante un proyecto de ley de acceso a la información pública en concordancia con la reforma constitucional al nuevo Artículo 8° de la Constitución que establece el principio constitucional de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado.

d) Organizó un seminario sobre acceso a información pública.

e) Pagó la cantidad señalada en la sentencia por concepto de costas y gastos.

Caso Almonacid²³

El caso se refiere a la aplicación del Decreto Ley N° 2.191 de Amnistía en el proceso en que se investigaba la ejecución extrajudicial de Sr. Almonacid Arellano el 16 septiembre de 1973, por parte de carabineros que le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa.²⁴

El Estado de Chile formuló excepciones preliminares, entre ellas, una relativa a la competencia *ratione temporis* de la Corte. Dicho tribunal, sin embargo, rechazó estas excepciones preliminares, considerándose competente para conocer la causa²⁵.

En lo resolutivo la Corte declaró en lo pertinente:

Que el Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos humanos consagrados en los Artículos 8.1 y 25 de dicho Tratado, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez, en los términos previstos en la sentencia.

²³ Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

²⁴ Párrafos 82.8 y 82.9 de la Sentencia e Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

²⁵ El tema de las excepciones preliminares está tratado en las páginas 7 a 15 de la Sentencia.

Que al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley N° 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho Tratado.

Que la sentencia *per se* constituye una forma de reparación.

Y dispuso que:

a) El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en la sentencia²⁶.

b) El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en la sentencia.

c) El Estado deberá efectuar el reintegro de las costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo.

d) El Estado deberá realizar las publicaciones de la presente sentencia, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la misma.

El Estado publicó la sentencia de la Corte Interamericana, pagó las costas y gastos y existen actualmente iniciativas legales vinculadas a la materia que se discuten en el H. Congreso Nacional.

5. Consideraciones finales

Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen una naturaleza jurídica vinculante, por lo que el Estado respecto del cual la sentencia se pronuncia debe darle cumplimiento, implementándola en su orden jurídico interno²⁷.

Los Estados enfrentan diversos desafíos a la hora de ejecutar en el orden interno las sentencias de tribunales internacionales en materia de derechos humanos²⁸.

Como se trata de un tema relativamente nuevo en el derecho internacional, el orden jurídico interno en diversos países (entre ellos Chile) no contiene normas específicas que permitan la recepción oficial de la sentencia internacional por parte de las autoridades competentes nacionales y un mandato de hacerla cumplir a todos los órganos del Estado concernidos por ella.

Además, la forma de cumplir la sentencia tendrá un grado diverso de complejidad dependiendo del contenido de lo dispuesto en la misma.

Así, Chile ha dado cumplimiento expedito a la publicación de la sentencia en medios de circulación nacional. Lo mismo ha ocurrido con el reembolso de los gas-

²⁶ A este respecto se remite a los párrafos 145 a 157 de la Sentencia.

²⁷ A este respecto ver Ayala Corao, Carlos. *Op. cit.*, págs. 130 y 150.

²⁸ Respecto del tema de la aplicación de los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos en Alemania véase el artículo de Ronald Bank "Tratados Internacionales de Derechos Humanos bajo el Ordenamiento Jurídico Alemán" contenido en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Décimo Año, Edición 2004, Tomo II. Konrad-Adenauer-Stiftung, págs. 721 a 734.

tos incurridos y las indemnizaciones decretadas, caso este último en el cual se le ha dado aplicación con las adaptaciones necesarias a la misma disposición vigente para la ejecución de las sentencias dictadas en Chile contra el Fisco.

Respecto de las demás decisiones, y frente a la ausencia de una normativa interna expresa que se refiera específicamente a la forma de ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el orden jurídico chileno, se han ideado soluciones creativas e imaginativas para dar cumplimiento de buena fe a lo dispuesto por dicho tribunal internacional. Así, en el caso del cumplimiento de la sentencia relativa al caso "La última tentación de Cristo", no hubo necesidad de dejar sin efecto el fallo de la Corte Suprema, ya que bastó la modificación de la Constitución y de la ley para que se pudiera exhibir no solo ese filme, sino todas las otras películas que habían sido censuradas hasta la dictación de la nueva normativa. Por su parte, en el caso Palamara no hubo necesidad de dejar sin efecto la decisión de los tribunales militares que habían decretado el comiso de los libros, para que la Armada, en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo, hiciera una nueva publicación de 1.000 ejemplares de la obra que entregaría a su autor. Lo mismo se aplica para la decisión de eliminar los antecedentes penales del Sr. Palamara.

Por lo anterior, resulta tan importante que, de ser posible, la Corte Interamericana en sus fallos no establezca una modalidad determinada de cumplimiento, sino que le otorgue al Estado suficiente flexibilidad para lograr el mismo objetivo. En este sentido, cabe destacar la fórmula utilizada en la sentencia del caso "La última tentación de Cristo", que en vez de disponer se deje sin efecto la sentencia que prohibía la exhibición de la película, la Corte decretó que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición del mencionado filme. De la misma forma en el caso Almonacid la Corte dispuso que el Estado se asegure que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, evitando indicar una vía concreta para lograr tal finalidad.

El fallo Almonacid de la CIDH, y las obligaciones que de allí emanan para el Estado de Chile

DOUGLASS CASSEL*

Gracias a los organizadores por el honor de participar en este importante seminario.

Resumen:

En síntesis, a raíz de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid*¹, en todo caso de crimen de lesa humanidad supuestamente amnistiado por la Ley de Amnistía decretada por el régimen del general Augusto Pinochet, en 1978², y conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos ("la Convención"),³ Chile tiene los deberes de:

- No aplicar el Decreto Ley de Amnistía⁴;
- asegurarse que ni la Ley de Amnistía, ni cualquier otro excluyente de responsabilidad penal, tales como la prescripción⁵, la irretroactividad de la ley

* Abogado y periodista especializado en Derechos Humanos, Derecho Penal Humanitario y Derecho Internacional. Es Director del Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame. Ha sido consultor en derechos humanos para las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, el Departamento de Estado de los Estados Unidos, y la Fundación Ford, y fue asesor de la CVR de Perú, ex director del Centro Internacional de Derechos Humanos de la Universidad Northwestern y de la Fundación del Debido Proceso Legal (Due Process of Law Foundation).

¹ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) ("*Almonacid*"). Todas las citas en esta intervención se refieren a esta Sentencia, a menos que se indique al contrario en la nota a pie de página correspondiente.

² Decreto Ley N° 2.191, decretado el 18 de abril de 1978 (en adelante, "Ley de Amnistía"). El texto completo del Decreto Ley se incluye en párr. 82.10 de la Sentencia *Almonacid*.

³ Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor, 18 de julio de 1978, OAS TS N° 36, 1144 UNTS 123.

⁴ Párrs. 114, 123, 128, 129, 171.2, 171.5, 171.6.

⁵ Párrs. 152-53, 171.5.

- penal,⁶ y el principio de *ne bis in idem* o cosa juzgada⁷, siga representando un obstáculo para la investigación penal de crímenes de lesa humanidad y para la identificación y, en su caso, condena y castigo de los responsables;⁸
- tomar las medidas legislativas necesarias para que la Ley de Amnistía no siga obstaculizando la justicia para los crímenes de lesa humanidad, y no confiar solamente en la no aplicación judicial de la Ley, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar⁹;
 - investigar, juzgar y, en su caso, condenar y castigar a los responsables de crímenes de lesa humanidad¹⁰;
 - realizar la investigación y el proceso penal ante foro civil, dejando sin efecto las sentencias de los tribunales militares que aplicaron la Ley de Amnistía o de otro modo dejaron impunes los crímenes de lesa humanidad¹¹;
 - garantizar que todas las instituciones públicas colaboren con el proceso penal en tales casos, remitiendo información y documentación, llevando ante el tribunal las personas requeridas, y realizando las diligencias ordenadas¹²;
- y
- asegurar que las víctimas y los familiares tengan pleno acceso y capacidad de actuar en el proceso en tales casos, de acuerdo con la ley interna y con la Convención¹³.

La Falta de Validez Jurídica de la Ley de Amnistía

El punto de partida del análisis de la Ley de Amnistía, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, es la doble obligación de los Estados: por un lado, el deber negativo de no cometer los crímenes de lesa humanidad, y por otro, los deberes positivos de investigar, procesar, condenar y castigar a los responsables de tales crímenes atroces, y de adecuar su legislación interna para tal fin.

En las Américas estas obligaciones surgen de los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Por medio del artículo 1.1, todo Estado Parte se compromete a “respetar”, es decir, no violar los derechos humanos, así como de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos, es decir, tomar las medidas necesarias para asegurar que se respete a los derechos.

Desde el inicio de su jurisprudencia hace 20 años, en el conocido caso de *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*¹⁴, la Corte Interamericana aclara que entre las medidas positivas que los Estados se obligan a tomar, de acuerdo con el artículo 1.1, son la

⁶ Párrs. 151, 171.5.

⁷ Párrs. 154-55, 171.5.

⁸ Párrs. 115, 119, 122, 129, 145, 151, 171.2, 171.5 y 171.6.

⁹ Párrs. 121, 171.2.

¹⁰ Párrs. 110, 144, 171.2, 171.5, 171.6

¹¹ Párrs. 133, 147, 155, 171.2, 171.5.

¹² Párrs. 156, 171.5.

¹³ Párrs. 157, 171.5.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4.

investigación, procesamiento penal y, en su caso, la condena y el castigo de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos¹⁵.

Además, el artículo 2 de la Convención obliga a todo Estado Parte a “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

El artículo 2, por su parte, impone dos obligaciones en los Estados: primero, la supresión de normas que violan a la Convención y, segundo, la expedición de normas conducentes a la efectiva observancia de los derechos humanos¹⁶. La Corte sostiene que las leyes de amnistía para los crímenes de lesa humanidad:

- son “manifiestamente incompatibles” con la letra y el espíritu de la Convención¹⁷,
- constituyen *per se* una violación de la Convención, por el solo hecho de que el Estado las mantenga “formalmente dentro de su ordenamiento”, independientemente de que sean aplicadas o no¹⁸,
- dada su naturaleza, carecen de efectos jurídicos¹⁹, y
- violan al deber estatal de suprimir las normas legislativas contrarias a la Convención²⁰.

La pregunta, pues, es si la Ley de Amnistía chilena, tanto en su aplicación al Sr. Almonacid como por su alcance general, pretende amnistiar a los crímenes de lesa humanidad. La respuesta en los dos casos es positiva.

Los crímenes de lesa humanidad “incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil”²¹. Por su naturaleza grave, no solo atentan contra la víctima inmediata, sino que afectan a “la humanidad toda”²².

Siempre y cuando existe un ataque generalizado o sistemático, “Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad”²³.

El asesinato del Sr. Almonacid en el año 1973, según la Corte Interamericana, cabe en el contexto de un ataque contra “sectores de la población civil” chilena. Por lo tanto, es un crimen de lesa humanidad²⁴.

Aun antes de la ratificación de la Convención por Chile en 1990 —y aun antes del asesinato del Sr. Almonacid en 1973— se puede entender la Sentencia en el sentido de que el derecho internacional prohibía la amnistía para los crímenes de lesa humanidad. “Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa

¹⁵ *Ibíd.* párrs. 166-81.

¹⁶ *Almonacid*, párr. 118.

¹⁷ Párr. 119.

¹⁸ Párrs. 119, 122.

¹⁹ Párr. 119.

²⁰ Párrs. 121-22.

²¹ Párr. 96.

²² Párr. 105.

²³ Párr. 96.

²⁴ Párr. 99.

humanidad, la Asamblea General de las Naciones Unidas desde 1946 ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados²⁵.

En diciembre de 1973 —5 años antes de ser decretada la Ley de Amnistía en Chile— la Asamblea General declara:

... [L]os crímenes de lesa humanidad, (...) cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad (...) serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

(...)

Los Estados no adoptarán medidas legislativas (...) que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables (...)²⁶.

Tras citar otras resoluciones de las Naciones Unidas, la Corte recuerda que las obligaciones pertinentes de enjuiciar y castigar se desprenden de la obligación en el artículo 1.1 de la Convención de “garantizar” el goce de los derechos humanos²⁷. La Corte ya había fallado en el *Caso Barrios Altos* de Perú, que

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁸”.

Así que, en *Barrios Altos*, la Corte condenó amnistías, sobre todo autoamnistías otorgadas por regímenes autoritarios para excusarse a sí mismos y a los suyos, por determinadas “violaciones graves” de los derechos humanos. Los crímenes de lesa humanidad, tales como el asesinato del Sr. Almonacid en el contexto de un ataque generalizado y sistemático en contra de sectores de la población civil chilena, son “violaciones graves” *par excellence*.

Además, la Corte considera que el Decreto Ley de Amnistía chilena es “básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes²⁹”.

²⁵ Párr. 106.

²⁶ ONU, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973, citados en *Almonacid*, párr. 106 y nota 130.

²⁷ Párr. 110.

²⁸ Párrs. 112-13, citando al *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75, párr. 141.

²⁹ Párr. 120.

No obstante, el fundamento de la condena de la Ley por parte de la Corte Interamericana no es su autoría por un régimen *de facto*. De ser así, todos los decretos del régimen de Pinochet caerían, y resultaría una situación jurídica en Chile de incertidumbre, si no caos³⁰. Pero no es así: la Corte condenó a la Ley de Amnistía, no por su autoría, sino por su fin jurídico y violatorio del derecho internacional, de amnistiar a crímenes de lesa humanidad:

... el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, "es indiferente para estos efectos". En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley N° 2.191, atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar³¹.

La Ley de Amnistía chilena quedaba condenada, en efecto, por la jurisprudencia de la Corte, aun antes de la Sentencia en el Caso *Almonacid*. Por tratarse básicamente de una autoamnistía por violaciones graves de los derechos humanos, la Ley chilena carecía de efectos jurídicos, de acuerdo con la jurisprudencia del Caso *Barrios Altos*. Peor aún, la amnistía chilena pretendía dejar en la impunidad a crímenes de lesa humanidad, violando así al derecho internacional consuetudinario, aun antes de la ratificación por Chile de la Convención en 1990.

Aun en el supuesto de que —contrario a lo que parece ser el criterio de la Corte Interamericana— se admitiera la posibilidad de amnistiar a los crímenes de lesa humanidad en 1978, la Ley de Amnistía chilena carece de efectos jurídicos, a más tardar, en 1990, cuando la Convención entra en vigor para Chile. Si bien es cierto que el asesinato del Sr. Almonacid no violó a la Convención, por no estar en vigor en Chile en 1973, el deber estatal de investigar, procesar y, en su caso, condenar y castigar, es un deber continuo y permanente, hasta que se logra la justicia o se confirma la imposibilidad de lograrla³².

Al reconocer la competencia de la Corte Interamericana en casos contenciosos, Chile declaró que aceptó tal competencia, solamente para hechos posteriores, "o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior" a la fecha de ratificación de la Convención por Chile, es decir, el 11 de marzo de 1990³³. No obstante, esa declaración no excluye la Ley de Amnistía de 1978 de la necesidad de cumplir con la Convención, por tres motivos.

Primero, la declaración chilena no condiciona, ni pretende condicionar, los deberes sustantivos de Chile de acuerdo con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, es decir, de garantizar los derechos humanos y de tomar las medidas legislativas necesarias para hacerlos efectivos. La declaración solo limita la aceptación por parte

³⁰ Según el Dr. Jorge Correa Sutil, testigo propuesto por el Estado ante la Corte, entre los argumentos en el debate interno en Chile, a favor de la validez de la Ley de Amnistía, es que, "si se consideran inválidas las normas dictadas por los gobiernos de facto en Chile, buena parte [del] ordenamiento jurídico caería, incluyendo muchas de las normas que le otorgan legitimidad al actual sistema político". *Almonacid*, párr. 72 (b).

³¹ Párr. 120.

³² Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, *Excepciones Preliminares*, Serie C N° 118, párrs. 65, 67 y nota 8.

³³ Párr. 42.

de Chile de la competencia de la Corte. Aun sin aceptar la competencia de la Corte, Chile quedaría con todas las obligaciones convencionales asumidas en el derecho internacional por ratificar la Convención.

Segundo, hasta en lo que refiere a la competencia de la Corte, Chile violó a la Convención por tres actos u omisiones posteriores a su ratificación de la Convención, y “cuyo inicio” fue después de la ratificación. Ellos son: (1) el incumplir con el deber, de acuerdo con el artículo 2, de suprimir la Ley de Amnistía, un deber cuyo inicio es precisamente a partir de la ratificación de la Convención, y no antes³⁴, (2) la remisión del caso *Almonacid* a los tribunales militares en 1996³⁵, y (3) la aplicación de la Ley de Amnistía al caso en 1997.³⁶ Así falló la Corte Interamericana, al rechazar la excepción preliminar de Chile por falta de competencia *ratione temporis*³⁷.

Y tercero, aun sin la Convención Americana, como se explica arriba, el derecho internacional de los derechos humanos, a criterio aparente de la Corte, no aceptaba a las amnistías para crímenes de lesa humanidad, desde 1946.

En resumen, se puede interpretar a la Sentencia *Almonacid* de la Corte Interamericana en el sentido de que la Ley de Amnistía, a la luz del derecho internacional, carecía de efectos jurídicos desde su inicio en 1978. En todo caso, no hay duda de que la Sentencia declara que la Ley carece de efectos jurídicos a partir de la ratificación de la Convención por Chile, en 1990³⁸.

Otros Excluyentes de Responsabilidad

A criterio de la Corte, ni la amnistía, ni otra disposición de la ley interna chilena, ni cualquier otro excluyente de la responsabilidad penal, puede ser invocado por Chile para “excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” de crímenes de lesa humanidad³⁹. Es decir, el Estado no puede argumentar “prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio de *ne bis in idem*, así como cualquier otro excluyente similar de responsabilidad”, para justificar la impunidad de crímenes de lesa humanidad⁴⁰.

Prescripción. La Sentencia de la Corte falla que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles⁴¹. Aun cuando Chile no ha ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad, la Corte considera que la imprescriptibilidad de tales crímenes es una “norma de Derecho Internacional General” de *ius cogens*. Por lo tanto, Chile no puede dejar de cumplir esta “norma imperativa”⁴².

Irretroactividad. Aun si los crímenes de lesa humanidad no se penalizaron o no se castigaron durante el régimen de Pinochet, no importa, porque eran prohibidos

³⁴ Párr. 50.

³⁵ Párrs. 40 (a) (i), 49.

³⁶ Párrs. 40 (a) (iii), 49.

³⁷ Párrs. 49-51.

³⁸ Párrs. 119, 120, 122.

³⁹ Párr. 151.

⁴⁰ Párr. 151.

⁴¹ Párr. 152.

⁴² Párrs. 152-53.

por el derecho internacional en la época. Por lo tanto, procesarlos hoy, y hasta tipificarlos hoy para procesar los delitos cometidos en 1973, no viola al principio de irretroactividad. La Corte se pronuncia de acuerdo con la Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que aceptó que Estonia condenó y castigó en 2003 a dos acusados por cometer crímenes de lesa humanidad en 1949, a pesar de que los actos cometidos “pudieron haber sido legales por la ley doméstica que imperaba en ese entonces”⁴³.

Ne bis in idem. La cosa juzgada, falla la Corte, no es un “derecho absoluto”. Citando al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 20, la Corte estima que el derecho no es aplicable, entre otras circunstancias, si el tribunal que absolvió al acusado —en este caso el tribunal militar— carecía de independencia e imparcialidad. En tales casos, y en cualquier situación de una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”, el Estado chileno “no puede auxiliarse en el principio de *ne bis in idem*,” para no cumplir con su deber de investigar y procesar a los responsables.⁴⁴

Resolución de la Corte

A pesar de declarar en la parte razonada de la Sentencia la falta de efectos jurídicos de la Ley de Amnistía, y el deber de Chile de suprimirla, la parte dispositiva (*dispositif*) de la Sentencia deja a Chile un margen de flexibilidad. Sensible a las dificultades internas de orden jurídico y político⁴⁵, la Corte no ordena que Chile revoque o anule la Ley. Lo que sí ordena es que, tanto en el caso del Sr. Almonacid, como en casos de “otras violaciones similares acontecidas en Chile”, el Estado “debe asegurarse que el Decreto Ley no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables”⁴⁶.

Si bien la Corte deja así que Chile seleccione la mejor manera de lograr ese fin, hay que entender la disposición en el contexto de la Sentencia. Queda claro que no basta con que los tribunales chilenos no apliquen la Ley en casos concretos⁴⁷. La Ley en sí, en su forma actual, es una violación *per se* de la Convención⁴⁸. Se necesitan medidas legislativas para cumplir con los deberes de Chile, y con la Sentencia de la Corte⁴⁹. Sin embargo, la manera y el contenido de las medidas legislativas —o sean interpretativas de la Ley, en el sentido de que no es aplicable a los crímenes de lesa humanidad, o sean que revocan la Ley, o lo que sea— serán decididos por Chile, y no por la Corte, siempre que el resultado sea asegurarse que la Ley de Amnistía no siga obstaculizando la justicia para crímenes de lesa humanidad.

Así la Corte respetó su rol de tribunal internacional, de vigilar para el cumplimiento con la Convención, sin pretender convertirse en legislador chileno. Ahora le toca

⁴³ Párr. 100 y nota 126, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, Sentencia de 17 de enero de 2006, apps. N^{os} 23052/04 y 24018/04.

⁴⁴ Párrs. 154-55.

⁴⁵ Párr. 82.24.

⁴⁶ Párrs. 171.5, 171.6.

⁴⁷ Párr. 121.

⁴⁸ Párr. 119.

⁴⁹ Párr. 121.

a este cumplir con su rol en un Estado de derecho, y de cumplir con la Sentencia vinculante de la Corte, cuya competencia se aceptó voluntariamente por Chile.

Mientras tanto, el proceso ante la Corte no termina. La Corte mantiene abierto el expediente para efectos de supervisar el cumplimiento de la Sentencia.

Crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad

MARÍA INÉS HORVITZ L.*

1. Introducción

La presente intervención persigue efectuar un análisis jurídico de los problemas que enfrentaría cualquier propuesta legislativa que pretenda remover los obstáculos para perseguir penalmente y castigar a los responsables de los crímenes atroces cometidos contra un sector de la población civil durante la dictadura militar; como aquellas orientadas, ya a declarar la nulidad o derogar el DL 2.191, de 1978, o modificar el Código Penal chileno introduciendo una ley interpretativa sobre los modos de extinción de la responsabilidad penal.

Estas propuestas se han planteado con mayor fuerza desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictara su fallo de 26 de septiembre de 2006 en el caso *Almonacid Arellano y otros con Chile*. La Corte declaró que el asesinato de Almonacid, acaecido en 1973, constituyó un crimen de lesa humanidad, pues fue ejecutado extrajudicialmente por agentes del Estado en un contexto de ataque generalizado o sistemático en contra de sectores de la población civil¹. También señaló que al haberse aplicado el DL 2.191 se dejó en la impunidad la comisión de este crimen de lesa humanidad, generándose responsabilidad internacional para el Estado de Chile por el incumplimiento de su obligación de adecuar el derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana².

Como es sabido, la Corte estableció dos violaciones a la Convención Americana, a saber, i) el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar para que cono-

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile y Doctora en Derecho. Actualmente se desempeña como Profesora Asociada de Derecho Penal de la Universidad de Chile, es directora del Centro de Estudios de la Justicia de la misma casa de estudios y co-editora de la revista que publica semestralmente dicho Centro (*Revista de Estudios de la Justicia*). Desde junio de 2006 es Consejera del Consejo de Defensa del Estado.

¹ Cfr. considerando 104 del fallo.

² Cfr. considerando 129 del fallo.

ciera del caso, en circunstancias que ella carece de los estándares de competencia, independencia e imparcialidad establecidos por la Convención y la jurisprudencia de la Corte³, y ii) por la aplicación del DL 2.191, de 1978. Por consiguiente, resolvió que el Estado infractor debía dejar sin efecto las resoluciones y sentencias dictadas en el orden interno y recaídas en dicha causa, remitiendo el expediente a la justicia ordinaria para que “dentro de un procedimiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano”⁴. Además, prohibió al Estado chileno volver a aplicar el DL 2.191 y cualquier institución del derecho interno, como la prescripción o la irretroactividad de la ley penal, que impidiera la investigación del hecho y el castigo de los culpables⁵.

Por consiguiente, para dar cumplimiento a la resolución de la Corte Interamericana el Estado de Chile deberá enfrentar no solo el efecto de cosa juzgada que emana de la sentencia firme que declaró extinguida la responsabilidad penal por el homicidio de Almonacid⁶, sino que también deberá dar respuesta a los planteamientos de prescripción, irretroactividad de la ley penal desfavorable y *non bis in idem*⁷ que pudieran invocarse por las defensas en este u otros casos similares⁸.

En la práctica judicial chilena, pareciera haberse consolidado la tendencia, incipiente desde 1990 pero creciente a partir de 1998⁹, a no hacer aplicación del DL 2.191. Por ello, el camino de la derogación o declaración de nulidad de la autoamnistía contenida en el DL 2.191 por la vía legislativa presenta obstáculos y riesgos políticos y jurídicos que deben ser ponderados adecuadamente, pues podría clausurar definitivamente la solución a la violación de los derechos humanos en Chile, en circunstancias que hoy en día es relativamente dominante la interpretación judicial de que las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes en el ordenamiento jurídico prevalecen por sobre las internas, haciendo inaplicable en la práctica el DL 2.191, exigiéndose la continuación de los procesos penales hasta la dictación de la sentencia¹⁰. Una soli-

³ También lo estableció, en el caso chileno, en el denominado caso Palamara. Para una breve reseña y comentario del mismo, vid. Aguirre, L.: “El caso Palamara Iribarne vs. Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 9, 2007, pp. 277 y ss.

⁴ Cfr. considerando 147 del fallo.

⁵ Cfr. considerando 151 del fallo.

⁶ La Corte Suprema, en fallo de 16 de abril de 1998, rechazó por extemporáneo el recurso de casación interpuesto en contra del fallo de la Corte Marcial que aplicó el DL 2.191 al caso Almonacid. Antes, el 5 de diciembre de 1996, había resuelto una contienda de competencia declarando competente al 2° Juzgado Militar de Santiago.

⁷ El fallo de la CIDH se refiere expresamente (considerando 54°) al problema del *non bis in idem* que pudiera invocarse en este caso señalando que “Una sentencia pronunciada en las circunstancias antes señaladas produce cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”, y cita su jurisprudencia en el caso Carpio Nicolle y otros (s. 22 de noviembre de 2004, serie C N° 117, párr. 131).

⁸ Chile cumple, a nuestro juicio, legalmente con esta obligación desde el año 2000, con la promulgación del Código Procesal Penal, cuando en su artículo 250, al regular las condiciones de procedencia del sobreseimiento definitivo de una investigación penal, determina que el juez no podrá disponerlo “respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados”.

⁹ Cfr. planteamiento de peritos presentados por el Estado de Chile en el caso Almonacid.

¹⁰ Según el perito presentado por el Estado de Chile, Jean Pierre Matus, han existido aproximadamente 300 condenas para los autores de violaciones de DD.HH. “dejándose sin aplicación de

cidad de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del DL 2.191 ante el Tribunal Constitucional, sin embargo, no ha sido planteada desde que este tribunal tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes para el caso concreto e, incluso, *erga omnes*, cuando se cumplen los requisitos que la Constitución prevé¹¹.

No obstante, un importante retroceso en la tendencia jurisprudencial precedentemente expuesta ha estado constituido por la sentencia de la Corte Suprema, pronunciada el 4 de agosto de 2005¹². En efecto, dicha resolución estableció la inaplicabilidad al caso *sub lite* de los Convenios de Ginebra de 1949, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y del Estatuto de Roma —aunque por muy diferentes motivos¹³—, confirmando la aplicación que el tribunal de primera instancia había hecho de la *prescripción de la acción penal* a los hechos investigados, ocurridos en octubre de 1973. Esto es, la Corte Suprema no se refiere expresamente a la aplicabilidad del DL 2.191 al caso de marras, cuestión que derechamente soslaya, pero rechaza en forma contundente la imprescriptibilidad del delito imputado a los autores (homicidio calificado), señalando que la sentencia impugnada (dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco) carece de fundamentación cuando acoge la alegación de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, pues omite asentar “dónde y cómo constan los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional con anterioridad al 5 de octubre de 1973, que impiden aplicar las normas generales de prescripción de la acción penal a tales ilícitos”. A mayor abundamiento, señala que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y el Estatuto de Roma que establece una Corte Penal Internacional son inaplicables al Estado chileno, pues ninguna de ellas se encuentra vigente en nuestro país.

Por consiguiente, resulta muy relevante examinar si, en el ordenamiento jurídico chileno, la amnistía y la prescripción pueden operar como causas de extinción de responsabilidad penal cuando se trata de la imputación de crímenes de lesa humanidad y de qué forma podría resolverse la pugna, en el plano interno, con la norma

hecho y de derecho el decreto ley de amnistía”.

¹¹ Cfr. arts. 81-83 CPR. Un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del DL 2.191 se presentó ante la Corte Suprema en 1990, cuando este tribunal tenía tal competencia, recurso que fue rechazado el 24 de agosto de 1990, declarándose la constitucionalidad de dicho cuerpo legal (“...la amnistía constituye un acto del Poder Legislativo que suspende de manera objetiva la declaración de criminalidad hecha por otra ley, como consecuencia de que hace desaparecer en el delito su punibilidad al eliminar la pena y todos sus efectos en los hechos ilícitos que comprende, e impide y paraliza definitivamente o para siempre el ejercicio de toda acción judicial que tienda a sancionarlos... Lo anterior significa que una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía deben los jueces proceder a declararla en conformidad con lo que al efecto preceptúan los artículos 107 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, sin que en consecuencia tenga obligatoria aplicación lo dispuesto en el artículo 413 de este mismo Código, que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente”).

¹² Cfr. comentario de la sentencia en: Horvitz, M. I., “Amnistía y prescripción en causas sobre violación de derechos humanos en Chile”, en *Anuario del Centro de Derechos Humanos*, Fac. Derecho U. de Chile, 2006 N° 2, pp. 217 y ss.

¹³ Vid. supra nota 11.

constitucional contenida en el artículo 19 N° 3, inciso 7°, de la Carta Constitucional que consagra la irretroactividad de la ley penal, “a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

2. La amnistía y la prescripción en los crímenes de lesa humanidad. Problemas con el principio de legalidad

Un importante punto de partida para el abordaje de este tema es, sin duda, el artículo 250 del Código Procesal Penal¹⁴, cuyo inciso final señala que “[e]l juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados (...)”. Como se sabe, el Código Procesal Penal es un cuerpo normativo que empezó a regir gradualmente desde diciembre de 2000 para los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia; por consiguiente, no resulta aplicable a los delitos cometidos durante la dictadura militar. Sin embargo, constituye una importante referencia institucional para indagar acerca de los presupuestos jurídicos que cabría exigir *para que no operen*, en el derecho interno, ciertas causas de extinción de responsabilidad penal.

Sin perjuicio de que la problemática planteada exige, previamente, un pronunciamiento acerca de la naturaleza penal o procesal de instituciones como la prescripción y, por consiguiente, su eventual sujeción al principio de legalidad —cuestión que trataremos con mayor detenimiento más adelante—, cabría preguntarse si, en general, concurren los presupuestos que establece el inciso final del artículo 250 CPP para excluir la amnistía y la prescripción como causas de extinción de la responsabilidad penal cuando se trate de crímenes de lesa humanidad, a saber: i) si los delitos a que dicha disposición se refiere (crímenes de guerra, genocidio y contra la humanidad) se encuentran previstos o incorporados en nuestra legislación interna; y ii) si se encuentran ratificados y vigentes los tratados que acuerdan a tales crímenes la inamnistiabilidad y la imprescriptibilidad.

Para Guzmán D’Albora ninguno de los dos presupuestos concurre en el derecho positivo nacional¹⁵, señalando, respecto del primer requisito, que el ordenamiento punitivo chileno “conoce apenas un limitado número de crímenes de guerra e ignora totalmente el genocidio y los crímenes contra la humanidad”. Este autor añade que, hasta la fecha, no se ha adecuado la legislación interna “como requisito imprescindible para poder perseguir y castigar *en cuanto tales* esos actos, en lo que ha de tenerse en consideración que no existe ni se reconoce en el país la posibilidad de que un crimen internacional surja directamente del Derecho supraestatal, convencional o consuetudinario”¹⁶. Un planteamiento similar sostiene Bascuñán Rodríguez, para quien la existencia de deberes supralegales de punición como los previstos en el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos solo prejuzgan

¹⁴ Vigente desde 2000 en el territorio nacional, conforme al calendario establecido en el art. 484 del Código Procesal Penal.

¹⁵ “Crímenes internacionales...”, cit., pássim.

¹⁶ Supra nota 15.

afirmativamente la cuestión político-criminal sobre el merecimiento de pena y, en caso alguno, satisfacen las garantías específicas que constituyen límites al ejercicio del *ius puniendi*¹⁷.

Más allá de que resulta imprescindible la introducción al sistema jurídico penal de tipos penales que satisfagan cabalmente los mandatos de incriminación y punición a que se refieren las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas y vigentes en Chile, no cabe duda que existían con anterioridad a 1973 y existen en la actualidad figuras penales que satisfacen en tales mandatos y, por consiguiente, constituyen crímenes de lesa humanidad cuando son cometidos en un determinado contexto definido por el derecho internacional de los derechos humanos¹⁸. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los actos inhumanos, como el homicidio o asesinato, constituyen crímenes de lesa humanidad cuando se realizan en un contexto de violencia y ataque generalizado y sistemático en contra de sectores de la población civil¹⁹. En el fallo del caso Almonacid, la Corte confirmó su doctrina, establecida también por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, de que basta que uno solo de estos delitos sea cometido en el contexto antes descrito para que deba ser calificado de crimen de lesa humanidad²⁰. Ello tendría como consecuencia inmediata la inaplicabilidad de exenciones de responsabilidad criminal para sus autores y partícipes, como la amnistía y la prescripción. En efecto, en el caso Barrios Altos, la Corte Interamericana señaló que estimaba “inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”²¹.

Esta cuestión nos conduce al segundo de los presupuestos planteados por la legislación vigente para que no opere ni la amnistía ni la prescripción cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, esto es, si se encuentran *ratificados y vigentes* los tratados que acuerdan a tales crímenes la inamnistiability y la imprescriptibilidad. Como veremos, la respuesta es significativamente distinta según se trate de la amnistía o la prescripción, pues en el primer caso se hallaban vigentes, a 1973, los Convenios de Ginebra de 1948 que contemplan una prohibición de autoexoneración cuando se comete alguna de las infracciones graves que dichos textos convencionales expresan y que son constitutivas de crímenes de guerra; mientras que Chile no ha suscrito ni ratificado aún la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes

¹⁷ “Derechos fundamentales y derecho penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 9, 2007, pp. 47 y ss., pp. 54 y ss., aunque luego solo pareciera dejar planteada la interrogante en nota 17.

¹⁸ Cfr. considerando 99 del fallo Almonacid.

¹⁹ El Estatuto de Nuremberg jugó un papel esencial en la definición de los elementos que constituyen a un crimen como de lesa humanidad, concepto que se mantiene inalterable hasta hoy con la salvedad que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempos de guerra como de paz.

²⁰ Cfr. considerando 96 del fallo Almonacid.

²¹ Serie C N° 45, párrafo 41.

de Guerra y contra la Humanidad, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas por Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968 y que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

Aunque seguidamente examinaremos la situación de la amnistía y de la prescripción por separado, nos parece importante destacar desde ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su fallo contra el Estado de Chile, estableció que el delito cometido contra Almonacid por agentes estatales no solo es inamnistiable, sino también imprescriptible, subrayando que los crímenes de lesa humanidad "ofenden a la humanidad toda" y el daño que ocasionan "permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables". Luego señala que aun cuando Chile no ha ratificado la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, "esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa"²².

Queda pendiente, por consiguiente, la discusión acerca de si la costumbre internacional, el *ius cogens*, es admisible en el derecho interno como fuente de ampliación temporal de la punibilidad de los crímenes *iuris gentium*, situación que determinaría la posibilidad o imposibilidad de invocar la prescripción del delito como ley penal más favorable.

2.1. La amnistía: auto y heteroamnistía

Ya hemos vertido en otro trabajo²³ nuestra opinión que el DL 2.191 promulgado por la dictadura militar en 1978 es una "autoamnistía", esto es, una autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, expedida a favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos para procurar su impunidad. La doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su importantísima sentencia de 14 de marzo de 2001, recaída en el caso Barrios Altos, contra el Estado peruano, en que resolvió la inadmisibilidad de la autoamnistía de quienes, detentando el poder durante y después de los hechos, garantizaron de este modo su impunidad. La Corte añadió que tales actos conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Asimismo, señaló que este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente²⁴.

Por consiguiente, la única amnistía que resulta admisible jurídico-penalmente y responde a sus fundamentos político-criminales es aquella "que resulta de un pro-

²² Cfr. considerando 152 del fallo.

²³ "Amnistía y prescripción en causas sobre violación de derechos humanos en Chile", cit., pp. 217 y ss.

²⁴ Parágrafo 43 de la sentencia de Barrios Altos, serie C N° 75.

ceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados"²⁵, esto es, la heteroamnistía. En general, la doctrina chilena abomina de las que suelen denominarse, también, "amnistías al revés", es decir, las "destinadas, de modo expreso o por una habilidosa manipulación de las circunstancias, a aprovechar tan sólo a los partidarios o servidores del gobierno y asegurarles la impunidad en el futuro por cuantas fechorías hayan cometido"²⁶.

Como ya hemos señalado, en 1973 ya se encontraban vigentes en el ordenamiento jurídico chileno los Convenios de Ginebra de 1949, fuente convencional fundamental del derecho internacional humanitario, los que fueron promulgados por Decreto N° 752, de 1951. Por consiguiente:

a) Era aplicable el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra a los crímenes cometidos por los agentes de la dictadura, pues existía jurídicamente en Chile un estado de guerra interno con ocasión de encontrarse vigente el Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, el que declaró que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 2, dictado el día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

b) Era improcedente la alegación de que no existía un genuino estado de guerra interna en el país para hacer inaplicables los Convenios de Ginebra, pues si los sedicentes se valieron de las ventajas que les concedía la referida declaración para facilitar la represión en contra de los que se oponían al gobierno de facto, "hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber quebrantado la normativa que regula los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquellas de que dan cuenta los antecedentes de este proceso"²⁷.

c) Los Convenios de Ginebra contienen una prohibición de autoexoneración por los crímenes de guerra cometidos²⁸; por consiguiente, es absolutamente necesaria la ejecución de las sanciones penales contempladas para tales infracciones, por razones preventivas (prospectivas) de la pena²⁹.

²⁵ Juez García Ramírez, en su voto concurrente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contra Perú, caso Barrios Altos, parágrafo 14.

²⁶ Vid., por todos, Guzmán D'Albora, J.L.: "De la extinción de la responsabilidad penal. Arts. 93 a 105", en Politoff/Ortiz (Dir.) *Texto y Comentario del Código Penal chileno. Tomo I. Libro I. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 433 y ss., p. 446, quien cita a Manuel de Rivacoba. Del mismo autor, también, "Crímenes internacionales y prescripción", ponencia presentada en el Seminario Internacional "La implementación del Estatuto de Roma en el Derecho interno y otras cuestiones fundamentales de Derecho penal internacional", organizado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, marzo 2004, São Paulo.

²⁷ Vid. voto disidente de los ministros Cury y Segura en S.C.S. de 2 de agosto de 2005, contra Joaquín Rivera González y otros.

²⁸ Cfr. arts. 3, 146 y 147 de la Convención sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra.

²⁹ *Ibíd.*, nota 30.

En efecto, tratándose de delitos perpetrados por los mismos agentes del Estado, operando fuera de toda instancia de control jurídico y penal, y contando con la garantía de la impunidad, cualquier acto de exención de pena conllevaría un efecto negativo en el plano simbólico-comunicativo.

Como señala Bascuñán Rodríguez, en los delitos de impunidad, esto es, delitos contra intereses fundamentales cometidos por agentes públicos encargados de la vigencia del orden establecido, en forma sistemática y/o generalizada, y bajo condiciones fácticas de impunidad conocidas y asumidas *ex ante* por sus autores, “una decisión legislativa posterior de prescindencia de la pena tiene inevitablemente el sentido de confirmación de la comunicación que portaban los delitos”³⁰. La autoamnistía es interpretada, en esta perspectiva, como un modo de elusión de las consecuencias de la responsabilidad, y en esa medida, favorece el abandono de la expectativa de intangibilidad del ciudadano frente al poder estatal³¹. Por ello, la autoamnistía no está en condiciones de operar como equivalente funcional de la pena y se hace imperativa la ejecución de la misma.

Pero, además, la conclusión precedente conlleva un nuevo efecto: la invalidez de la autoamnistía debe implicar el reconocimiento de que durante su vigencia la persecución penal de los crímenes cubiertos por ella *devino imposible*. Esta situación, como veremos, debiera acarrear consecuencias para la prescripción, pues si se declara inaplicable el D.L. de Amnistía pudiera entenderse que han transcurrido los plazos de prescripción de la acción penal correspondientes a los delitos investigados. A ello nos referiremos más adelante.

2.2. La prescripción de la acción penal (del delito)

La prescripción de la acción penal, por su parte, es una institución que ha existido siempre en nuestro ordenamiento jurídico, respecto del cual cabe predicar que sienta, en general, el principio de prescriptibilidad de delitos y penas³².

El fundamento común del instituto de la prescripción, ya se trate de la acción o de la sanción punitiva, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, tanto desde la perspectiva de la sociedad (prevención general) como del culpable (prevención especial). En términos simples, con el transcurso del tiempo el hecho pierde vigencia

³⁰ “Derechos fundamentales y derecho penal”, cit. (nota 20), p. 72. En el mismo sentido, Mañalich, J.P., “El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 5, Centro de Estudios de la Justicia, Fac. de Derecho, U. de Chile, Santiago, 2004, pp. 11 y ss., esp. p. 28.

³¹ En palabras de Bascuñán, “la expectativa normativa de intangibilidad del círculo de afectados actuales y potenciales se hace insignificante frente a las expectativas cognitivas de peligro de afectación” (“Derechos fundamentales...”, cit., p. 72); Mañalich, cit., pp. 27-28.

³² En este sentido, Guzmán D’Albora (“Crímenes internacionales”, cit.), quien hace referencia a la única excepción en nuestro sistema jurídico (art. 219 Código de Justicia Militar), que, ciertamente, es más aparente que real pues se predica respecto de penas accesorias. Cfr. también Fontecilla Riquelme, M., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. III, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978. pp. 170 y ss.

vivencial conflictiva pasando a constituirse en un mero hecho histórico-anecdótico, declinando, consiguientemente, el interés público en su castigo³³.

La excepción a esta regla está configurada por aquellos hechos que, por la elevada gravedad de su antijuricidad y la entidad de su significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados ni por sus protagonistas, ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes en los entornos nacionales, sino también fuera de ellos. Tales crímenes, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “ofenden a la humanidad toda” y el daño que ocasionan “permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional”³⁴. Por ello es habitual encontrar, en las convenciones internacionales sobre derechos humanos, cláusulas que establecen la imprescriptibilidad de ciertos crímenes gravísimos³⁵, así como una disposición análoga en el Estatuto de Roma³⁶, normas que, sin embargo, no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico chileno.

Se ha sostenido, no obstante, “que la imprescriptibilidad de tales delitos importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario” y que “de esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos”³⁷. Esta ha sido, en general, la línea de argumentación de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, confirmada en su fallo *Almonacid contra el Estado de Chile*.

Llegados a este punto, surge la interrogante acerca de la admisibilidad de la costumbre internacional como fuente para la determinación de la imprescriptibilidad

³³ Cfr., por todos, Morillas, L., *Acerca de la prescripción*, cit., pp. 27 y ss.; también, Bustos, J., *Control social y otros cambios*, t. II, 2ª ed., EJS, Santiago, 2007, pp. 229 y ss.; de otra opinión, sosteniendo que el fundamento de la prescripción responde únicamente a la exigencia de seguridad jurídica, Guzmán D’Albora, “De la extinción de la responsabilidad penal”, cit., p. 461.

³⁴ Cfr., fallo en caso *Almonacid*, considerando 152.

³⁵ Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, de 9 de diciembre de 1968. De allí que, aunque se han ratificado y se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico chileno la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, delitos considerados contra la humanidad, y las Convenciones de Ginebra de 1949, sobre crímenes de guerra, nuestro país no ha cumplido, sin embargo, con las obligaciones impuestas a los Estados contratantes de “adoptar, con arreglo a las Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones” contenidas en dichas Convenciones.

³⁶ Cfr. Artículo 29, en relación con el art. 5º (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión); vid. también AMBOS (K), “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 5, Madrid, 2000, pp. 127 y ss.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de Argentina en causa N° 259, c/ Arancibia Clavel, por homicidio calificado, asociación ilícita y otros, considerando 28º. Resulta útil destacar, no obstante, que el Estado argentino suscribió y ratificó la Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, la que fue incorporada a la legislación argentina por la Ley N° 25.778, de 2003, esto es, con posterioridad a los hechos respecto de los cuales se quería aplicar. De allí que el considerando transcrito y otros del fallo se expresen en el contexto de la cuestión sobre la legitimidad de la aplicación retroactiva de la regla de imprescriptibilidad desde la perspectiva del principio de legalidad.

de ciertos delitos, y esta problemática, a su turno, dice relación con la “naturaleza” que se atribuya al instituto de la prescripción, esto es, si tiene carácter sustantivo o procesal y, por consiguiente, si se sujeta o no al conjunto de garantías del *nullum crimen nulla poena sine lege*. De afirmarse el carácter penal de la prescripción, como sostiene un sector mayoritario de la doctrina³⁸, en tanto constituye una condición de punibilidad del hecho, ella se encontraría sometida a las restricciones que impone el principio de legalidad como garantía de objetividad.

En palabras de Jakobs, “la sujeción [a la ley] debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ocurridos pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no (...)”³⁹.

Por consiguiente, la ampliación de los plazos de prescripción o la supresión de la prescriptibilidad de ciertos delitos hace imperativo el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo. Por la misma razón resulta inadmisibles la costumbre internacional —siquiera en su modalidad más intensa de *ius cogens*— como fuente válida de imprescriptibilidad de ciertos delitos que, conforme al derecho interno, son prescriptibles, porque se vulneraría el principio de legalidad en su vertiente que exige una *lex scripta*. Como afirma Guzmán D’Albora, “[e]l arraigo de esta tradición es de tal peso, que el mismísimo Código Procesal Penal, cuando demanda la ratificación del tratado para tener por ajena la prescripción a determinados delitos, puso a salvo la exigencia de una *lex scripta* en la esencial cuestión de la cabida restringida o la extensión sin límites del derecho de castigar en esta materia”⁴⁰.

Ello en modo alguno significa desconocer el estatus deóntico de los hechos; solo implica reconocer que atribuir eficacia *ex post* a normas que prolongan los plazos de prescripción o establecen la imprescriptibilidad de la acción penal afecta los requisitos de *lex praevia* y *lex scripta* exigidos por el principio de legalidad establecido en el art. 19 N° 3 de la Constitución.

En nuestra opinión, amagar garantías constitucionales establecidas para controlar los peligros de afcción de derechos fundamentales esgrimiendo como fun-

³⁸ Cfr., por todos, Guzmán D’Albora, “De la extinción de la responsabilidad penal”, cit., pp. 462-463. En el derecho alemán, y desde antiguo, sostienen esta tesis Pawlowski, “Die Verlängerung von Verjährungsfristen”, NJW 1965, 287 ss., y “Der Stand der rechtlichen Diskussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung”, NJW 1969, 594 ss.; Lorenz, “Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot”, GA, 1968, 300 ss.; Arndt, “Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung”, JZ 1965, 148; Grünwald, “Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften”, MDR ZStW 80 (1968), pág. 364; Wilms, “Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung”, JZ 1969, 61; más modernamente, Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter Verlag, Berlín und New York, 1991, apartado 4 N° 9; en España, vid., por todos, Morillas Cuevas, L.: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, 1980.

³⁹ Jakobs, cit., apartado 4 N° 9.

⁴⁰ “Crímenes internacionales y prescripción”, cit.

damento la protección de tales derechos significa una inversión del paradigma en virtud del cual se consolidó la idea liberal de Estado de derecho. “En el nuevo paradigma, los derechos fundamentales ya no representan un marco limitativo del ejercicio del *ius puniendi*, sino su impulso. El *ius puniendi* no es un peligro, sino un medio de protección de los derechos fundamentales”⁴¹.

Sobre los peligros que encierra esta tendencia advierte desde ya hace algún tiempo la doctrina penal liberal. Así, se ha señalado que los “derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principio de legalidad) y procesal penal (...) son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado...”. De este modo, los principios garantistas se verían conculcados “con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho”⁴².

Las reflexiones anteriores no impiden, sin embargo, extraer una consecuencia para la prescripción de la acción penal que deriva de la noción de delito de impunidad. Pues, tratándose de delitos de impunidad, esto es, crímenes cometidos por agentes públicos que controlan de tal modo el aparato estatal que cuentan *ex ante* y *ex post facto* con la garantía de la impunidad, la *contingencia* de la persecución penal pública cesa, a lo menos, mientras detentan dicho poder. Por ello, el *cómputo del plazo de prescripción* de la acción penal de los crímenes de lesa humanidad cometidos en situación institucional o fáctica de impunidad debiera considerarse suspendido mientras no hubiere finalizado dicha situación, y tal circunstancia es una cuestión de hecho que puede situarse ya al 11 de marzo de 1990, cuando se restableció el orden democrático en Chile; cuando se publicó el Informe Rettig dando cuenta oficial de las atrocidades ocurridas en el país durante la dictadura militar, o ya cuando dejó el poder aquel que fue considerado garante de la impunidad de los crímenes cometidos durante su régimen.

El derecho comparado ofrece importantes ejemplos de solución en el sentido indicado. Así, el *Bundestag* alemán promulgó, el 25 de marzo de 1965, una ley que

⁴¹ Bascuñán, R., “Derechos fundamentales y derecho penal”, cit., pp. 47 y ss.; p. 48.

⁴² Muñoz Conde, Francisco, “Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en 2003: de la ‘tolerancia cero’ al ‘derecho penal del enemigo’”, *Revista de Derecho Penal*, vol. 2004-2, p. 658. En Chile, Guzmán D’Albora ha dicho que: “Amagar las exigencias de la humanidad ante el criminal más odioso, en nombre de la misma humanidad, equivale a reconocer que las garantías no rigen para todos por igual y es índice del trazo débil con que ese Derecho las recepta. Más que un resignado reconocimiento, es una capitulación. Esto, sin nombrar un peligro adicional, el de que la imprescriptibilidad, que ha asomado su cerviz a título de excepción y únicamente para los crímenes que ofenden al género humano, pueda dilatarse como una mancha de aceite hasta abarcar otros delitos, como el asesinato, el terrorismo y quién sabe cuántos más” (“Crímenes internacionales y prescripción”, cit., pássim).

dispuso que en el cómputo del plazo de prescripción de delitos sancionados con pena perpetua de privación de la libertad no debía tomarse en cuenta el lapso entre el 8 de mayo de 1945 y el 31 de diciembre de 1949, pues durante aquel período, en que se produjo el colapso de la judicatura del país, *“la prescripción de la persecución penal quedó en suspenso”*⁴³. Por su parte, una ley checa de 1993, sobre ilegitimidad del régimen comunista, dispuso la no consideración del período en que aquel gobernó para la contabilización del cómputo requerido para la prescripción de los crímenes perpetrados durante su existencia⁴⁴. En fin, el artículo 97 del Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador, de 1993, establece que la prescripción se suspende *“en todo delito perpetrado en ejercicio de una función pública o con abuso de la misma, mientras cualquiera de los que hayan participado en él se encuentre desempeñando un cargo público”*, y hace hincapié en que *“si tales delitos se perpetrasen durante un régimen «de facto», la prescripción se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional”*⁴⁵.

No podría objetarse a este planteamiento el quebrantamiento del principio de legalidad, pues en caso alguno se propone mantener indefinidamente abierta la contingencia de la punición, sino de reconocer que hubo un lapso en que existió una supresión institucional (a través del DL de Amnistía) o fáctica (por la prolongación de la situación de impunidad de sus autores) de la contingencia de la persecución penal y de la punición; es más, la posibilidad efectiva de investigación de los delitos y de su castigo no solo no fue contingente, sino imposible⁴⁶. Por consiguiente, se trata de hacer una reinterpretación de las disposiciones legales que regulan el inicio, suspensión y cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal cuando se trata de delitos de impunidad. Un buen apoyo institucional lo constituye el artículo 100 del Código Penal chileno, que ordena duplicar los plazos *“cuando el responsable se ausentare del territorio de la República”*, lo que es lógico, ya que las posibilidades de hacerle comparecer ante los tribunales disminuyen por la residencia en país extranjero, aumentando las posibilidades de eludir la acción judicial⁴⁷. Sin embargo, el inciso 2º de la misma disposición señala que no se entenderán ausentes *“los que hubieren estado sujetos a prohibición o impedimento de ingreso al país por decisión de la autoridad política o administrativa, por el tiempo que les hubiere afectado tal prohibición o impedimento”*. Esta última cláusula, introducida en 1991⁴⁸ para resolver la situación de las personas que debieron partir al exilio por orden de la dictadura militar, revela que si la duplicación no corresponde es porque el prescribiente hubo de permanecer en el extranjero debido a la voluntad del entonces titular de la pretensión punitiva, pero con infracción de los requisitos legales de su

⁴³ Baumann, J.: *Der Aufstand des schlechten Gewissens*. Ein Diskussionsbeitrag zur Verjährung der NS-Gewaltverbrechen. Giesecking, Bielefeld, 1965, p.

⁴⁴ Cfr. Dolenský, *Los fundamentos de la responsabilidad criminal en la reforma del Código penal checo* (trad. de J.L. Guzmán D'Albora), en *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas* de la Universidad de Antofagasta, número 4, 1998, págs. (15 y ss.) 23.

⁴⁵ Rivacoba y Zaffaroni, “Anteproyectos de Código penal y de Ley de ejecución penal para el Ecuador”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, 1993, pp. 817 y ss; p. 850.

⁴⁶ Mañalich, cit., pp. 32-33; Guzmán D'Albora, “Crímenes internacionales”, cit., pássim.

⁴⁷ Guzmán D'Albora, “De la extinción de la responsabilidad penal”, cit., p. 481.

⁴⁸ Ley 19.047, de 14 de febrero de 1991.

ejercicio, o sea, antijurídicamente⁴⁹. Si este es el fundamento para que no opere la duplicación de los plazos de prescripción, el mismo podría servir, *mutatis mutandi*, de criterio hermenéutico para concluir la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal cuando se trate de crímenes de lesa humanidad, mientras haya durado la situación de impunidad de sus autores.

3. A modo de conclusión

En definitiva, cualquier medida o proyecto legislativo que pretenda cumplir con los deberes que el fallo del caso Almonacid impone al Estado de Chile debe tomar en cuenta los principios y reglas que limitan la potestad punitiva estatal, consagrados en su legislación interna, así como los obstáculos que podrían presentarse durante su tramitación parlamentaria.

Por consiguiente, una ley que busque anular o privar de efectos al DL 2191, de 1978, o limitar el ámbito de aplicación de las normas sobre prescripción de los delitos existentes en el ordenamiento jurídico chileno, cuando se trate de la comisión de crímenes de lesa humanidad, deberá enfrentarse muy probablemente con los problemas, a nuestro juicio infranqueables, que opone el principio de legalidad consagrado constitucionalmente en el sistema jurídico chileno.

⁴⁹ Guzmán D'Albora, "Crímenes internacionales", cit., pássim; del mismo, "De la extinción...", cit., p. 481.

Proyecto de Ley Interpretativa del Artículo 93 del Código Penal*

JUAN BUSTOS RAMÍREZ**

1. Introducción

Un primer aspecto que es necesario tener presente en esta materia es que los derechos humanos se originan desde la Carta Magna en una relación entre el soberano (el Estado) y los ciudadanos.

De modo entonces que de ello se derivan varias consecuencias. En primer lugar que las violaciones a los derechos humanos se constituyen por actos del Estado en contra de los derechos humanos de los ciudadanos. En verdad hoy hay que decir: en contra de las personas. En efecto, con la Carta Magna fue el reconocimiento respecto de los pares (los nobles); con la Revolución Francesa de los ciudadanos (más aún, solo eran tales los que tenían posesiones), y después de la Segunda Guerra Mundial a todas las personas, niños, mujeres, adultos mayores, etc. La segunda consecuencia consiste en que las garantías son formas de protección de los derechos humanos de las personas, están en relación a ellas. La tercera consecuencia reside en que el Estado no puede asumir para sí esas garantías, porque precisamente están establecidas para impedir la acción del Estado en contra de los derechos humanos de las personas. Así, por ejemplo, la retroactividad de la ley más favorable está en beneficio de la persona, por consiguiente una autoridad que ha cometido crímenes de lesa humanidad no podría alegarla en su favor.

* En el transcurso del proceso de edición de este libro se produjo la sensible partida de Juan Bustos, destacado académico, abogado de derechos humanos y parlamentario chileno, quede esta publicación como homenaje y reconocimiento póstumo de la sociedad chilena a su labor y compromiso.

** Abogado Universidad de Chile y doctor de la Universidad de Madrid. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Chile. Ex miembro e investigador del Instituto de Ciencias Penales y de la Comisión Código Penal Tipo para Latinoamérica. Ex asesor jurídico del Ministerio del Interior. Fue diputado en representación del Partido Socialista e integrante de la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia, y de la Comisión Especial de Libertad de Expresión.

Ahora bien, ha habido una larga discusión en derecho penal respecto de la relación entre los bienes jurídicos protegidos y los derechos humanos, hoy, sin embargo, ya superada.

Ciertamente son conceptos diferentes, en los derechos humanos o bien en los derechos fundamentales, se trata de una relación entre dos, Estado y persona. En cambio en el bien jurídico la relación es entre tres, por una parte están dos personas (conforme a la mayoría de los tipos penales “el que” y “el otro”) y, por otra, el Estado. Además, no hay una identidad entre bien jurídico y derecho fundamental o derecho humano; así la fe pública no es un derecho fundamental y, por otra parte, la educación; que es un derecho fundamental, no es un bien jurídico. Pero precisamente porque el Estado reconoce los derechos humanos o fundamentales, tiene el deber de actuar cuando un particular los lesiona. En el caso de aquellos bienes jurídicos en que no hay identidad con el derecho fundamental, el Estado ha de intervenir porque indirectamente se afectan derechos fundamentales (así, por medio de la fe pública, la propiedad).

2. Naturaleza de la amnistía, la prescripción y el indulto

El Estado detenta el poder para sancionar, y en un Estado democrático ese poder está sujeto a ciertas restricciones; es necesario que se afecte un bien jurídico, que el sujeto sea responsable (lo que implica la capacidad del Estado para exigir una respuesta determinada), y, además, la indemnidad de la persona, esto es, que no pierda su carácter de tal (por eso no se puede aplicar la pena de muerte ni tormentos, entre otros). Todos estos aspectos, aparte de sus características materiales, son una garantía de la persona frente al Estado.

Ahora bien, la amnistía, la prescripción y el indulto no dicen relación con el bien jurídico ni con la responsabilidad del sujeto y menos con la indemnidad de la persona. No son pues garantías establecidas en referencia a la protección de los derechos humanos o fundamentales. Son simplemente determinados por el poder de sancionar del Estado.

En cuanto a la amnistía, el Estado en razón de la paz social, de evitar en la sociedad la permanente lucha de todos contra todos, decide dejar de lado su poder de sancionar. Luego, se trata de hechos entre las personas. Resultaría absurdo y la mayor de las arbitrariedades que el Estado aplicara la amnistía a sus propios hechos en contra de los derechos humanos; sería consagrar la impunidad de los delitos de lesa humanidad, del genocidio y los crímenes de guerra. Por eso los crímenes contra la humanidad son inamnistiables.

Respecto de la prescripción sucede algo semejante. El Estado, por razones de economía procesal y de persecución, estima que pasado determinado tiempo no es necesario ejercer su poder de sancionar. Luego, se trata de la no persecución de delitos comunes. La prescripción no dice relación con el bien jurídico ni con la responsabilidad del sujeto y menos con la indemnidad de la persona, simplemente es el no ejercicio por parte del Estado de su poder sancionatorio. Por eso sería también un absurdo y la mayor de las arbitrariedades de la autoridad, el que el Estado aplicara la prescripción a sus propios hechos en contra de los derechos humanos.

Por otra parte, como sucedió en el caso de Chile, si la dictadura tiene un largo plazo de duración, si aplicaran las reglas de prescripción de los delitos comunes, todos ellos habrían ya prescrito. Es por eso además que a una ley sobre la prescripción no se le pueden aplicar las reglas de las garantías penales y tampoco tiene el carácter de una norma procesal. Como dijimos anteriormente, la prescripción es inherente al poder sancionatorio del Estado y por eso mismo se aplica de inmediato cuando ha decidido modificar el plazo de prescripción, tanto cuando ha decidido un menor o mayor ejercicio de su poder sancionatorio. Es por eso que en esta materia no todos los Estados tienen los mismos plazos de prescripción, y que en algunos Estados, por dar mayor importancia al bien jurídico afectado, como el caso de los delitos contra la vida, se establece que no es posible aplicar la institución de la prescripción.

En el caso del indulto lo expuesto hasta ahora resulta todavía más evidente. El indulto históricamente fue una facultad de la persona del soberano, en razón de su origen divino, para variar el ejercicio del poder de sancionar en virtud de cualquier razón particular, con lo cual era la consagración de la arbitrariedad y de la discriminación. Extrañamente esta facultad se traspasó en las democracias a la persona del presidente, solo exigiendo un determinado procedimiento de fundamentación, que a menudo es bastante objetable y promueve fuertes críticas a la forma en que se ha utilizado. Es evidente, entonces, que esta facultad debería desaparecer, pues es totalmente ajena a un Estado democrático. Pero más allá de la discusión sobre la derogación de esta facultad, es evidente que resulta el máximo de arbitrariedad e ilegitimidad que el presidente utilice esta dudosa facultad para beneficiar a autoridades o miembros del Estado que han violado los derechos humanos.

En suma, y recapitulando lo que se ha expuesto hasta ahora, se puede señalar lo siguiente:

a.- Los derechos humanos son una relación entre el Estado y la persona, en virtud de la cual el Estado reconoce a esta como titular de derechos humanos y por consiguiente impide la arbitrariedad y discriminación por parte del Estado. Naturalmente cuando se hace referencia al Estado, se incluye a todas sus autoridades y miembros y también a los que actúan en nombre de él, como es el caso de los grupos paramilitares o paraestatales.

b.- Las garantías son formas de protección de los derechos humanos, es decir, su objetivo es impedir la acción del Estado en contra de ellos, es por eso que el Estado no los puede invocar para sí. Es totalmente ilegítimo que se les aplicara a los miembros del Estado que violan los derechos humanos, como es el caso de la retroactividad de la ley más favorable o de la cosa juzgada.

c.- En verdad falta todavía un mayor desarrollo del derecho penal de los crímenes contra la humanidad, ya que ellos se rigen por principios que no necesariamente se ajustan totalmente a los de los delitos comunes. Es así como no es la afección al bien jurídico el elemento que rige en esta materia, sino el derecho humano lesionado. Ello tiene efectos para la configuración de la teoría del delito; es por eso que aun cuando un particular mate a otra persona por medio de atroces tormentos, jamás será una tortura, sino solo un delito de homicidio con la calificante de ensañamiento. Es por eso también que se requiere fundamentar de modo diferente la participación y la autoría, en cuanto todos los miembros del Estado, cualquiera que sea el lugar que ocupan, tienen el mismo deber de respetar los derechos humanos,

con lo cual casi no queda lugar para la complicidad o el encubrimiento real, ya que todos son autores ya sea por acción o por omisión. Lo mismo sucede con la teoría de la responsabilidad, pues se trata de la responsabilidad de los miembros del Estado y por consiguiente de lo que puede exigirse a ellos cualquier persona, por el solo hecho de ser titular de derechos humanos, es decir, se invierte el concepto de exigibilidad propio a los delitos comunes en que de lo que se trata es de la capacidad del Estado de exigirle una determinada respuesta a una persona. La única teoría que permanece igual es la referente a la teoría de determinación de la pena, en cuanto la indemnidad personal rige para toda persona.

Lo mismo sucede en el sistema procesal penal, si bien rigen los principios del debido proceso y la defensa, sin embargo, aquellas garantías establecidas para la defensa de los derechos humanos no pueden invocarse para los miembros del Estado que han violado los derechos humanos, como es el caso de la cosa juzgada.

d.- Por último, y conforme a todo lo expuesto, la amnistía, la prescripción y el indulto no son garantías, no están referidos a la teoría del delito, ni a la de la responsabilidad, y tampoco a la indemnidad personal o teoría de la determinación de la pena. Estas tres formas de extinción de la responsabilidad penal pertenecen al ámbito del poder penal del Estado, el cual por diferentes razones político-criminales está dispuesto a no ejercer o ejercer solo parcialmente su poder penal. Es por eso que resulta totalmente ilegítimo que tal dejación del poder penal sea usada para extinguir sus propios actos en contra de los derechos humanos de las personas; eso es un retroceso a la teoría del soberano absoluto, a una época anterior a la Carta Magna, en la cual no había reconocimiento de los derechos humanos.

3. El Proyecto de Ley Interpretativa del Artículo 93 del Código Penal

En general se han propuesto tres modalidades en relación a la amnistía, la prescripción y el indulto, aunque especialmente el tema se ha referido a la amnistía, en razón de la existencia del Decreto Ley de Amnistía, de 1978, emitido por la dictadura. Ellas son la derogación del decreto ley, la nulidad de derecho público y la ley interpretativa.

Los problemas que presenta la derogación y la nulidad se refieren a que se podrá recurrir al Tribunal Constitucional para que se examine la constitucionalidad de sus fundamentos, con lo cual ya deja de estar el problema radicado en el Congreso y en las mayorías que se conformen en este, en especial si se considera que para recurrir (o bien para solicitar pronunciamiento al Tribunal) basta con un cuarto de miembros en ejercicio, sea de la Cámara de Diputados o del Senado (artículo 93 inciso cuarto de la Constitución Política).

Es por eso que se ha elegido el camino de la ley interpretativa, pues ella es de competencia exclusiva del Congreso. En efecto, el artículo 3º inciso primero del Código Civil señala expresamente: "Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio". Lo cual hay que complementar con lo que se señala en el artículo 93 inciso primero N°1 de la Constitución Política, que al señalar las atribuciones del Tribunal Constitucional en cuanto al control constitucional de las leyes, no incluye a la leyes interpretativas de una ley. De modo entonces que

el N° 3 de esa misma disposición, cuando se refiere al control de constitucionalidad durante la tramitación de un proyecto de ley, necesariamente no está incluyendo a los proyectos interpretativos de una ley, pues en caso contrario se incurriría en una abierta contradicción con el N°1 de esa misma disposición.

Ahora bien, la interpretación de la ley “es la operación que consiste en establecer algún significado de las normas jurídicas que forman el derecho legislado o, si se prefiere, la operación destinada a establecer el o los significados posibles que tienen los enunciados lingüísticos de que se ha valido el autor de las leyes para establecer y comunicar su mensaje normativo” (Agustín Squella: *Introducción al derecho*, pág. 397, edición 2003). Por su parte Alessandri y Somarriva señalan: “llámense explicativas o interpretativas las normas que fijan el sentido, extensión o contenido de las palabras o conceptos que se encuentran en otras normas, o sirven de regla para su interpretación o la de los actos jurídicos” (*Curso de Derecho Civil. Parte General y los sujetos del derecho*, pág. 16, cuarta edición, 1971).

La interpretación legal es la interpretación auténtica y que tiene poder obligatorio general, a diferencia de la interpretación judicial que solo la tiene para el caso concreto, conforme la señala expresamente el artículo 3° del Código Civil. Precisamente en el caso de la amnistía y la prescripción ha habido diferentes resoluciones judiciales, algunas han declarado la amnistía y la prescripción, y otras, la gran mayoría, han señalado que no corresponde aplicar la amnistía o la prescripción a los crímenes contra la humanidad, en razón del desarrollo de la costumbre en el derecho internacional, del *jus cogens* y de los tratados suscritos y ratificados por Chile. Es en razón de esta situación existente que le corresponde al legislador señalar cuál es la interpretación auténtica y por consiguiente obligatoria de modo general para cualquier caso que le corresponda conocer a los tribunales de justicia. Esta ha sido justamente la práctica que ha funcionado tanto en el derecho privado como en el derecho público. Así, en materia penal el legislador ha definido el concepto de funcionario en relación a los delitos contra la Administración pública, también el concepto de escalamiento o el de violencia o intimidación, etc.

De modo entonces que de ninguna manera se puede confundir una ley interpretativa con una ley modificatoria o derogatoria, pues estas no están destinadas a aclarar el sentido de la ley, sino simplemente a suprimirle o agregarle requisitos, caso de la ley modificatoria, o bien, a eliminar total o parcialmente una disposición.

Conforme al artículo 9° del Código Civil la ley interpretativa se entiende incorporada a la ley interpretada. Algún autor ha señalado que ello implicaría establecer un efecto retroactivo en lo más gravoso para el imputado. Un primer y contundente argumento en contra es el que sostiene Enrique Cury, para quien si el juez puede establecer la misma interpretación para el caso particular y con ello no se entiende que se afecta el principio de no retroactividad de la ley más gravosa, con mayor razón si lo hace el legislador (*Derecho Penal. Parte General*, pág. 193, 8ª edición, 2005). Tanto la interpretación judicial y con mayor razón la legislativa establece el sentido que siempre ha tenido el concepto utilizado en la ley interpretada y por lo menos hay que entender que ese es el sentido desde el desarrollo de la costumbre internacional, el *jus cogens* y los tratados internacionales al respecto. En relación a estos últimos, Chile en el año 1950 suscribió y ratificó los Tratados de Ginebra sobre crímenes de guerra tanto externa como interna; y en 1972 suscribió y ratificó la Convención

de los Derechos Civiles y Políticos, en los que justamente se establece el deber del Estado de juzgar y condenar a quienes con sus hechos lesionen los derechos humanos conforme a las reglas del derecho internacional, sin que se pueda argüir ningún tipo de excusa al respecto.

Pero, además, y conforme a lo que hemos sostenido anteriormente, la amnistía, la prescripción y el indulto no tienen que ver con la teoría del delito ni con la teoría del sujeto responsable, no son una garantía para el imputado o para las personas en general, sino simplemente una restricción del Estado a su poder sancionatorio, por razones estrictamente político-criminales. Es por eso que resulta totalmente ilegítimo que utilice tales instrumentos para dejar en la impunidad a los que actúan en su nombre, pues de esa manera volvemos a una etapa anterior a la Carta Magna y a reconocer que solo el soberano tiene derechos porque ejerce el poder absoluto delegado por Dios.

En definitiva, entonces la ley interpretativa es el medio legítimo y eficaz para establecer que la amnistía, la prescripción y el indulto solo y exclusivamente pueden entenderse como mecanismos político-criminales del Estado en relación a los delitos comunes, pero jamás podrían extenderse a las violaciones de los derechos humanos.

Los efectos de una Ley Interpretativa del Art. 93 N° 3° del Código Penal sobre la vigencia de la Ley de Amnistía

ENRIQUE CURY URZÚA*

1.- La cuestión relativa a la vigencia de la Ley de Amnistía establecida en el Decreto Ley N° 2.191, de 1978, permaneció hasta hace poco tiempo abandonada a las interpretaciones de los tribunales de Justicia, sin que se juzgara necesario ni oportuno introducir iniciativas legislativas referentes a ella. A su vez, los tribunales observaban a este respecto un comportamiento más bien errático.

En efecto, hasta fines del año 1997 la tendencia predominante en la Corte Suprema fue la de dar aplicación amplia a la mencionada Ley de Amnistía y, como consecuencia de ello, los niveles inferiores de la judicatura siguieron también esa inclinación, a causa de lo cual la mayor parte de los juicios destinados a perseguir la responsabilidad de los autores de graves infracciones a los derechos humanos, por no decir todos, se vieron frustrados en sus inicios por sobreseimientos definitivos dictados en razón de que los hechos a que se referían se encontraban, en opinión de los juzgadores, amnistiados¹. Este criterio fue tanto más dominante cuanto que en la mayoría de esos procesos se había dado competencia para conocerlos a la justicia castrense, la cual, por razones obvias, como la mayoría de los inculpados pertenecían o habían pertenecido a las Fuerzas Armadas y de Orden, se inclinaba a favorecer la impunidad acordada por la legislación que exoneraba de responsabilidad.

La tendencia descrita se modificó a partir de los primeros meses del año 1998, sin que ello implicara un pronunciamiento sobre la vigencia del Decreto Ley de Amnistía. Por una parte, como la mayor parte de los procesos versaban sobre casos en los que las víctimas, luego de ser privadas de libertad por agentes del Estado, ha-

* Abogado Penalista, Universidad de Chile. Profesor Titular de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex ministro de la Corte Suprema. Es considerado uno de los jueces clave en la nueva doctrina sobre derechos humanos, en especial en lo referente a no aplicar la Ley de Amnistía cuando no hay una investigación sobre el caso. Es partidario de ratificar el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional y delitos internacionales.

¹ Por supuesto, hubo sentencias que hicieron excepción a esta tendencia. Pero, por una parte, la gran mayoría de ellas fueron modificadas por el tribunal de casación y, por la otra, constituyeron una minoría poco significativa frente al punto de vista mayoritario.

bían desaparecido sin dejar rastros y sin que sus restos —suponiendo que hubiesen muerto— pudiesen ser ubicados, la Corte Suprema impuso la tesis de que habían sido secuestrados y, en consecuencia que, siendo este último un delito permanente y no siendo posible saber si las víctimas habían muerto o recuperado su libertad dentro del período de tiempo abarcado por la amnistía, esta era inaplicable a los presuntos autores porque se ignoraba si el curso de consumación había cesado al momento de dictarse el Decreto Ley 2.191. Por la otra, en los pocos casos en que se consideró suficientemente acreditado que la víctima había fallecido, el tribunal de casación se inclinó más bien a excluir la responsabilidad de los encausados en virtud de que se había extinguido por el transcurso del tiempo —es decir, estaría prescrita—, evitando en cambio referirse a la eventual eficacia de la amnistía. Pero este último punto de vista solo permaneció firme por un lapso breve y, en los últimos tiempos, la Corte Suprema ha oscilado entre sentencias que lo siguen aplicando (por mayoría de votos) y otras que lo desestiman (también por mayoría de votos) en atención a consideraciones procedentes del ámbito del derecho penal internacional. Estas últimas se asilan, por regla general, en la afirmación de que, en el momento de ocurrir los hechos, el país se encontraba en un “estado de guerra interna” y que, por consiguiente, eran aplicables en lo pertinente los Convenios de Ginebra —aprobados por Chile con mucha anterioridad— los cuales prohíben la autoexoneración (amnistía) y declaran también, aunque no de manera expresa, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad cometidos en tales circunstancias.

2.- En todo caso, en los fallos que se han pronunciado por considerar extinguida la responsabilidad penal de quienes incurrieron en hechos que infringían derechos humanos, la cuestión referente a la vigencia de la amnistía usualmente ha sido obviada y, como ya hemos puntualizado, la discusión se ha centrado más bien en torno a la eficacia extintiva de la responsabilidad penal de la prescripción, sin perjuicio de las declaraciones efectuadas por la minoría en los razonamientos con que fundan su disenso. En cambio, como es lógico, en aquellas sentencias que se inclinan por la tesis opuesta, como están obligados a descartar ambas defensas, aparece categóricamente declarado que la existencia en el país de un estado de guerra interno y la consiguiente aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, obstan a la posibilidad de conceder eficacia eximente de responsabilidad penal *tanto a la prescripción de la acción penal como a la amnistía*².

3.- Simultáneamente con la última etapa de esta evolución jurisprudencial, el 26 de septiembre de 2006 se dicta, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sentencia en el caso Almonacid, lo cual hará renacer en amplios círculos políticos nacionales el interés por dar al problema en su conjunto una solución legislativa.

En el caso Almonacid la Corte Suprema rechazó por unanimidad un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia de segunda instancia que había

² Aquí no es del caso detenerse a discutir las cuestiones a que da origen el hecho de que los Convenios de Ginebra establezcan que a la finalización del conflicto deberá velarse por el otorgamiento de una amnistía lo más amplia posible. Los miembros de la Corte Suprema que apoyan la aplicación de dichos instrumentos internacionales desestiman tal alegación, puntualizando que la amnistía que en ellos se recomienda tiene por objeto excluir la persecución penal de quienes hayan resultado vencidos en la contienda, y no la responsabilidad de los que hayan incurrido durante ella en crímenes contra la humanidad. En mi opinión este punto de vista es correcto.

absuelto a los procesados, invocando el DL 2.191. En los hechos, lo que ocurrió es que el recurso presentaba defectos formales y, por ese motivo, la Corte lo declaró inadmisibles, con lo cual la sentencia recurrida quedó firme. Para entender esta postura ha de tenerse en cuenta que el recurso de casación es de derecho estricto y, en consecuencia, su interposición está sometida a requisitos especialmente exigentes, respecto de los cuales la Corte Suprema suele, a su vez, ser rigurosa. Por tal motivo, esa decisión es poco expresiva del verdadero sentir del tribunal de casación sobre la vigencia de la amnistía pero, obviamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos prescindió de estas consideraciones —irrelevantes en el ámbito del derecho internacional— y, acogiendo las pretensiones de los recurrentes, condenó al Estado chileno, ordenándole abstenerse en lo sucesivo de dar aplicación a la mentada causal de extinción de responsabilidad penal.

4.- La cuestión que así se planteó no es, por cierto, de fácil solución.

a) Desde luego, parece estar fuera de discusión una ley derogatoria, porque a ella obsta el principio de “favorabilidad”, generalmente reconocido en el ámbito del derecho penal y al que los artículos 19 N° 3° incisos séptimo y octavo de la Constitución Política y 18 del Código Penal acogen expresamente, sin que los tribunales parezcan estar dispuestos a desconocerlo para satisfacer demandas de una corte internacional³. En virtud de dicho principio, como es bien sabido, si después de cometido un delito se dicta una ley que es más severa que la vigente al momento de la perpetración del hecho, a los responsables debe aplicarse la pena establecida en esta última. Al contrario, si la nueva ley es más benévola, ella tiene que ser aplicada a los hechos, aunque no estuviera vigente cuando el delito se cometió. Además, la jurisprudencia ha concluido invariablemente que en virtud de la norma constitucional citada, el procesado también tiene derecho a que se le aplique la ley que lo favorece aunque se hubiera promulgado después del hecho y se hubiera derogado antes de pronunciarse sentencia (la llamada “ley intermedia”). Dicho en breve, con arreglo a este principio, al autor de un delito hay que aplicarle siempre la ley más favorable para él. En consecuencia, si se derogase el Decreto Ley de Amnistía, eso no tendría efectos prácticos, pues como fue promulgado después de la perpetración de los hechos, los procesados podrían reclamar que se les aplicara aunque hubiese sido derogado antes de dictarse la sentencia. Peor aún, la ley derogatoria terminaría confirmando la vigencia del Decreto Ley 2.191 de 1978, pues no se dicta una ley para derogar lo que no ha estado en vigor sino, al contrario, lo que efectivamente ha regido⁴.

No obstante lo expuesto, hay opiniones que se inclinan por esta solución aparentemente inviable. Quienes piensan así, se fundan en una diferencia de redacción entre el artículo 18 incisos segundo y tercero del Código Penal y el 19 N° 3° inciso séptimo de la Constitución Política de la República. En efecto, mientras los primeros establecen que el juzgamiento del afectado **deberá** arreglarse a la ley más favorable

³ Los tribunales chilenos son muy celosos de la soberanía nacional y miran con poca simpatía las injerencias de tribunales foráneos en la decisión de asuntos que, a su juicio, corresponde decidir a los de nuestro país, especialmente por referirse a hechos ocurridos en el territorio nacional.

⁴ En este sentido también ALEX VAN WEEZEL, *Inadmisibilidad de las “leyes interpretativas” in malam partem en materia penal*, en *Gaceta Jurídica*, N° 323, mayo de 2007, 3, pág. 21.

y que si ya se hubiere dictado sentencia ejecutoriada, esta **deberá** modificarse de oficio o a petición de parte; el segundo declara textualmente que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, **a menos que una nueva ley favorezca al afectado**”. De esa redacción diversa se deduce que mientras en el Código Penal la exigencia de aplicar la ley más favorable tiene carácter imperativo (**deberá**) en la Constitución Política aparecería como una facultad (**a menos que**) que permitiría la aplicación de la ley vigente al momento de la ejecución del hecho aunque existiese una nueva ley que favorezca al afectado, porque del contexto de la norma aparecería que en ella lo imperativo es la imposición de la pena que señale la ley promulgada con anterioridad a la comisión del hecho, y que a esa exigencia *solo haría excepción el caso en que una nueva ley resuelva aplicar la posterior que favorece al afectado, siempre que esta última así lo disponga*. Ahora bien, como la disposición del artículo 18 del Código Penal, por ser una ley común, puede ser derogada por otra, únicamente el precepto constitucional resulta vinculatorio para el legislador; pero como, a su vez, esta última no consagraría imperativamente la vigencia de la ley posterior más favorable, no existiría inconveniente en que una ley derogase el Decreto Ley de Amnistía, declarando que no es aplicable a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, y de acuerdo a su mismo texto, tampoco a los posteriores.

Hay que reconocer que el argumento es sugerente, pero temo que no encontraría acogida en los fallos de la Corte Suprema y casi con toda seguridad tampoco en los del Tribunal Constitucional, pues en ambos impera la convicción de que la exigencia de aplicar la ley penal más favorable es tan imperativa en la Carta Fundamental como en el Código Penal. Y probablemente tienen razón: porque frente a un tenor literal dudoso, no se divisan bien los motivos por los cuales el texto constitucional habría reducido la exigencia a una mera facultad. Por eso, en mi opinión, la ley derogatoria estaría destinada al fracaso.

b) Por las razones expuestas, algunos sectores abogan más bien por la anulación del Decreto Ley 2.191. Lo que es nulo nunca existió y, en consecuencia, ni es necesario derogarlo ni puede invocárselo acudiendo al principio de “favorabilidad”.

La solución parecería perfecta si nuestro ordenamiento jurídico contemplara en alguna parte la posibilidad de que una ley declare nula a otra. Pero esto no sucede, y aunque una “autoamnistía” parece satisfacer los requisitos para ser declarada nula, la verdad es que los legisladores no cuentan con la facultad de hacerlo o, por lo menos, la Constitución no se las reconoce expresamente. Juan Bustos y Enrique Aldunate, en un artículo reciente, polemizando con Van Weezel, sostienen que la facultad de dictar una ley anulatoria está reconocida en el artículo 63 N° 20° de la Constitución Política de la República, con arreglo al cual “Sólo son materias de ley: (...) 20° Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”; ello, en relación con lo dispuesto en el artículo 7° inciso final de la misma Carta Fundamental que consagraría la nulidad de derecho público de un precepto legal dictado por un órgano incompetente⁵. Por supuesto, esta argumentación merece ser discutida con profundidad, y siempre existe la posibilidad de

⁵ JUAN BUSTOS y ENRIQUE ALDUNATE, *Inadmisibilidad de autoamnistías en el derecho penal*, en *Gaceta Jurídica*, N° 326, agosto de 2007, 4.1, págs. 15 a 17.

solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto; pero, al mismo tiempo, eso envuelve riesgos que saltan a la vista, puesto que dicha instancia jurisdiccional bien podría no compartir el criterio expuesto por Bustos y Aldunate y, en tal caso, la ley anulatoria del Decreto Ley de Amnistía también fracasaría.

Pero, además, la "ley anulatoria" presenta un inconveniente práctico que no se puede ignorar y que, en mi opinión, hace imposible servirse de esa vía para solucionar el asunto discutido. Consiste en que, tal como fue concebido, el Decreto Ley 2.191 no solo concedía una autoexoneración a los integrantes del gobierno de facto y sus colaboradores, sino también una auténtica amnistía a los perpetradores de un número indefinido de delitos comunes, así como a algunos hechos cometidos por adversarios de la dictadura. Entonces, si ahora se lo declara nulo, las personas pertenecientes a estos dos últimos grupos que hubieran sido beneficiados por sus disposiciones tendrían que cumplir las condenas correspondientes, pues una ley que nunca existió no pudo tampoco surtir efectos respecto de ellos. Esta es, sin duda, una consecuencia indeseada que nadie querría asumir y que, además, contrastaría con los propósitos expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al hacer la recomendación a que se refiere la sentencia pronunciada en el caso Almonacid.

5.- En atención a todo lo expuesto, el mismo Juan Bustos ha presentado a la Cámara de Diputados un proyecto de "ley interpretativa" del artículo 93 del Código Penal, el cual enumera las causales de extinción de la responsabilidad penal, entre las que se encuentran la prescripción y la amnistía. El propósito es declarar, "interpretando" esa disposición, que ha de entenderse que la amnistía no surte efectos respecto de los delitos de "lesa humanidad" como los que afectan derechos humanos. (Convendría que esa interpretación se extendiese también a los N°s 4°, 6° y 7° del mismo artículo, referentes, respectivamente, al indulto, la prescripción de la acción penal y la de la pena.)

Un ley de esta clase, que consagra una interpretación "generalmente obligatoria" para los tribunales (artículo 3° del Código Civil), presentaría además en este caso varias otras ventajas. Por una parte, a ella el artículo 9° inciso segundo del Código Civil le acordaría efecto retroactivo, pues de conformidad a esa disposición "las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes *se entenderán incorporadas a éstas*". (Esta, sin embargo, como se verá, es una cuestión discutible en el ámbito penal, a la que tendré que referirme con más detenimiento.) Por la otra, a pesar de conferirle tal efecto retroactivo, el artículo 9° inciso segundo *in fine* del Código Civil dispone que esas normas interpretativas "no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio", lo cual evitaría los efectos prácticos indeseables a que daría lugar una posible ley anulatoria y a que me he referido más arriba (4.-). Pero también una ley de esta clase presenta problemas de consideración que no es posible ignorar.

6.- En primer lugar, debe tenerse en cuenta que existe un sector importante y muy respetable de la doctrina para el cual la norma sobre retroactividad contenida en la primera parte del inciso segundo del artículo 9° del Código Civil solo es válida en el ámbito penal, si la interpretación que se acoge en ella es más ventajosa para el procesado, porque respecto de una que le fuere desventajosa, como ocurriría en este caso, prevalecería la prohibición de retroactividad establecida en el artículo 19,

Nº 3º, inciso séptimo, de la Constitución Política, cuyo rango superior al de la ley civil se encuentra fuera de discusión⁶.

En mi opinión, este punto de vista es desacertado. Si la ley es en realidad interpretativa —es decir, si efectivamente no hace más que fijar el sentido de la interpretada dentro de los marcos conceptuales preestablecidos— y si, además, la decisión respecto a esa calidad pertenece a los tribunales, no se divisa la forma en que su aplicación retroactiva vulneraría el principio de reserva, puesto que la interpretación efectuada por la ley *también hubiese podido ser realizada lícitamente por el juez* aunque aquella no se hubiere dictado⁷. Puesto que la prohibición de retroactividad tiene por fundamento precisamente evitar que el ciudadano sea sorprendido al ser castigado por haberse comportado en una forma que hasta el momento del hecho se encontraba permitida, ese criterio básico está ausente aquí, pues dado que la ley era ya objeto de interpretaciones encontradas por los tribunales, el ciudadano tenía que contar con la alternativa de que su conducta fuera sancionada con arreglo a una o más de entre aquellas varias interpretaciones posibles. Si la ley interpretativa se ha limitado a fijar uno de esos sentidos, no se percibe cómo podría llegar a ser “favorable” o “gravosa” para el autor; si hace más, ya no es una ley interpretativa.

La posición de Van Weezel⁸, con arreglo a la cual toda ley interpretativa es en definitiva, modificatoria y, por consiguiente, desfavorable para el procesado, se funda en el funcionalismo extremo desarrollado por Jakobs en los últimos años, cuyas raíces hegelianas son inocultables. De conformidad con ese criterio, la función del derecho penal se agota en asegurar la vigencia de la norma contra eventuales infracciones de los súbditos, a fin de restablecer el orden quebrantado. De este punto de partida y de la idea —en sí correcta— de que toda ley admite diversas interpretaciones, deduce Van Weezel, que al fijar mediante una ley interpretativa uno de los varios sentidos que previamente era posible dar a la norma se está en realidad modificándola y, consiguientemente, violando de partida el principio de irretroactividad de las disposiciones penales. Su idea central es, en definitiva, que no existen leyes verdaderamente interpretativas y que, por ese motivo, aquí también las que pretenden ser tales están vedadas.

Discutir el punto de vista de Van Weezel requeriría más espacio del que aquí disponemos. En todo caso, básteme manifestar que la concepción de un derecho penal cuya única función es la de estabilizar los mandatos y prohibiciones contenidos en las normas es algo con lo que por principio no coincido y, por eso mismo, tampoco con las consecuencias que desde allí extrae el autor citado. El punto de parti-

⁶ Así, LUIS COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Santiago, 1992, tomo I, 28, A, a), pág. 105; CARLOS DUCCI, *Interpretación Jurídica*, Santiago, 1977, 28 y sigts., págs. 52 y 53; ALFREDO ET-CHEBERRY, *Derecho Penal*, 3ª edición, Santiago, 1998, tomo I, pág. 102; SERGIO POLITOFF, *Derecho Penal*, Santiago, 1997, tomo I, 4, 2, págs. 125 y 126; SERGIO POLITOFF, JEAN PIERRE MATUS Y MARÍA CECILIA RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Santiago, 2004, pág. 111. Muy recientemente, desde otros puntos de vista, también Van Weezel, *op. cit.*, *passim*.

⁷ En el mismo sentido ENRIQUE CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Santiago, 2005, § 8, III, pág. 193; MARIO GARRIDO, *Derecho Penal*, Santiago 1997-2000, tomo I, 6, IV, pág. 95; EDUARDO NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, Santiago, 1960, tomo I, 95, pág. 134; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 6ª reimpresión total, Buenos Aires, 1973, tomo I, 14, IV, pág. 136.

⁸ VAN WEESEL, *op. y loc. cit.* en nota anterior.

da mencionado, en efecto, implica abandonar la idea de que la tarea fundamental del ordenamiento punitivo es la protección de bienes jurídicos, transformándolo en cambio en un conjunto de normas cuya finalidad es puramente formal sin que, además, se reconozca límites a la potestad sancionadora del Estado. Esto último es algo indefendible aun para quienes estamos de acuerdo en que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran tipos aislados que efectivamente no tienen por objeto la defensa de bien jurídico alguno (incesto, maltrato a los animales, etc.).

7.- El segundo problema a que es indispensable referirse, consiste en que, *para que a la ley propuesta se le reconozca el efecto retroactivo a que se refiere el inciso segundo del artículo 9° del Código Civil, es preciso se le establezca previamente su efectiva naturaleza interpretativa.*

Esto último es algo que corresponde hacer a los tribunales, los cuales, para ese efecto, pueden servirse de un criterio puramente *formal* o, por el contrario, de uno *material* o *sustancial*. El primero acepta que una ley es interpretativa cuando ella declara expresamente que su propósito es tan solo aclarar el sentido de otra u otras, prescindiendo, por consiguiente, de examinar si realmente su contenido persigue esa finalidad. El segundo, en cambio, se desentiende de si la norma examinada se atribuye o no la calidad de interpretativa, y solo le reconoce carácter de tal cuando lo que hace es verdaderamente precisar uno de los varios sentidos que de antemano podía atribuirse a la disposición interpretada.

Nuestros tribunales de justicia, y en especial la Corte Suprema, han hecho suyo siempre en esta materia el punto de vista sustancial. En su *opinión lo que importa no es la cualidad de interpretativa que pueda atribuirse formalmente a una norma, sino el hecho de que efectivamente lo sea*. Lo decisivo, por lo tanto, es que el sentido que otorga a la norma interpretada sea uno que ya desde antes era posible reconocerle. Si, por el contrario, la disposición pretendidamente interpretativa atribuye a la interpretada significados diferentes de los que previamente se le habían dado por la jurisprudencia y doctrina, entonces se trata más bien de una norma modificatoria a la que, por consiguiente, no puede concedérsele el efecto retroactivo dispuesto por el inciso segundo del artículo 9° del Código Civil.

En el caso de que aquí me he ocupado, lo decisivo es, por consiguiente, establecer si en este momento la aplicación del Decreto Ley de Amnistía y las disposiciones legales sobre prescripción a los atentados contra los derechos humanos cometidos durante el régimen militar es un asunto discutido en el ámbito de la jurisprudencia o si, por el contrario, se trata de un asunto pacífico. La respuesta a esa interrogante es que, efectivamente, los fallos de los tribunales se encuentran en el presente claramente divididos entre aquellos que se inclinan a negar la posibilidad de entender amnistiados o prescritos los delitos gravemente atentatorios en contra de los derechos humanos, y los que, en cambio, tienden a conceder a los procesados por tales crímenes una de las referidas causales de extinción de responsabilidad criminal, de las cuales, al menos en la Corte Suprema, usualmente se ha preferido la prescripción.

Aquí no es del caso citar pormenorizadamente todas las sentencias que se han dictado en relación con la materia que me ocupa. Por eso, solo a título informativo menciono a continuación alguna de las últimas que ha pronunciado la Exma. Corte Suprema respecto al asunto. Así, puede verificarse que se han inclinado reciente-

mente por la primera tesis los fallos del tribunal de casación de 18 de enero de 2007, relativa a la muerte del comunero mapuche José Matías Ñanco; de 13 de marzo de 2007, referente al homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes; de 3 de julio de 2007, sobre homicidio calificado de Paulina Alejandra Aguirre Tobar, y de 13 de noviembre de 2007, sobre homicidio simple de Carlos Humberto Contreras Maluje. A la inversa, se han pronunciado por la aplicación a los casos de la prescripción de la acción penal, las sentencias de la Corte Suprema de 4 de agosto de 2005, sobre homicidio calificado de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Álvarez, y la de 12 de noviembre de 2007, referente al homicidio calificado de Cesáreo del Carmen Soto González y de Rubén Antonio Acevedo Gutiérrez.

8.- En lo concerniente a los fallos recién mencionados, deben hacerse algunas precisiones que, con casi toda seguridad, son válidas para todos los otros que se haya pronunciado sobre las mismas materias. Ellas son las siguientes:

a) Ninguna de las sentencias mencionadas ha sido dada por unanimidad. En efecto, en todas ellas se encuentran votos de minoría suscritos por uno o más ministros del tribunal y extensamente fundados por estos. Ello quiere decir que en todos esos fallos hay quienes adherían a la tesis contraria a la que prevaleció por mayoría de votos, lo cual subraya la extrema división de opiniones en torno a la interpretación de la aplicabilidad de las causales de extinción de responsabilidad criminal de amnistía y prescripción a los delitos en contra de los derechos humanos.

b) Cuando el criterio de la mayoría ha sido negar la extinción de la responsabilidad penal, la mayoría ha tenido que argumentar detenidamente sobre las razones por las cuales estima que no son aplicables al caso ni el Decreto Ley 2.191 sobre amnistía ni las disposiciones del Código Penal sobre prescripción de la acción penal⁹.

c) Al contrario, cuando la mayoría se inclina por conceder una de las mencionadas causales, siempre se pronuncia por acoger la prescripción y, por lo general, ni siquiera discute la eventual vigencia y consiguiente aplicabilidad del Decreto Ley de Amnistía. Estas últimas, sin embargo, son examinadas algunas veces por votos personales aislados.

Todo lo expuesto precedentemente en este apartado y el anterior permite aseverar, sin lugar a dudas, que si se dictase una ley como la propuesta por Bustos, ella tendría efectivamente carácter interpretativo, ya que estaría en consonancia con uno de los sentidos que la jurisprudencia —y, por cierto, también una parte significativa de la doctrina, en la cual tiene que mencionarse al propio autor de la iniciativa— atribuye a las disposiciones sobre amnistía, prescripción y, posiblemente, indulto.

9.- Las conclusiones a que se ha llegado en el curso de estas reflexiones no son, por cierto, indiscutidas. Ya hemos mencionado antes la opinión de autores que se niegan a atribuir a las disposiciones interpretativas carácter retroactivo en el ámbito penal. No cabe duda de que sus argumentos gravitarían en las decisiones de una jurisprudencia futura si es que la iniciativa de Bustos tiene éxito. En especial, hay que prestar atención a las expuestas por Van Weezel, que arrancan de un criterio muy en boga en la doctrina más reciente —aunque es posible que no todos los que aceptan esos puntos de partida estén de acuerdo también con las conclusiones que

⁹ Véase, sobre todo ello, con algún detalle, más arriba (2.-).

de ellos extrae el profesor chileno—. Por esto, de acuerdo con lo que expresé hace ya algún tiempo en un artículo periodístico sobre la materia, creo que, en definitiva, la cuestión tendrá siempre que ser resuelta por los tribunales y, en particular, por el Tribunal Constitucional, que es finalmente el único con atribuciones, desde el punto de vista constitucional, para resolver en definitiva la cuestión. Sea como fuere, mi punto de vista es que en este momento la ley interpretativa es la mejor de las diferentes soluciones propuestas para atender al reclamo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Almonacid.

Análisis de la jurisprudencia nacional sobre amnistía: casos relevantes y estado actual

HUGO GUTIÉRREZ*

Resulta tentador y hasta podría ser motivo de orgullo personal partir esta ponencia sosteniendo que el Decreto Ley N° 2.191/1978, de amnistía (en adelante DL de Amnistía), ya no se aplica por nuestros tribunales de justicia; aserto que estaría claramente demostrado por el hecho de que los dos últimos fallos en que se dio aplicación a esta normativa, con posterioridad, fueron revocados por un tribunal de alzada. Nos referimos a dos episodios de la llamada "Caravana de la Muerte": Casos Arica y San Javier, en los que el ministro Víctor Montiglio absolvió a los acusados dando aplicación al DL de Amnistía. Y, más tarde, la Corte de Apelaciones de Santiago, en distintas salas y con distinta integración, revocó los fallos, no aplicando la amnistía; y condenó a sendas penas de presidio mayor en su grado medio a los acusados, entre ellos a Sergio Arellano Stark y Odlanier Mena.

Pero ello sería un autoengaño, algo parecido a mirar a la pared y negar la realidad circundante.

Sostengo que la amnistía fue sembrada por la dictadura, pero hoy cosechamos sus frutos. En consecuencia, y por ahora, ya no es necesaria su aplicación, pues sus efectos se producen de igual forma, pero por otras vías jurídicas.

Análisis histórico del DL 2191/1978

¿Qué ha sido del DL de Amnistía hasta nuestros tiempos?

En su aplicación histórica por los tribunales chilenos observo diversos periodos que, sin ser categóricos ni sistemáticos, permiten, sin embargo, extraer algunas conclusiones y distinguir ciertas características peculiares:

* Abogado de la Universidad de Concepción, ha participado activamente en la defensa de las familias de los detenidos desaparecidos después del 11 de septiembre de 1973. Cuenta con un postgrado en Derecho Tributario y actualmente se desempeña como académico en la Universidad ARCIS. Trabaja desde 1989 en la Corporación de Defensa Pública (Codepu). Participa también en el Consultorio de Derechos Humanos de la Corporación de asistencia Judicial y es integrante de la Asociación Americana de juristas.

Primera etapa: 1978-1990. El periodo descarado. Es evidente que en esta etapa la amnistía se aplica sin ningún contrapeso ni tapujo. Aquí el binomio amnistía-tribunal militar da garantía de impunidad total y absoluta y si, eventualmente, la causa estaba radicada en la justicia civil, existía el “diablito de Gálvez” (en alusión al aquel entonces ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Ricardo Gálvez), esto es, un formulario de que todo buen relator estaba provisto para sobreeser definitivamente una causa por aplicación del DL de Amnistía. Injusticia pronta y oportuna.

Todos conocemos excepciones de este periodo, entre los más relevantes, el ministro Carlos Cerda en el llamado “Caso del Comando Conjunto”.

Esta etapa tiene su fin con el término de la dictadura militar y el inicio de la transición democrática.

Características de esta etapa:

1. aplicación irrestricta de la norma de amnistía por los tribunales;
2. aplicación de la norma de amnistía con solo cerciorarse de que la denuncia o querrela recae sobre hechos delictivos acaecidos entre 1973 y 1978. En consecuencia, inexistencia de investigación;
3. Poder Judicial obsecuente con los requerimientos de la dictadura militar;
4. los tribunales militares constituyen el principal gestor de la impunidad.

Segunda etapa: 1990-1998. Legitimación de la impunidad. Así como la transición democrática daba patente de legitimidad a la normativa constitucional de la dictadura y su racionalidad económica, de igual forma en este periodo se hace un reconocimiento a la legalidad y constitucionalidad del DL de Amnistía. Diversas causas demuestran esta afirmación:

A. En marzo de 1990, de conformidad al texto vigente de la Constitución Política de 1980, en su artículo 80, se presenta un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del DL de Amnistía en causa por secuestro de Iván Insunza Bascuñán, rol 27.640. El 24 de agosto de 1990 se rechazó el recurso y la Corte Suprema reconoce:

Considerando 9º. Que tiene competencia para pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad del D.L. 2.191.

Considerandos 26º y 27º. Que los tratados internacionales vigentes invocados por los recurrentes no eran aplicables en el caso concreto porque ni había estado de guerra interna, que es un supuesto de hecho de la aplicación de la convención, ni los tratados invocados imponían ninguna limitación a la facultad de amnistiar.

B. En el caso Carmelo Soria Espinoza, se declaró extinguida la responsabilidad penal de Guillermo Salinas Torres y José Ríos San Martín, en la sentencia de la Corte Suprema de 23 de agosto de 1996, que confirma la de 4 de junio de 1996 y sobresee definitivamente en esta causa a dichas personas porque los hechos en ella investigados son de aquellos incluidos en el período comprendido en el DL de Amnistía.

C. Caso Almonacid Arellano. El 25 de septiembre de 1996 la justicia militar reclamó para sí la competencia para conocer del delito de homicidio. Con fecha 5 de diciembre de 1996 la Corte Suprema, dirimiendo la competencia entre la justicia militar y la justicia civil, lo hizo a favor de la primera. Decidida la competencia a favor de los tribunales militares, por resolución de fecha 28 de enero de 1997, el juez del Segundo Juzgado Militar de Santiago sobreseyó definitivamente la causa por apli-

cación del mentado DL de Amnistía y finalmente la resolución de 25 de marzo de 1998 de la Corte Marcial, confirmó el antes dicho sobreseimiento definitivo.

D. El caso Orlando Letelier del Solar y Ronnie Moffitt, víctimas de un acto de terrorismo cometido por agentes del Estado chileno, específicamente de la DINA, según el Informe Rettig, es una clara demostración de que se reconocía legitimidad al DL de Amnistía, pues solo se juzgaría a aquellos que excepcionalmente lo permitiera dicho texto legal.

También, durante este periodo se aplicó la prescripción de la acción penal en las sentencias de la Corte Suprema de 6 de junio de 1998, Rol N° 2.499-1996, y de 11 de noviembre de 1998, Rol N° 477-1997.

Una excepción notable, pero temporal, y que demuestra la tendencia señalada del periodo, la representa la sentencia de 30 de septiembre de 1994 de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada en la causa rol 937-1997, que en su considerando Noveno señala "...que las autoridades de un Estado parte no pueden dictar normas internas que contravengan el cumplimiento de buena fe de los Convenios o Tratados Internacionales en análisis, desde la entrada en vigencia de los mismos. De esta manera, tales delitos, que constituyen infracciones graves de la Convención, son imprescriptibles y no sujetos a amnistía...". Este fallo es redactado por el abogado integrante don Humberto Nogueira Alcalá.

En fallo de 26 de octubre de 1995 esta última sentencia es dejada sin efecto por la Corte Suprema, revocando los procesamientos dictados.

La mayoría de las causas por violaciones de derechos humanos siguen siendo incoadas y sobreseídas por los tribunales militares. El binomio antes mencionado continúa. El auditor general del Ejército sigue integrando la Corte Suprema. En este periodo le corresponde integración en el máximo Tribunal al hoy condenado general Torres Silva.

Este periodo comienza a agotarse con el abandono de Pinochet Ugarte de la Comandancia en Jefe del Ejército, en marzo de 1998, para consumarse su fin con su detención en Inglaterra. Es en este periodo que se presenta la primera querrela contra Pinochet por la presidenta del Partido Comunista de Chile, doña Gladys Marín Millie, la que daría lugar a un sinnúmero de presentaciones en contra de violadores de derechos humanos.

Características de esta etapa:

1. Se ha sostenido que no es esencialmente una nueva etapa, pues reúne todas las características propias de la primera. La "originalidad" está en que en plena construcción democrática se aplican las mismas prácticas judiciales de la dictadura. Una de las explicaciones estaría en que los ministros de la Corte Suprema, en su totalidad, habían sido nombrados por la dictadura militar y aún no había recambio.
2. En la jurisprudencia de la Corte Suprema hay un tímido reconocimiento a la llamada "doctrina Aylwin", que estima que antes de dar aplicación al DL de Amnistía se debe investigar, fundamentalmente, el paradero de los detenidos desaparecidos.
3. Los tribunales militares siguen dando plena aplicación al DL de Amnistía tan pronto aparece en el proceso un indicio de que los hechos delictivos se encontraban comprendidos en el ámbito temporal del DL de Amnistía.

Tercera etapa: 1998-2006. Investigación, juzgamiento y condena. Este momento tiene su inicio con dos sentencias de la Corte Suprema:

1. Causa por secuestro de **Álvaro Barrios Duque**, rol 2.097-1998, que en sentencia de 29 de diciembre de 1998 deja sin efecto el sobreseimiento dictado y señala que se debe seguir investigando.

2. Causa por secuestro de **Pedro Poblete Córdova**, rol 469-98, que en sentencia de 9 de septiembre de 1998 revocó el sobreseimiento total y definitivo decretado por sentencia de la Corte Marcial, de 19 de enero de 1998, con aplicación del DL 2.191/1978, y en su lugar se ordenó reabrir el sumario y practicar las diligencias necesarias para la averiguación del destino de las personas secuestradas e identificar a los responsables de los delitos investigados. Se sostiene en la sentencia que hay un error de derecho por no aplicar lo dispuesto en los Convenios de Ginebra de 1949, que hacen imprescriptibles e inamnistiables los crímenes de guerra.

Posteriormente, vendrán diversas sentencias, tanto de la Corte Suprema como de la Corte de Apelaciones de Santiago, que señalan que el momento para pronunciarse sobre la aplicación o no del DL de Amnistía es en la sentencia definitiva de primer grado.

Esta tendencia favorable a la investigación y juzgamiento de los responsables de los delitos de lesa humanidad culmina con la sentencia condenatoria dictada en el caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez.

En efecto, en la causa rol 517-2004 se dicta fallo el 17 de noviembre de 2004 por el secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, donde se condena a los acusados y se rechaza expresamente el argumento de encontrarse extinguida la responsabilidad penal por aplicación del DL 2.191 de 1978, en aplicación de los tratados internacionales vigentes.

Este periodo, como se dijo antes, se ve fortalecido por la detención de Pinochet en Londres, Inglaterra, un 16 de octubre de 1998, ante un requerimiento de la justicia española.

Pero hay excepciones a la tendencia. En efecto, en un sentido contradictorio con la tendencia de la etapa enunciada se aplica la prescripción de la acción penal en la causa rol 457-2005, mediante sentencia de 9 de febrero de 2005, sobre el asesinato de **Ricardo Riosco Montoya y Luis Cotal Álvarez**, donde la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo de la querellante, declarando que no existía en el momento de los hechos un "conflicto armado sin carácter internacional". Estimó que no se daban los supuestos para aplicar la Convención de Ginebra y que, por tanto, podía declararse la prescripción de la acción penal, pues la querrela correspondiente se había presentado pasados diez años de los hechos (el 8 de abril de 1999) y Chile no había suscrito la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Los hechos ilícitos pueden, entonces, prescribir.

Esta etapa se agota con la muerte del dictador Augusto Pinochet Ugarte. Ello ocurre, a mi entender, por estar asociada la demanda de justicia a la sanción del dictador, al no estar este parecida vaciarse de contenido la demanda de sanción a los responsables de crímenes contra la humanidad.

Características de esta etapa:

1. Desde 1998 la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema ha estado dirigida a no permitir cierres de causas sin una investigación previa de las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile por la dictadura militar a partir de septiembre de 1973.
2. En la mayoría de las causas en que le tocó pronunciarse a la Corte Suprema revocó el sobreseimiento total en aplicación del DL 2.191/1978, y ordenó reponer la causa al estado de sumario, para realizar las diligencias de investigación necesarias para esclarecer los hechos.
3. Se priva de competencia al fuero militar y se remiten las investigaciones a la justicia ordinaria.
4. No se da aplicación al DL 2.191/1978 por parte de los tribunales chilenos.
5. El Poder Judicial chileno asume el desafío de juzgar a los responsables de violaciones a los derechos humanos.
6. La Corte Suprema se pronuncia a favor de la aplicación de los principios generales del derecho y del *jus cogens*. Reconoce que el DL de Amnistía debe interpretarse de manera que no impida la sanción a los delitos de lesa humanidad.

Cuarta etapa: 2006 hasta hoy. Un mundo sin Pinochet. Esta etapa recién iniciada se debate entre la sanción y la impunidad. La etapa anterior era clara, iba derecho a restarle eficacia jurídica al DL de Amnistía y sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad. Hoy, y hay que ser honesto, dicha claridad no la observamos.

Cómo entender que a delitos que a todas luces son de lesa humanidad, la Corte Suprema haya declarado la prescripción de la acción penal. Cómo entender que se impongan bajísimas penas por delitos simplemente horribles, acogiendo instituciones como la media prescripción o declarando muy calificada la irreprochable conducta anterior de violadores de derechos humanos. Incluso ahora la Corte Suprema ha llegado a recalificar el ilícito de secuestro, la persona no ha sido habida hasta hoy, por el de homicidio simple, y esto porque hay una sentencia civil que declaró la muerte presunta de la persona desaparecida (caso Contreras Maluje).

Esta tendencia, si fuere correcta, nos impone ciertos deberes, enderezar la jurisprudencia nacional en pos de la jurisprudencia internacional, particularmente la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero es en este punto en donde se evidencia el reconocimiento, por parte de nuestros tribunales, a la validez y eficacia del DL de Amnistía. Es así como hasta el día de hoy la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso **Luis Almonacid Arellano**, no ha podido ser materializada. El considerando 147 de la sentencia señala: **“En vista de lo anterior, este Tribunal dispone que el Estado debe dejar sin efecto las citadas resoluciones y sentencias emitidas en el orden interno, y remitir el expediente a la justicia ordinaria, para que dentro de un procedimiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano”**.

Si la sentencia de la Corte Interamericana no se puede aplicar es porque los tribunales chilenos le rinden pleitesía a la amnistía a través de la cosa juzgada; o bien, a través de la institución de la prescripción.

Más claro resulta el **Caso Carmelo Soria Espinoza, N° 11.725, INFORME N° 133/99, de fecha** 19 de noviembre de 1999, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que habiéndose llegado a una solución amistosa con el Estado chileno, el compromiso de derogar el DL de Amnistía hasta el día de hoy no se cumple y la reapertura de la causa tampoco, no obstante que en el último año se ha solicitado en dos oportunidades. La resolución del ministro de Corte Suprema ha sido cosa juzgada, que es un reconocimiento a la validez del DL de Amnistía que fue el que permitió sobreseer la causa. Al no aceptar el ministro la modificación de la resolución dictada en base al DL de Amnistía, está sin duda haciendo un reconocimiento de su validez y eficacia para resolver delitos de lesa humanidad.

Si la norma de amnistía no tuviera hoy ninguna eficacia jurídica, como algunos lo han sostenido, no habría existido impedimento para dar aplicación a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a dejar sin efecto las resoluciones que aplicaron la amnistía, o dar cabal cumplimiento a la solución amistosa arribada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado de Chile, que debió permitir reabrir la investigación del caso de don Carmelo Soria.

El DL de Amnistía es una norma válida y eficaz en nuestro ordenamiento jurídico, que si no es aplicada por la Corte Suprema se debe a la existencia de una mayoría en la sala penal que no es partidaria de su aplicación, pero que NUNCA ha señalado que dicha norma es contraria a los tratados internacionales de derechos humanos, y que en consecuencia no produce efectos jurídicos; solo ha sostenido que no corresponde su aplicación a delitos de lesa humanidad. La minoría de la Sala Penal de la Corte Suprema, cuando logra transformarse en mayoría, no se expone a sobreseer definitivamente una causa o absolver a un acusado a través del expediente de la amnistía, sino dando aplicación a la prescripción de la acción penal, que siendo técnicamente distintas, en términos prácticos producen los mismos efectos.

Este equilibrio precario debe ser superado en favor de la persecución penal de los agentes del Estado que violaron los derechos humanos durante la dictadura militar y para ello debemos direccionar nuestros esfuerzos en términos que se reconozca por los poderes del Estado la ineficacia jurídica del DL de Amnistía, como única forma de dar cabal aplicación a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y pueda, verdaderamente, construirse el NUNCA MÁS.