



##

UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho

**¿EXISTE UNA PROHIBICIÓN ABSOLUTA EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL DE APLICACIÓN DE LEYES DE AMNISTÍA EN EL  
DERECHO NACIONAL?**

Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales

**AUTORA: LIBERTAD TRIVIÑO ALVARADO  
PROFESORA GUÍA: XIMENA FUENTES TORRIJO**

Santiago, Chile

2010

<b><u>RESUMEN</u></b> .....	<b>2</b>
<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	<b>2</b>
<b><u>CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. ¿CÓMO SE CONFIGURA EL SISTEMA ACTUAL DE DERECHO INTERNACIONAL?</u></b> .....	<b>2</b>
<b><u>a. El derecho internacional como protagonista</u></b> .....	<b>2</b>
<b><u>b. Conflicto entre derecho internacional y nacional</u></b> .....	<b>2</b>
b.1. Descripción del conflicto a modo general.- Los Derechos Humanos como el centro del conflicto .....	2
b.2. Caso chileno. <b><u>El Decreto Ley amnistía 2191 de 1978, un ejemplo de conflicto entre normas nacionales e internacionales</u></b> .....	2
b.2.1. Las amnistías en general- <i>grosso modo</i> .....	2
b.2.2. El Decreto Ley en Chile .....	2
<b><u>CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO. ¿EXISTE UNA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL QUE PROHIBA LA APLICACIÓN DE LEYES DE AMNISTÍA EN EL DERECHO NACIONAL?</u></b> .....	<b>2</b>
<b><u>a. Tratados internacionales relacionados</u></b> .....	<b>2</b>
a.1. Respecto de los tratados que tienen como función configurar un marco de garante de derechos humanos. Principios rectores .....	2
a.2. Tratados que contienen reglas de comportamiento y sanciones como consecuencia a su inobservancia .....	2
<b><u>b. Los Convenios de Ginebra</u></b> .....	<b>2</b>
b.1. El artículo 3 común a las cuatro Convenciones .....	2
b.2. Artículo 6 número 5 del Protocolo II de Los Convenios de Ginebra .....	2
<b><u>b.3. Artículo 131 de la tercera Convención y artículo 148 de la cuarta Convención de Ginebra</u></b> .....	<b>2</b>
<b><u>c. El <i>ius cogens</i></u></b> .....	<b>2</b>
<b><u>d. Conclusiones</u></b> .....	<b>2</b>
<b><u>CAPÍTULO III: ORGANISMOS INTERAMERICANOS ¿CUÁL ES SU POSTURA FRENTE A LAS LEYES DE AMNISTÍA?</u></b> .....	<b>2</b>
<b><u>a. La Comisión Interamericana</u></b> .....	<b>2</b>

<a href="#">Informe Anual de 1985-1986- Primera línea</a>	3
<a href="#">a.2. Caso de Uruguay. En democracia pero bajo coacción</a>	3
<a href="#">a.3. Caso de Argentina</a>	3
<a href="#">a.4. Caso de Chile</a>	3
<a href="#">a.4.1. Período 1988-1989</a>	3
<a href="#">a.4.2. Período 1996</a>	3
<a href="#">a.4.3. Período 1999</a>	3
<b><a href="#">b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos</a></b>	<b>3</b>
<a href="#">a.1. Caso Velásquez v/s Honduras</a>	3
<a href="#">a.2. Caso El Amparo v/s Venezuela</a>	3
<a href="#">a.3. Caso Castillo Páez v/s Perú</a>	3
<a href="#">a.4. Caso Loaysa Tamayo v/s Perú</a>	3
<a href="#">a.5. Caso Barrios Altos v/s Perú</a>	3
<a href="#">a.6. Caso Almonacid Arellano v/s Chile</a>	3
<a href="#">a.7. Caso La Cancuta v/s Perú</a>	3
<b><a href="#">c. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas</a></b>	<b>3</b>
<b><a href="#">d.-El caso de Sudáfrica</a></b>	<b>3</b>
<b><a href="#">f.. Conclusiones</a></b>	<b>3</b>
<b><a href="#">CAPÍTULO IV. ¿QUÉ OCURRE EN EL CASO CHILENO?</a></b>	<b>3</b>
<b><a href="#">a. Postura que acepta la aplicación de el DL 2191 del año 1978</a></b>	<b>3</b>
<a href="#">a.1. Caso de Sergio Insunza Bascuñan, hito jurisprudencial</a>	3
<a href="#">a.2. Aplicación del DL 2191 bajo algunas consideraciones de fondo</a>	3
<a href="#">a.2.1. La amnistía como una causal objetiva de responsabilidad</a>	3
<a href="#">a.2.2. Improcedencia de aplicar los Convenios de Ginebra</a>	3
<a href="#">a.2.3. Compatibilidad entre la ley de amnistía y el derecho internacional</a>	3
<a href="#">a.2.4. La soberanía del Estado de Chile, permite dictar normas de la naturaleza del DL 2191</a>	3
<a href="#">a.2.5. Primacía de la Constitución sobre los Tratados Internacionales</a>	3
<a href="#">a.3. 1998, año dividido, posteriores y ocasionales fallos que dictan la aplicación del DL 2191</a>	3
<b><a href="#">b. Postura que sostiene que no es procedente la aplicación del DL 2191 del año 1978</a></b>	<b>3</b>
<a href="#">b.1. Doctrina "Aylwin"</a>	3
<a href="#">b.2. Primeros fallos que rechazan la aplicación del DL 2191. (1998 a 2003)</a>	3
<a href="#">b.2.1. Resumen de los argumentos utilizados hasta el año 2003</a>	3
(i) <a href="#">Causal personal de extinción de responsabilidad</a>	3
(ii) <a href="#">Tesis del secuestro como delito permanente</a>	3
(iii) <a href="#">Los fallos citan a los Convenios de Ginebra sin hacer grandes alusiones a otros tratados</a>	3
<a href="#">b.3. Miguel Ángel Sandoval y los años 2004-2005</a>	3
<a href="#">b.3.1 El secuestro como delito permanente</a>	3
<a href="#">b.3.2. Convenios de Ginebra eran plenamente aplicables</a>	3
i. <a href="#">Chile vivió en un Estado de Guerra</a>	3
ii. <a href="#">Al estar Chile en un Estado de guerra se aplican las Convenciones de Ginebra</a>	3
iii. <a href="#">Aplicación del artículo 3° común a las cuatro Convenciones de Ginebra</a>	3

iv. <a href="#">Aplicación del artículo 146 y 147 en concordancia con el artículo 148 del Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.</a> .....	4
b.3.3. <a href="#">Pronunciamiento acerca del artículo 18 de la Convención de Viena.</a> .....	4
b.3.4. <a href="#">Primacía a los Tratados Internacionales sobre la legislación interna.</a> .....	4
b.4. <a href="#">Años 2006 a 2009. Un fallo ejemplificador del período:</a> .....	4
b.4.1. <a href="#">Existencia de una Contravención al derecho internacional al aplicar al DL amnistía.</a> .	4
b.4.2. <a href="#">El territorio se encontraba en Estado de Guerra interna por lo que eran aplicables los Convenios de Ginebra,</a> .....	4
b.4.3. <a href="#">Los Convenios de Ginebra no fomentan la aplicación de leyes de amnistía</a> .....	4
b.4.4. <a href="#">Superioridad del derecho internacional sobre el nacional. Control de convencionalidad.</a> .....	4
b.4.5. <a href="#">En el fallo se realiza una interpretación del artículo 27 de la Convención de Viena.</a> ...	4
b.4.6. <a href="#">Interpretación del artículo 5 de la Constitución Política de la Republica.</a> .....	4
b.4.7. <a href="#">Ius cogens, el Ccajón de sastre del derecho internacional.</a> .....	4
b.4.8. <a href="#">Estamos en presencia de delitos de Lesa Humanidad. Características de estos tipos de delito</a> .....	4
b.4.9. <a href="#">Carácter permanente del delito.</a> .....	4
<b><u>CONCLUSIONES GENERALES</u></b> .....	<b>4</b>
<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b> .....	<b>4</b>
<b><u>ANEXO</u></b> .....	<b>4</b>
<b><u>Cuadro de Jurisprudencia-material complementario</u></b> .....	<b>4</b>

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo responder si existe en el derecho internacional alguna norma que prohíba, de manera absoluta, la aplicación en el derecho nacional de leyes de amnistía.

El estudio consiste en observar desde una posición crítica las normas de derecho internacional que pudiesen tener relación con el tema, utilizando el método propio de las ciencias jurídicas, consistente en la interpretación de las normas, examen de la práctica de los estados y estudio de las opiniones doctrinales y de los organismos relevantes.

Junto con lo anterior, el trabajo pretende analizar la jurisprudencia internacional que ha marcado precedente en torno al tema y la evolución de la jurisprudencia nacional desde el año 1990 hasta el 2009.

El resultado del trabajo es la recopilación de los argumentos de la doctrina, la jurisprudencia nacional e internacional, las opiniones brindadas por la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Cruz Roja Internacional en torno al tema. Estos argumentos se han contextualizado en la historia de América Latina, para concluir, luego del análisis de la información obtenida, que no es posible sostener la existencia de una prohibición en términos absolutos.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis crítico en torno a las leyes de amnistía y su relación con el derecho internacional y de la aplicación e interpretación que se ha realizado de estas por la doctrina y jurisprudencia.

La elección del tema responde al interés de mostrar el conflicto que existe entre el derecho internacional y nacional, visto desde un punto específico y ejemplificador del conflicto, como son las leyes de amnistía que no establecen sanciones a las violaciones a los derechos humanos.

El tema no deja de ser complejo, sobre todo cuando obedece directamente a una situación vivida en Chile. El trabajo no consiste en plantearse a favor o en contra de las leyes de amnistía, sino en intentar dejar de lado las consideraciones políticas y revisar si existe o no una prohibición en el derecho internacional para este tipo de leyes.

El tema es, por cierto, impopular. Pero no podemos permitir que para lograr “sanción y castigo”, se tergiverse el contenido y función de las normas, del derecho internacional, de los sistemas de democracia local y, porque no decirlo, de la soberanía.

Los derechos humanos se han vuelto un tema en auge en estos días, luego de sangrientas guerras, graves violaciones a la vida y a la dignidad humana tanto en Europa como Latinoamérica. En este contexto los derechos humanos se han transformado en la columna vertebral del sistema de derecho internacional, junto con ser el elemento más eficiente para penetrar las legislaciones nacionales.

Por lo tanto cabe hacerse la pregunta, ¿Quién se atrevería a cuestionar la validez y fuerza de estos derechos?, la respuesta, de seguro es, los asesinos o sus defensores, los genocidas y los torturadores. De esta forma se ha planteado una división que implica estar a favor de “los derechos humanos” o en contra. Lo que implica, que no exista la posibilidad de cuestionamiento, ni de preguntas acerca de su amplitud o de su contenido. Tampoco de la forma en que estos derechos ingresan a nuestro

ordenamiento ni de la jerarquía que ocupan al interior de los estados.

Es así como en nuestro país no se ha efectuado un debate en torno al Decreto Ley N° 2191 del año 1978, decretado por la Junta militar y publicado en el diario oficial de la República de Chile el 19 de abril de 1998.<sup>1</sup> Son pocos los estudios normativos de la compatibilidad entre este decreto y el derecho internacional, y son muchos menos aquellos que han tratado de proponer nuevas alternativas para lograr la unidad nacional junto a la sanción y al castigo.

El presente trabajo analizará las diferentes posturas frente al tema, los argumentos desde los diferentes puntos de vista e intentará, sin temor, descubrir si existe realmente una prohibición de aplicación de leyes de amnistía, o si se trata de lograr a cualquier precio sanciones a las graves violaciones a los derechos humanos registradas en nuestro país.

El presente trabajo también apelará a terminar con los resquemores del pasado y fomentar que la sociedad chilena, a veinte años del retorno a la democracia, pueda seguir adelante, sin miedo de mirar hacia atrás y sin miedo de discutir y de decidir.

---

<sup>1</sup> Decreto Ley de Amnistía o indistintamente DL 2191 o Ley de Amnistía.

## **CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. ¿CÓMO SE CONFIGURA EL SISTEMA ACTUAL DE DERECHO INTERNACIONAL?**

### **a. El derecho internacional como protagonista**

Para comenzar este trabajo es necesario recordar el origen del derecho internacional, que surge junto con el término de la Edad Media y frente a la necesidad de crear un conjunto de normas que regularen las relaciones entre los nuevos Estados, para evitar los conflictos y propender a las relaciones pacíficas y cordiales entre los Estados.

Desde entonces y con el transcurso del tiempo el derecho internacional ha ido creciendo considerablemente. Esto, que nació como el derecho de gentes, mediante el cual se buscaba garantizar la paz entre los Estados, hoy abarca nuevas pretensiones, instituciones y sistemas.

Uno de los grandes cambios que sufrió el derecho internacional, se vivió con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando este toma un rol más proteccionista y relevante, pues frente a las atrocidades de la guerra el derecho nacional se mostró insuficiente y vulnerable. Así lo relata Paul Kahn:

“Esta primera década fue un tiempo de esperanza sustancial para la élite jurídica global. Europa estaba en paz, habiendo alcanzado una cierta estabilidad política entre los poderes en contienda. El derecho internacional parecía emerger como una fuerza vital para la resolución pacífica de las disputas. La Corte Permanente de Arbitraje había sido establecida en la Haya en 1899. La Conferencia de Paz de la Haya en 1899, seguida por la realizada en 1907, había establecido un cuerpo de derecho humanitario para la regulación del comportamiento en la guerra. El control de armas a través de la regulación jurídica había sido establecido como un principio en la Convención de San Petersburgo de 1868, seguido por otras prohibiciones de armas específicas en las declaraciones de 1899. El resto del mundo estaba entrando en la órbita de los valores europeo y por tanto el liderazgo europeo.”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Kahn, P: “El derecho internacional y la comunidad”, ponencia expuesta en SELA 2000, disponible en <http://islandia.law.yale.edu>, pp V-55 (visitado el 1 de febrero de 2010)



Pero, una vez lograda la estabilidad y recuperada la paz, se presentan nuevos desafíos para el derecho internacional. Desde entonces, el ámbito de competencia del derecho internacional se ha ido ampliando y cubriendo distintas esferas. Es así como hoy se presenta al derecho internacional como una nueva herramienta capaz de influir y penetrar en los ordenamientos nacionales.

La globalización ha acentuado el proceso de expansión del derecho internacional y ha provocado una gran influencia de este sobre el derecho nacional, los ciudadanos se sienten ajenos y distantes de aquel proceso. Las críticas al avance e influencia del derecho internacional, hablan de un asunto no menor, en primer lugar la falta de democracia en la toma de decisiones de los organismos internacionales, y luego de cómo estas directrices influyen en los lineamientos que los Estados partes deben tomar.

Es claro que el derecho internacional ha sufrido un gran cambio, y ya no podemos hablar de un derecho auxiliar en la solución de conflictos Inter- Estados. El derecho internacional del siglo XXI se configura mediante un sistema internacional de Estados que comparten una ideología, o que comparte la ideología de los países dominantes y que cuenta con organismos tales como comisiones consultivas y tribunales internacionales con amplias facultades.

#### b. Conflicto entre derecho internacional y nacional

##### b.1. Descripción del conflicto a modo general.- Los Derechos Humanos como el centro del conflicto

Uno de los grandes conflictos que ha planteado la expansión del derecho internacional es la interacción de éste con el derecho nacional. Desde un comienzo han existido doctrinas que se han encargado de explicar esta relación: el monismo y el dualismo. Hoy en día existen quienes manifiestan que dicha distinción carece de aplicación actual, existen también quienes creen que sólo hablamos de teorías, sin embargo, la práctica no es absoluta, y los problemas se solucionan caso a caso y de forma distinta

en cada país. Se adhiera a una, a otra o a ninguna, nos enfrentamos a un problema ya antiguo en el derecho internacional pero más contingente que nunca.

La expansión del derecho internacional nos presenta grandes dificultades, resultando hasta hoy en día lograra consenso respecto de la influencia que el derecho internacional debe tener sobre la legislación local, más aún cuando se observa una expansión acelerada del derecho internacional. Un claro ejemplo de lo anterior es el establecimiento de tribunales internacionales, las cuales tienen, en su gran mayoría, jurisdicción y competencia otorgada por los Estados parte. Antonio Cassese se pronuncia respecto de la existencia del problema de coordinar la relación entre los tribunales nacionales y los internacionales.

*“The establishment of International criminal courts and tribunals has posed the tricky problem of how to coordinate their action with that of national courts: whenever both classes of courts are empowered to pronounce on the same crimes, which should take precedence, and under what conditions? Obviously, the problem does not arise in the area where those courts do not have concurrent jurisdictions; that is, with regard to crimes that fall under the exclusive jurisdiction of national courts ( for example, piracy, large-scale drug trafficking, slave trade, serious instances of international terrorism falling short of crimes against humanity, war crimes, or terrorism as a discrete crime, etc. The problem only arises when one or more state may assert their criminal jurisdiction over a specific crime on the basis of one the accepted heads of jurisdiction: territoriality, active personality or nationality, passive personality, or universality, and at the same time an international tribunal is empowered to adjudicate the same crime by virtue of its Statute.”<sup>3</sup>*

Hoy en día la mayoría de los Estados están en una etapa de definición, de búsqueda de una forma de coordinar la relación entre derecho internacional y nacional, de regularlo y de decidir situaciones tan importantes como la autoejecutabilidad, la jerarquía de los tratados y su constitucionalización entre otros.

La doctrina no ha Estado exenta de esta polémica y por un lado hay quienes ven una necesidad y garantía en que se establezca la superioridad del derecho internacional, lo

---

<sup>3</sup> Cassese, A: “International Criminal Law”, en *International versus National jurisdiction*, Oxford University Press (2008), pp. 336.

que queda demostrado en la cita de Mónica Pinto, que transcribo a continuación:

“Los objetivos institucionales de la cooperación internacional consistirán en el logro del respeto universal y de la efectividad de los Derechos Humanos. La promoción del respeto universal no sólo supone respeto en todos los Estados miembros sino incluso en los que no lo son, es decir, que se trata de universalizar más allá de los límites de la Organización cuya vocación es también universal. Un peculiar juego normativo permitirá afirmar que en estricto derecho quienes están en la Organización deben comportarse de modo tal de lograr que su conducta genere norma válida y exigible también para los que están fuera de ella.”<sup>4</sup> (énfasis agregado)

Pero también, existen voces más inquietas, que plantean dudas respecto de la importancia que va adquiriendo el derecho internacional, el que avanza a pasos agigantados y se hace necesario para los Estados nacionales formar parte de él, pues ya no sólo se trata de Derechos Humanos, sino de negociaciones internacionales, tratados económicos, acuerdos de cooperación entre tantos otros. Las preguntas que surgen, son muchas. Mattias Kumm expone sólo algunas de ellas:

*“This makes it possible to refocus the discussion of legitimacy of International law by asking the following questions: To what extent should citizens regard themselves as morally constrained by International law in the collective exercise of constitutional government? Are they morally obligated to always comply with international law? Should their domestic institutions with a view to ensuring that international law is enforced, even when domestic majorities disagree with the policies it implements? Or are citizen morally free to democratically reject and disobey international law as a legitimate exercise of constitutional self-government, if they are strong enough and willing to “face the music” internationally?”*<sup>5</sup>

Es por esto que se ha sostenido que el derecho internacional sufre de un déficit democrático, no simplemente por ser ajeno a los ciudadanos, sino porque en muchas ocasiones, se ve vulnerado el consentimiento de los Estados mediante teorías como la autoejecutabilidad o la fuerza supra legal de los tratados, y así lo han señalado varios

---

<sup>4</sup> Pinto, M: “Las instituciones Supralegales y El rule of law”, ponencia expuesta en SELA 2000, disponible en <http://islandia.law.yale.edu>, pp. V-111.

<sup>5</sup> Kumm, M: “The legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, en *EJIL* (2004), Vol.15 N° 5, pp 909.

autores, entre ellos Paul Kahn, quien señala que:

“el derecho internacional sufre de un incurable déficit “democrático”. Tal y como los han aprendido los europeos, este déficit no se sobrepasa al apuntar al consentimiento del estado como el funcionamiento del derecho transnacional. No hay relación necesaria entre el consentimiento funcional en el derecho internacional y el proceso político democrático nacional. Los gobiernos, satisfagan o no un estándar de legitimidad democrática, tienen el poder de otorgar o negar el consentimiento bajo el derecho internacional. El argumento a favor del consentimiento del estado es interno al sistema de relaciones estado a estado; no es un argumento a favor de la legitimidad democrática.”<sup>6</sup>

La situación no deja de ser complicada, pues no se trata de una discusión abstracta, el conflicto se presenta en diversos escenarios, pero sin duda, en el ámbito en que se suscita mayor conflicto es frente a los derechos humanos. Uno de los fines prioritarios del derecho internacional se ha vuelto la promoción y defensa de los derechos humanos, los que han pasado a ocupar un lugar central y primordial. Y es, a través de ellos, que el derecho internacional logra ingresar con mayor facilidad a los ordenamientos internos. Con posterioridad a décadas de regímenes totalitarios, que se construyeron en base a asesinatos masivos y desapariciones forzadas en Latinoamérica, se ha forjado un respeto o conciencia por los derechos humanos, nadie se cuestionaría su intromisión en el derecho nacional, ni siquiera los partícipes de atrocidades como violaciones masivas a los derechos humanos, que hoy muchas veces se hacen llamar demócratas.

Los derechos humanos se han definido tan ampliamente que frente a dicho concepto hoy nos enfrentamos a un cajón de sastre que nos permite incluir en dicha categoría un sin fin de casos. Tal como se ha sostenido, es necesario aplicar cierta discrecionalidad a la hora de decidir si nos encontramos frente a derechos humanos. En igual sentido se expresa John Tasioulas:

“[p]ara evitar que los Derechos Humanos sean víctima de su propia popularidad, se requiere de una forma, organizada conforme a principios, para distinguir a los derechos verdaderos de la supuesta avalancha de derechos

---

<sup>6</sup> Kahn, *op.cit* en 2, pp V-64

falsos. No es adecuado responder a dicha situación apelando “a los Derechos Humanos” proclamados en tratados y declaraciones internacionales”<sup>7</sup>

Sin embargo, pareciera correcto afirmar que los derechos humanos son un buen camino para que el derecho internacional logre impulsar su ingreso su en el ámbito nacional. Pero existe detrás del derecho internacional una decisión política, de la cual están excluidos los ciudadanos y muchas veces los Estados. Los organismos internacionales ejercen presión tanto sobre los gobiernos por las obligaciones que han adquirido al suscribir tratados o al ser parte del sistema interamericano o internacional, como sobre los órganos jurisdiccionales para que adopten decisiones de conformidad a la legislación internacional.

El caso chileno, no escapa de esta discusión, hay autores que con la mejor voluntad y en acérrima defensa de los derechos humanos, plantean una superioridad de los tratados de Derechos Humanos sobre el orden nacional, sin mayor cuestionamiento. Un ejemplo de la actual postura sostenida es la interpretación que Humberto Nogueira hace del artículo 5 de la Constitución chilena:

“El concepto de derechos implícitos nos permiten considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de Derechos Humanos pleno tiene carencias normativas e implícitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático chileno y americano así lo reconoce.”<sup>8</sup>

Esta norma simplemente busca adecuar la norma a la contingencia, ampliarla a tal extremo que no requiere siquiera de una norma internacional convencional. Los criterios que nos permitirían descubrir la pertenencia al sistema son conceptos vacíos,

---

<sup>7</sup> Tasioulas, J: “La realidad moral de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos* N° 4, (2008), pp1.

<sup>8</sup> Nogueira H: “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y

tales como “valores”, “criterios políticos o morales” y como los valores cambian con la sociedad, con la idiosincrasia, con el tiempo, con los grupos etéreos y económicos, la norma podrá tener diversas interpretaciones. Sería en términos de Hart una norma con textura abierta pero que poseería una gran zona marginal que carecería de certeza, dejando gran espacio a la discrecionalidad.<sup>9</sup>

Es quizás un poco excesivo sostener que se puede prescindir de una norma de reconocimiento. Aún hoy se discute cual es el criterio que otorga validez a un sistema jurídico y obligatoriedad de las normas, sin embargo es clara la necesidad de que exista un elemento constitutivo. Hart al referirse a las normas de reconocimiento las entiende como un hecho que determina la pertenencia de una norma a un sistema particular, esto implica, que sin una norma de reconocimiento es imposible hablar de la validez de una norma en un determinado sistema jurídico. Pero aún cuando hablásemos en términos de Kelsen<sup>10</sup>, resulta necesaria que exista la obligación jurídica de obediencia a las normas. Una interpretación como la antes citada promueve, conflictos de normas entre aquellas de carácter nacional e internacional. En nuestro país un ejemplo claro de ello es el D L 2191.

## **b.2. Caso chileno. El Decreto Ley amnistía 2191 de 1978, un ejemplo de conflicto entre normas nacionales e internacionales**

### **b.2.1. Las amnistías en general- *grosso modo***

La amnistía es un concepto discutido en dogmática penal, sin embargo se coincide al señalar que es una institución excepcional. Para Jiménez de Asúa la amnistía es el olvido, la declaración hecha por el poder público, de que las leyes destinadas a hacer constar que el crimen se cometió, quienes son las personas responsable, cuál es la

---

jurisprudencia”, en *Ius et Praxis* (2003), vol.9, n.1, pp. 411.

<sup>9</sup> En todo Hart, H.L.A: *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998)

<sup>10</sup> En todo, Kelsen, H: *Teoría Pura del Derecho: Introducción a la Ciencia del Derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 1971, décima edición)

pena, así como si ésta se hubiese declarado, queden temporalmente derogadas y sin observancia pues es la derogación parcial y transitoria de las leyes, respecto a determinados delitos.<sup>11</sup>

Según Eduardo Novoa<sup>12</sup>, la amnistía surge como una herramienta para resolver conflictos en casos de transformaciones sociales profundas, situaciones revolucionarias para las cuales las leyes normales eran insuficientes.

Para Mario Garrido Montt la amnistía es el perdón objetivo y general, de conformidad a ella se extingue la pena y todos sus efectos.

“El delito se cometió y es una realidad; distintas son sus consecuencias jurídicas, que sí pueden ser suprimidas: la amnistía pone término a la responsabilidad antes que se inicie el proceso y después de cumplida la pena y, por lo tanto, el beneficiado queda liberado de todos los efectos penales del delito en que participó o por el cual se le condenó”<sup>13</sup>

La doctrina distingue entre amnistía e indulto. La amnistía se establece mediante una ley especialmente creada al efecto, que otorga la facultad al poder judicial de aplicarla cuando se cumplen determinados supuestos contenidos en ella. La amnistía se trata de una ley que establece que ciertos hechos cometidos en un espacio de tiempo limitado, podrán ser amnistiados por el tribunal que esta conociendo de los hechos, si, a criterio de dicho tribunal estos pueden ser subsumidos en los requisitos establecidos en la ley. En cambio el indulto es el perdón otorgado por determinada autoridad, en el caso chileno por el poder ejecutivo o legislativo, de manera posterior al procedimiento judicial, que recae sobre los sujetos que cometieron el ilícito, se trata del ejercicio de una

---

<sup>11</sup> En todo, Jiménez de Asúa, L: *Tratado de Derecho Pena*” Buenos Aires: Editorial Losada, 1951), Tomo III, pp. 830.

<sup>12</sup> En todo Novoa, E: *Derecho Penal chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1966), Libro I, tomo II, pp 439 y ss.

<sup>13</sup> Garrido Montt, M: *Derecho Penal, parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997) tomo I, pp. 364.

facultad en la que al órgano jurisdiccional no le corresponde participación alguna.<sup>14</sup>

Una de las maneras de entender las amnistías es comprendida dentro de las “condiciones de punibilidad”, entendiéndose por ellas, los requisitos necesarios para que, cumpliendo el hecho con el tipo penal y existiendo culpabilidad por parte del sujeto, no se aplique la pena determinada en el texto legal. Dentro de las condiciones de punibilidad encontramos a las excusas absolutorias, que son aquellas condiciones que sin eliminar el delito ni la culpabilidad impiden que el hecho sea penado, así lo señala Sergio Politoff:

“[...] las llamadas excusas absolutorias son causales para prescindir de la pena, aunque el delito esté íntegro en sus ingredientes de tipicidad, injusto y culpabilidad, si está presente una determinada característica personal del actor (la que, por supuesto, sólo favorece a éste y no a los demás partícipes).”<sup>15</sup>

También puede entenderse la amnistía como un acto de gobierno, entendiéndose por tal un acto del poder legislativo que por consideraciones políticas y sociales elimina la sanción de determinados ilícitos.

Las amnistías pueden ser propias o impropias. La propia es aquella que opera dentro de un procedimiento judicial pero antes de que se pronuncie la sentencia judicial, la impropia por su parte, actúa una vez dictada la sentencia. La distinción no es menor si entendemos que en el primer caso estamos frente a una derogación parcial de la ley

---

<sup>14</sup> Ibid 362 y ss. Garrido Montt señala que, la amnistía y el indulto son una forma de perdón para el responsable del delito, ambos provienen del derecho de gracia, es decir, tienen un origen en común. Por una parte la amnistía se puede conceder antes, durante o con posterioridad al procedimiento judicial, el efecto de la amnistía es que los beneficiarios quedan liberados de todos los efectos penales del delito, como por ejemplo de la reincidencia. La amnistía se concede por ley con el objetivo de ser un perdón objetivo y general, se sostiene que la amnistía considera hechos y no a personas. El indulto, está consagrado en el artículo 93 n° 4 del Código Penal, y puede decretarse de dos formas, ya sea mediante una ley quórum especial o de un decreto supremo, en el primer caso de habla de un indulto general y en el segundo de un indulto particular, ambos operan hacia futuro, es decir una vez que se ha efectuado el procedimiento judicial. Ambos indultos tienen el efecto de dejar subsistente la calidad de condenado en el beneficiario de él

<sup>15</sup> Politoff, S: *Derecho Penal* (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1997) TomoI, pp 671.



frente a determinados casos y en cambio en la impropia se extingue la pena principal y las accesorias.

### b.2.2. El Decreto Ley en Chile

El 11 de septiembre del año 1973 el Estado de Chile sufrió el derrocamiento del gobierno de Salvador Allende Gossens mediante un golpe de Estado comandado por el general de las Fuerzas Armadas Augusto Pinochet Ugarte, quien desde esa fecha hasta el año 1990 gobernaría el país bajo un gobierno autoritario que se caracterizó por sistemáticas y masivas violaciones a los derechos humanos durante todo el período, especialmente durante los primeros años.

El 19 de abril del año 1978 se promulgó el Decreto Ley de amnistía.<sup>16</sup> Según el prólogo

---

<sup>16</sup> **Vistos:** lo dispuesto en los decretos leyes N° 1 y 128, de 1973, y 527, de 1974, y Considerando: 1°- 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; 2°- El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a 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; 3°- La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile. La Junta de Gobierno ha acordado dictar el siguiente Decreto Ley: **Artículo 1°.-** Concédase amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas. **Artículo 2°.-** Amnistiase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente Decreto Ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. **Artículo 3°.-** No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1°, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las casas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el Decreto Ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones;

de dicho decreto el objetivo de su dictación era fomentar la unidad nacional, “dejar atrás las odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos”

Entre dichas iniciativas estaba conceder la “amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas<sup>17</sup> y “Amnistíese, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente Decreto Ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973”

El Decreto Ley contiene un tipo amplio al señalar “a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos”. No se especifican qué tipos de delitos son los que se amnistían, y por el contrario en su artículo 3 y 4 se excluye a determinados delitos de la amnistía, tales como falsificaciones o abusos sexuales entre otros.

---

cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario.**Artículo 4°.-** Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1°, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc.**Artículo 5°.-** Las personas favorecidas por el presente Decreto Ley, que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 81, de 1973, para reingresar al país. Regístrese en la Contraloría General de la República, publíquese en el Diario Oficial e insértese en la Recopilación Oficial de dicha Contraloría.- AUGUSTO PINOCHET UGARTE, General de Ejército, Presidente de la República.- JOSE T. MERINO CASTRO, Almirante, Comandante en Jefe de la Armada.- GUSTAVO LEIGH GUZMAN, General del Aire, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea.- CESAR MENDOZA DURAN, General, Director General de Carabineros.- Sergio Fernández Fernández, Ministro del Interior.- Mónica Madariaga Gutiérrez, Ministro de Justicia.Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda a Ud.- Enrique Montero Marx, Subsecretario del Interior.

<sup>17</sup> Artículo 1° de DL 2191

Del estudio de la norma en cuestión y de la referencia al contexto histórico se sostiene que el DL 2191, está establecido a favor de los militares que participaron de violaciones a los derechos humanos, es una norma selectiva, que no presenta las características de generalidad e imparcialidad.

Pese a que la amnistía comprende a delitos comunes y delitos contra los derechos humanos, respecto de los primeros no se suscitan mayores inconvenientes. Es respecto de los casos de violaciones a los derechos humanos donde surge el conflicto.

A la dictación del Decreto Ley de amnistía se encontraban vigentes en nuestro país una serie de tratados internacionales, entre ellos los Convenios de Ginebra<sup>18</sup>. Se ha sostenido que existe un conflicto normativo entre las normas de derecho internacional y el derecho local a aplicar. Hay quienes plantean que el DL 2191 no sería aplicable por la superioridad normativa de los tratados internacionales, existen otros que otorgan mayor validez al derecho local.

El DL 2191 es sólo un ejemplo del problema que suscita la interacción entre estos dos sistemas jurídicos, nacional e internacional. El caso chileno no es un caso aislado. El derecho internacional se ha pronunciado respecto de las leyes de amnistía y de su aplicación en los ordenamientos locales de diversos países que viven situaciones similares.

En los capítulos siguientes abordaré la tarea de investigar si existe una prohibición absoluta de aplicaciones de leyes de amnistía en el derecho nacional, para luego

---

<sup>18</sup> Los Convenios de Ginebra, o indistintamente, Los Convenios, Son un conjunto de tratados internacionales que tienen como objetivo regular la manera en que se pueden librar los conflictos armados y limitar los efectos nocivos que estos producen. Trata con especial interés a aquellos que no son partes de los conflictos bélicos, esto es civiles y heridos. En resumen, tiene como objeto el **Derecho Humanitario Internacional**. Están formados por cuatro tratados y tres protocolos adicionales.

realizar un estudio jurisprudencial en particular del Decreto Ley de amnistía del caso chileno, siempre bajo el supuesto de que este es uno de los tanto conflictos que presenta la relación entre derecho internacional y nacional.

## **CAPÍTULO II. Marco Normativo. ¿Existe una norma de derecho internacional que prohíba la aplicación de leyes de amnistía en el derecho nacional?**

### **a. Tratados internacionales relacionados**

Existen diversas convenciones en las cuales se ha reconocido gran diversidad de derechos humanos, desde los más obvios, como la vida, hasta otros más innovadores como la libertad de enseñanza, trabajo, etc.

El sistema se funda en compromisos adquiridos entre los Estados partes de respetar los derechos manifestados en las respectivas convenciones. Pese a parecer bastante sencillo, este sistema ha logrado adquirir algo de complejidad ante la inmensidad de tratados suscritos anualmente y frente al poder expansivo que ostentan los distintos organismos internacionales que tienen como función resguardar que los tratados sean cumplidos por todos los Estados partes.

Pues bien, no todos los tratados imponen los mismos niveles de obligaciones ya que los tratados están contruidos mediante normas, las cuales imponen distintos tipos de deberes según la estructura que posean en atención al fin que desean. Ya lo señalaba Hart, quien distingue entre normas primarias y secundarias. Las primeras imponen obligaciones y las segundas confieren potestades, un ejemplo claro de norma secundaria sería aquella que confiere facultades a una Corte Internacional para decidir sobre los casos sometidos a su consideración. Hart mediante está distinción da cuenta de que las normas no tienen sólo una forma de expresión ni una sola función atribuible.

De acuerdo a lo anterior podemos encontrar normas de reconocimiento, de cambio, de adjudicación, y no sólo normas como mandatos de conducta.

Si bien las normas como mandatos de conducta tienen la característica de obligar a realizar o no realizar determinado actos, existen a su vez distinciones entre las obligaciones que imponen y los diferentes niveles de exigencias que imponen.

En relación al derecho internacional se observa que los tratados imponen distintas obligaciones a los Estados, en algunos casos se obligan a reconocer, y en otros a garantizar y sancionar la vulneración al derecho resguardado. Como no son menores los efectos que dicha distinción puede producir, resulta necesario un pequeño recuento respecto de las obligaciones que imponen los tratados suscritos por Chile y que dicen relación con la materia tratada en esta tesis.

a.1. Respecto de los tratados que tienen como función configurar un marco de garante de derechos humanos. Principios rectores

Podemos encontrar en primer lugar, tratados que recomiendan el establecimiento de normas de comportamiento o tratados que establecen normas con una función configurativa. Este último es el caso de la Carta de Naciones Unidas de 1945, la cual contiene entre sus normas diversas disposiciones tendientes a la protección o defensa de los Derechos Humanos.

La Carta de la ONU<sup>19</sup> surge en la post- guerra y tal como lo señala la primera frase de su preámbulo, tiene como objetivo “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”.

Los artículos 55 y 56 de la Carta de la ONU, han sido pilares fundamentales en la construcción del sistema internacional de derechos humanos.<sup>20</sup>Mediante los citados

---

<sup>19</sup> Ratificada por Chile el 24 de octubre de 1945.

<sup>20</sup> Art 55: Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. La solución de

artículos, a fin de defender y garantizar la igualdad de los pueblos y para lograr el respeto y cooperación internacional, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y la Comisión de Derechos Humanos, reciben quejas, elaboran y solicitan informes, tienen facultades para hacer recomendaciones u observaciones sobre la situación entre los países y en el interior de los mismos, e incluso ordenar investigaciones.

El espíritu de la Carta de la ONU no era otro que lograr la cooperación internacional y la paz en el mundo post guerra devastado por los horrores nazis. Es claro al leer los propósitos de dicho acuerdo<sup>21</sup> que no se trataba de la creación de un sistema Supra legal con facultes de intervenir en el derecho interno de los Estados partes. Sin embargo, la Carta de la ONU, ha pasado de ser una declaración de principios inspiradores a la columna vertebral de un sistema que cada día adquiere más terreno y que tiene pretensiones de lograr la construcción de un sistema supranacional que posea facultades al interior de los Estados.

Desde 1945, se han suscrito una serie de tratados que han construido una plataforma

---

problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional l en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades. Art 56: 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.

<sup>21</sup> 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2.-Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3.-Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos

22

para el fortalecimiento y garantía de los derechos humanos. Este interés por los derechos humanos ha impulsado a que los Estados también tomen medidas en el derecho local, creando leyes o modificando las constituciones a fin de resguardar el respeto por éstos.

“El derecho internacional de los Derechos Humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los Derechos Humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los Derechos Humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los Derechos Humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los Derechos Humanos básicos”.<sup>22</sup>

El texto antes citado, fue extraído de la página de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del cual puede apreciarse por una parte los ánimos de difusión, expansión y promoción que caracterizan a la función de la ONU hoy en día y por otra parte es posible observar como el derecho internacional ha evolucionado desde fomentar un respeto por los derechos humanos, es decir de la obligación de resguardar que los derechos humanos no sean vulnerados, al deber de realizar acciones efectivas que garanticen el goce de dichos derechos.

En 1948 la Asamblea General de la ONU establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, que busca proclamar y dar a conocer los derechos humanos en el mundo con la idea de que los países miembros se encarguen de la difusión de ellos para lograr de esa manera, el objetivo de socializar el concepto de Derechos Humanos. De la mano de la Carta de la ONU está El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entro en vigor el año 1976, mediante el cual los Estados partes se comprometen, de acuerdo a lo señalado en el preámbulo de dicho pacto a :

“promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la

---

comunes.

<sup>22</sup> Disponible en <http://www.ohchr.org>, (En sección sus derechos, derecho internacional, tercer párrafo o <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>, visitado el 28 de febrero de 2010)

consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”<sup>23</sup>. Se reconocen la libre determinación de los pueblos, el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal y a la interposición de un recurso judicial, entre otros. Los Estados reconocen y se comprometen a avanzar en el reconocimiento y establecimiento de los derechos establecidos en el pacto.

Existe un Comité encargado de revisar las reclamaciones entre Estados e Individuales, relativas a las violaciones de derechos humanos, sin embargo su competencia es facultativa y tiene como función principal fomentar soluciones pacíficas entre las partes. Pareciera ser que el carácter no obligatorio y más bien promotor de los derechos establecidos en estas convenciones queda en evidencia, como se demuestra a continuación en el siguiente párrafo:

“Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión al Pacto y luego siempre que el Comité lo solicite (por lo general cada cuatro años). El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales”<sup>24</sup>

Conjuntamente existe la Carta de la Organización de Estados Americanos ratificada por Chile el 5 de mayo de 1953, que es la que otorga forma al sistema Interamericano de Derechos Humanos. La carta señala en su artículo 1 los objetivos que persigue:

“Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional”<sup>25</sup>

Esta carta al igual que la de la ONU, es un conjunto de principios que buscan dar un margen al sistema de protección de derechos humanos. Estamos frente a principios que instan a las partes a obrar conforme a la declaración. Por lo anterior no parece ser correcto atribuir mayores intenciones que aquellas que expresamente se establecen en el cuerpo del tratado, ni extender el sentido y alcance del texto legal para obligar a los Estados a actuar extralimitando la voluntad que ellos claramente han manifestado,

---

<sup>23</sup> Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>24</sup> Disponible en <http://www.ohchr.org>, (En sección órganos de derechos humanos, luego Comité de Derechos Humanos, segundo párrafo, visitado el 14.02.2010)

<sup>25</sup> Artículo primero de la Carta de Estados Americanos.



mucho menos para permitir a la OEA interferir en los asuntos internos de los Estados partes. No se intenta restar valor ni validez a la carta de la ONU ni de la OEA, ni desmerecer el avance que mediante ellas se ha logrado, por el contrario se trata simplemente de reconocer a las normas en ellas contenidas la función de establecer una red derechos a garantizar por los Estados partes.

Con posterioridad se elabora la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Chile el año 1990<sup>26</sup>, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

Entre la nómina de derechos asegurados por la Convención esta la vida, la integridad personal y garantías judiciales entre otros. La Convención establece a la Corte y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>27</sup> como garantes de su cumplimiento. La Comisión tiene como finalidad la promoción de la democracia y el resguardo de los Derechos Humanos en la región. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano principal de la OEA, ha cumplido y sigue cumpliendo funciones esenciales respecto de la promoción, observancia y protección de los derechos humanos en el hemisferio, tanto en el mantenimiento de nuestras democracias y la

---

<sup>26</sup> Al formular las mencionadas declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución posterior al 11 de marzo de 1990. Además de la Convención Americana de DDHH se establece la Declaración Americana de Derechos y deberes del hombre. Este fue el primer acuerdo Internacional sobre DDHH incluso anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo no se puede hablar del valor vinculante de esta declaración ya que ni siquiera la OEA la menciona en su carta y hay quienes no lo consideran como tratado.

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Corte” o “Corte Interamericana” indistintamente. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Comisión” o “Comisión Interamericana” indistintamente.

protección de nuestros habitantes”<sup>28</sup>. En el caso de una violación a los derechos humanos la Comisión podrá lograr una solución amistosa, hacer recomendaciones o derivar a la Corte Interamericana en caso de que el Estado infractor haya aceptado la competencia.

La Corte Interamericana tiene como propósito aplicar e interpretar la Convención. Las facultades de la Corte son contenciosas y consultivas. Los estados miembros de la Organización de Estados Americanos deben reconocer la competencia de la Corte para someterse a asuntos bajo su conocimiento. Actualmente existen 21 países que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana.<sup>29</sup>

En su función contenciosa, la competencia de la Corte es facultativa y se ejerce en casos de violación a la Convención por uno de los Estados que haya aceptado su jurisdicción. Los Estados, de esta forma, se comprometen a cumplir la decisión de la Corte una vez que esta sea dictada. En su función consultiva se puede recurrir a ella para la interpretación de la Convención.

Todos los tratados antes mencionados tienen la función de configurar el sistema internacional e interamericano de derechos humanos y de crear una normativa mínima que los Estados partes deben respetar para estar dentro del sistema.

En estas convenciones se observa que se establecen principios; tales como, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad. El Estado al reconocer los derechos de la Convención no cumple íntegramente con la obligación impuesta. Este debe además intentar su fomento y garantía, en la medida de lo posible. La obligación de garantizar se traduce en un deber de hacer por parte del Estado, límite que restringe su actuar para que los derechos de los ciudadanos no resulten vulnerados. Hoy el concepto de protección se ha ampliado incluyendo la obligación estatal de realizar acciones y crear sistemas que protejan y promuevan los derechos

---

<sup>28</sup> Insulza, J.M: “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: presente y futuro”, en *Anuario de Derechos Humanos* (2006), pp.120.

<sup>29</sup> Los 21 países son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

humanos. Ya no es un límite al poder estatal sino una obligación del Estado el evitar que los derechos humanos de los ciudadanos sean violentados por otros ciudadanos, por organizaciones y por el mismo Estado.

No son pocos los que sostienen que mediante estos tratados se configura un sistema internacional e interamericano de derechos humanos del cual se puede deducir una prohibición de aplicar leyes de amnistía. Argumentan que del deber de “respetar y asegurar” junto con “dar remedio efectivo” que establecen estos tratados, se deriva una obligación de sancionar.

“...de los tratados de Derechos Humanos, en los que se encuentren formulas en forma determinante previsiones sobre remedio efectivo, se puede derivar el deber de perseguir las violaciones graves de Derechos Humanos. Esta posición se ve reflejada en la opinión de la mayor parte de la doctrina.”<sup>30</sup>

Sin embargo me parece que dicha apreciación es excesiva, pues en este tipo de tratados encontramos principios que, recordando a Roberta Alexy, difieren de las reglas. Las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no cumplidas, es decir, frente a una regla válida se debe hacer exactamente lo que ella exige. Los principios son muy distintos de las reglas, pues son normas que ordenan que algo deba ser realizado, en la medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Los principios son lo que Alexy llama **mandatos de optimización**.

De acuerdo a lo anterior, si un Estado suscribe un tratado que reconoce el derecho a la vida, luego deberá reflexionar y decidir cuáles serán las medidas y normas a adoptar para proteger el derecho a la vida. Dentro de esas medidas, para la protección del derecho a la vida, podrá crear un plan de salud público, fomentar leyes que obliguen a los conductores a manejar por las autopistas a velocidades más bajas para evitar accidentes de automovilísticos con consecuencias fatales, doblar la señalización vial, crear planes de nutrición para personas de escasos recursos, entre muchas otras.

Dentro de esa labor de resguardo del derecho, el Estado, a través del poder legislativo deberá preguntarse si es necesario o no tipificar el delito de homicidio, luego ver si el ilícito reviste tal importancia como para que la sanción sea la restricción de la libertad. Se trata de un trabajo de ponderación, que en el caso del derecho a la vida por la

---

<sup>30</sup> Ambos, k (con colaboración de Mónica Karayán): *Impunidad y Derecho Penal Internacional* (Buenos Aires :editorial Ad Hoc, segunda Edición actualizada, 1999), pp. 74.

importancia que reviste con seguridad terminará con una norma que prohíba matar y que vaya aparejada de una sanción restrictiva de la libertad.

De conformidad a lo anterior, si un Estado suscribe un tratado que le obliga a resguardar el derecho a la vida no es posible señalar que de forma instantánea se deduzca una prohibición de matar, mucho menos que el homicidio deba ser penado. Sin perjuicio de lo anterior, la gran mayoría de los países de cultura occidental está de acuerdo a que el derecho a la vida reviste tal importancia que el asesinato y el homicidio deben estar prohibidos y penados.

Pues bien, si no se deduce inmediatamente del derecho a la vida la prohibición de matar, ni la necesidad de sancionar el homicidio, mucho menos se puede deducir una prohibición de aplicar leyes de amnistía que condonen violaciones contra la vida y a la libertad. Las leyes de amnistía históricamente han surgido como la solución a una situación coyuntural y tienen muchas veces- por cierto, no todas las veces- como fundamentos principios como la unidad nacional, la reconstrucción y la paz social. Es decir, las leyes de amnistías, no actúan negando el principio, que garantiza el derecho a la vida, sino que actúan disminuyendo su resguardo, en un momento y una situación particular.

No existe una colisión de reglas, se trata de una colisión de principios, los que al ser mandatos de optimización, según el concepto de Alexy, no tienen relaciones absolutas entre ellos, no son cuantificables. Frente a un conflicto normativo, a diferencia de los conflictos de reglas en las cuales unas a otras se pueden invalidar o se puede establecer relaciones de jerarquía, en los conflictos de principios se debe ponderar, otorgando más importancia a uno u otro según la situación. El autor, tantas veces ya citado, habla de la ley de ponderación sosteniendo que la medida de afectación de uno de los principios dependerá del grado de importancia de la afectación del otro.

Retomando el tema, respecto de si es posible sostener que al suscribir los tratados mencionados en este acápite, los Estados suscriptores quedan afectos a una prohibición de aplicar leyes de amnistía en el derecho nacional, me parece que no es posible. Los organismos internacionales no pueden fundamentar una prohibición, ni argumentar un incumplimiento mediante la suscripción de estos tratados, que contienen en su gran mayoría principios. Lo que pueden hacer los organismo internacionales es señalar a los Estados suscriptores que no han cumplido de la

“manera esperada” con el resguardo de determinado principio.

No está de más recordar la postura de la Organización de Estados Americanos, que mediante la Comisión Interamericana sostuvo durante algún tiempo una postura abierta a la aplicación de leyes de amnistía, para lograr la estabilidad y paz social. Un ejemplo de lo anterior se puede encontrar en el informe anual de 1985-1986 en el que se sostiene que la aplicación de leyes de amnistía es una cuestión que depende de cada Estado y que debe ser analizada por la comunidad interna de manera democrática. Este tema será abordado en mayor profundidad en el capítulo III.

a.2. Tratados que contienen reglas de comportamiento y sanciones como consecuencia a su inobservancia

Igualmente podemos encontrar tratados que imponen normas de comportamiento y obligaciones de sancionar su incumplimiento por parte del Estado, dentro de éstos esta la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que entró en vigencia para Chile en 1953. Esta convención obliga a los Estados a establecer el delito de genocidio en su legislación interna y a penalizar su Comisión.

“Las partes contratantes confirman que el genocidio ya sea cometido en tiempos de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar”<sup>31</sup>

Por otra parte, la Convención Contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, que rige en Chile desde 1980, y establece que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar el delito de tortura. Se entrega una definición de tortura junto con la obligación de penalizar la realización de éste delito.

Está también la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Vigente en Chile desde 1998, en la cual se establece la obligación de los Estados de prevenir y sancionar la tortura, se determina quienes serán los responsables, tipifica lo la tortura y detalla específicamente que tipos de excusas no se admitirán para justificar las violaciones a los derechos humanos. Establece, además la obligación para los Estados parte de modificar el derecho interno para que los actos de tortura y otros tratos inhumanos, o degradantes formen parte del derecho penal y que se contemplen sanciones para estos tipos penales. Adicionalmente se establece la compensación civil para este tipo de delitos.

---

<sup>31</sup> Artículo 1° Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

Por último está la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la que fue ratificada en el año 2010. Los objetivos de esta Convención son prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas. Los compromisos adquiridos por el Estado son no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición de personas. Además se compromete a sancionar el delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesaria para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.<sup>32</sup>

Estos tratados -en relación con esta materia específica- difieren de los tratados expuestos en el acápite 1.1 de este capítulo, o de los tratados de principios como los hemos caracterizado en este trabajo, pues se tratan de convenciones que obligan a los Estados a establecer reglas y no sólo principios. Es decir, los Estados no se comprometen a resguardar un bien jurídico, sino que se comprometen a incorporar reglas determinadas a su ordenamiento o a velar porque ciertos hechos, con características pre-determinadas en el tratado, no sean realizados dentro del Estado suscriptor. En estos casos el margen de apreciación es más restringido, las reglas,

---

<sup>32</sup> Quiero hacer referencia, por su importancia, al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado por nuestro país con fecha 29 de junio del año 2009, publicado el 1° de Agosto del 2009, que establece un tribunal internacional permanente, con competencia complementaria de los tribunales nacionales, para conocer de los crímenes de **genocidio, de lesa humanidad, de guerra y del crimen de agresión** (artículo 5). El estatuto señala en su artículo 11 que tendrá vigencia para futuro, es decir desde la entrada en vigor del Estatuto en el país respectivo. Además al ser aprobado el Estatuto Penal de la Corte en Chile, explícitamente se señaló que sólo regiría para hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile, es decir, no estaría facultado para sancionar crímenes con anterioridad a su entrada en vigor. No se incorpora al listado de tratados por tratarse del establecimiento de un tribunal permanente, más que de un tratado que incorpore principios o normas. Por cierto, que en él se establecen los conceptos de genocidio, de delitos lesa humanidad, de guerra y del crimen de agresión, obligando a los Estados parte a modificar su legislación interna. Respecto de este trabajo, la Corte Penal Internacional, podría incluirse en un capítulo que hablará respecto de la jurisprudencia, tal como se hace en el segundo capítulo de este trabajo, sin embargo al haber entrado en vigor- respecto de Chile- hace tan poco tiempo se dejará fuera en esta oportunidad. Sin embargo, debo destacar que resultaría interesante analizar la jurisprudencia de este organismo- en un tiempo más- en relación con Chile, por cuanto, se establece su vigencia para futuro, pero además el Congreso señaló explícitamente, en la ley 20.352, que Chile reafirma su facultad para ejercer su jurisdicción penal **de manera preferente** a la Corte Penal Internacional, la que tendrá el carácter de subsidiaria de la competencia nacional. Habría que observar si lo anterior es respetado por los organismos internacionales y por la jurisprudencia nacional en el futuro.

como señalamos según Alexy, exigen que se realice exactamente lo que ellas exigen. Las reglas, además, están determinadas en el ámbito de lo fáctico como en lo jurídico, frente a ellas no existe la ponderación, se cumplen o no se cumplen.

De esta forma los tratados antes mencionados, imponen la obligación a los Estados suscriptores de modificar el derecho interno respecto del hecho o delito específico determinado en el tratado. En efecto, al suscribir Chile un tratado, como el de desaparición forzada de personas, se obliga a modificar la legislación interna respecto de ese delito, incorporándolo a la normativa local. En este caso el compromiso internacional es más concreto y deja menos participación al órgano legislativo local que cuando se trata de principios.

Algunos tratados son mucho más exigentes que otros al momento de requerir al Estado la modificación de la legislación nacional. En relación a esto Bascuñan Rodríguez distingue entre los distintos deberes que comprenden deberes de incriminación, deberes moderados de tipificación y deberes extremos de tipificación. En un sentido ascendiente, primero se exigiría simplemente un deber de regulación, los deberes de incriminación sin más que una congruencia en el núcleo del delito, luego se exige una correlación entre los texto legales internacional y nacional, una denominación común del delito, por ultimo el deber extremo de tipificación que consistiría en transcribir la norma internacional al derecho interno tal y como lo dispone el tratado.<sup>33</sup>

Asi que, ya sea de manera más estricta o más lata, estos tratados imponen al estado la obligación de modificar la legislación interna respecto del derecho contenido en él. Algunos incluso obligan expresamente a tipificar en el derecho interno ciertos tipos penales. De lo anterior podríamos deducir que estos tratados no son autoejecutables, pues sería contradictorio sostener lo anterior y luego reconocer que los tratados, exigen a los Estados parte que modifiquen el derecho interno para poder ser plenamente aplicables.

Por otra parte es necesario que el Estado ratifique el tratado e incorpore expresamente el tipo penal en la legislación interna, cumpliendo de esta manera con el tratado, pero más importante aún, cumpliendo con un principio importantísimo en cualquier ordenamiento penal, esto es, satisfacer el principio de legalidad, que exige que para poder penalizar ciertos hechos estos deben estar tipificados y sancionados en la ley interna. Esto se justifica, por cuanto es necesario restringir la fuerza que puede ejercer el poder punitivo sobre los individuos, delimitando su actuar. No es posible permitir que arbitrariamente se sancionen hechos que en el derecho nacional no constituyen delitos o crímenes.

---

<sup>33</sup> En todo, Bascuñan, A: “Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*. no.9 (2007), pp. 47-74.



Pues bien, salvo la obligación de modificar la legislación interna o penalizar, en estos tratados, no existe otra obligación. Así, es posible concluir que de estos tratados no se puede inferir una prohibición absoluta de aplicación de leyes de amnistía en el derecho nacional. La obligación se refiere a tipificar nada dice respecto de la prohibición de aplicar alguna causal de exoneración de responsabilidad.

Puede ocurrir, que un Estado se comprometa a legislar de acuerdo al contenido del tratado internacional, y luego se ve enfrentado a una norma interna que entra en conflicto con la futura normativa, pues en ese caso, deberá optar por legislar u dar primacia a la normativa local pudiendo incumplir en responsabilidad internacional al no modificar la legislación nacional.

Ahora bien, si el Estado suscriptor tipificó una conducta y no reparó en la validez de las normas que se contradicen en contenido, o considera que ambas son validas, será el juez el que se encuentre frente a dos normas contradictorias aplicables al caso. En este caso estaríamos en presencia de un **conflicto de aplicabilidad** y no de validez. Lo correcto, en esta situación, es resolver el conflicto normativo utilizando criterios de interpretación jurídica, tales como, criterios de temporalidad, especialidad o jerarquía. Sin embargo, lo que no puede ocurrir en relación con este tipo de tratados, es que un tribunal aplique una norma que no ha sido incorporada a la legislación nacional, es decir que no se puede entender que el contenido de los tratados es ley vigente por la sola ratificación, porque, como se ha explicado, los Estados se han comprometido, específicamente, a legislar al respecto.

Otro punto es que en muchos países al momento de aprobar este tipo de tratados( que obligan a modificar la legislación interna), ya se habían decretadas leyes de amnistía, las que habitualmente son temporales, comprendiendo un período específico de tiempo y los tratados por regla general no son retroactivos más aún cuando se trata de leyes penales, en atención al principio de aplicación de la ley penal más favorable. Es decir se suscriben tratados que regirán para futuro.

Se observa que en el caso chileno, en el año 1953 Chile suscribió la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, sin embargo no fue sino hasta el año 2009 mediante la ley 20.357 que se tipificó este delito junto a los delitos de lesa humanidad. En el intermedio, en el año 1978 se decretó el DL 2191 que en rigor no contradecía ningún tipo penal pues era una excepción normativa que revestía el carácter de especialidad. Por cierto no estaba tipificado ni el genocidio, ni la desaparición forzada de personas en nuestra legislación.

Lo que está haciendo el legislativo hoy, es legislar para el futuro ya que el pasado queda entregado a los tribunales de justicia, quienes no siempre han entendido que se trata de un conflicto de aplicabilidad y no de validez, que no siempre recuerdan que los tratados internacionales relativos a crímenes contra la humanidad, de conformidad a su texto normativo, requieren de tipificación al interior del Estado. Hay que recordar, que en último término, el órgano encargado de velar por la inaplicabilidad de las normas es el Tribunal Constitucional.

A modo de conclusión, me parece importante destacar el rol que el derecho internacional ha adquirido, en la creación de una sólida plataforma que garantiza el resguardo de los derechos humanos. Chile forma parte de este sistema jurídico complejo y no ha escapado a la evolución que a través de los años ha sufrido el derecho internacional, esto ha significado que el rol del Estado ha dejado de ser pasivo y se ha convertido en un actor preponderante en la promoción, respeto y protección de los derechos humanos, debiendo asegurar a los ciudadanos no solo la garantía de no vulneración de los mismos sino que garantizando el goce efectivo de dichos derechos. Sin embargo, de la normativa analizada precedentemente no es posible encontrar ni deducir una prohibición de aplicación de leyes de amnistía en el derecho internacional.

#### b. Los Convenios de Ginebra

Por la importancia que revisten estos convenios en el tema a tratar, lo abordaré en un apartado especial.

Los convenios de Ginebra fueron suscritos por Chile el 12 de Agosto de 1949, y fueron publicados en el diario oficial los días **17, 18, 19 y 20 de abril de 1951**, siendo incorporados a la legislación chilena mediante el decreto supremo N° 752.

Los Convenios de Ginebra forman parte del derecho internacional humanitario. Entendiendo por derecho internacional humanitario un conjunto de principios y reglas destinados a ser aplicados en los conflictos armados, con el fin de humanizar las hostilidades y proteger a las víctimas de la guerra o según la definición de la Cruz Roja Internacional como un conjunto de normas que, en tiempo de guerra, protege a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo. Su principal objetivo es limitar y evitar el sufrimiento humano en tiempo de conflicto armado.<sup>34</sup>

Los Convenios son cuatro, además de tres Protocolos Adicionales del año 1977.

- I Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña;
- II Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar;
- III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y
- IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Los Convenios de Ginebra fueron ratificados por Chile el 12 de octubre de 1950, entrando en vigor, con su publicación en el diario oficial en abril de 1951.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la

---

<sup>34</sup> Información obtenida y disponible en <http://www.icrc.org>, (visitada el 21.01.2010)

protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)

- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). El protocolo I y II se publico en el diario oficial con fecha 28 de octubre de 1991, entrando en vigor desde esa fecha.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a al aprobación de un signo distintivo nacional (Protocolo III) de fecha 8 de diciembre del año 2005. Publicado en el diario oficial el 6 de enero de 2010.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I son aplicables a situaciones de conflicto armado internacional. El Protocolo Adicional II y el artículo 3 común a los cuatro Convenios son aplicables a los conflictos no internacionales.

Para los efectos de este trabajo son particularmente importantes dos puntos en relación a los convenios de Ginebra: (i) el artículo 3 común a los cuatro tratados, (ii) El artículo 6(5) del Protocolo II, pues se refiere al tema tratado en el numeral anterior de este capítulo, al contener una norma que se refiere a las amnistías. Los trataremos en este orden.

#### b.1. El artículo 3 común a las cuatro Convenciones.

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra( o artículo 3)es una disposición que se emplea en casos de conflicto no internacional y que obliga a las altas partes a tomar una serie de medidas en caso de conflicto armado. La norma surge por la preocupación de la CRI por procurar resguardos mínimos en casos de conflictos internos, siendo la intención de la norma garantizar derechos mínimos frente a situaciones internas de este tipo.

El origen del artículo tres, dice relación con la imposibilidad o las dificultades para actuar que enfrentada la CRI en casos de conflictos internos. Debido a lo anterior, este

organismo internacional fomentó la elaboración del artículo en cuestión.

De acuerdo al comentario del artículo 3 de los Convenios de Ginebra, que fue elaborado por el doctor en derecho **Jean S. Pictet**<sup>35</sup>(que relata el origen del artículo 3 común a los cuatro Convenios), el primer intento exitoso en este sentido, fue el logrado en IX Conferencia Internacional de la Cruz Roja de 1921.

En esta conferencia se logró obtener una resolución que reconocía el derecho de las víctimas de guerras civiles a ser socorridas de acuerdo a los principios generales de la ICR, también se explicitan los deberes de las Cruz Roja nacional y en subsidio de la CRI, sin embargo la resolución no tenía el valor de una convención.

La CRI continuó los esfuerzos en este sentido logrando en la XVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja de 1938, la siguiente resolución :

“Con el fin de obtener, en particular:

- a) la aplicación de los principios humanitarios que han hallado su expresión en los dos Convenios de Ginebra de 1929 y el X Convenio de La Haya de 1907, especialmente en lo que se refiere al trato debido a los heridos, enfermos y prisioneros de guerra, así como a la inmunidad del personal y del material sanitarios;
- b) un trato humano para todos los detenidos políticos, su canje y, dentro de lo posible, su liberación;
- c) el respeto de la vida y la libertad de los no combatientes;

---

<sup>35</sup> En todo, Pictet, J: “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, disponible en <http://www.icrc.org>.

d) facilidades para la transmisión de información de carácter personal y para la reunión de las familias;

e) medidas eficaces para la protección de los niños.”<sup>36</sup>

Luego de la obtención de esta resolución, la CRI se propuso seguir avanzando en su intento codificador. En la Conferencia Preliminar de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja del año 1946, se acordó recomendar que se introduzca en cada Convenio un artículo que dijera:

“En caso de conflicto armado en el interior de un Estado, todas las partes adversas aplicarán igualmente el Convenio, a menos que una de ellas declare explícitamente que rehúsa hacerlo”<sup>37</sup>

La CRI desde un comienzo temió que los Estados al conocer la iniciativa se mostrasen reacios a aceptarla. Por lo tanto la CRI convocó a un grupo de expertos gubernamentales para ayudar en la redacción del artículo. El trabajo de este grupo dio origen a un proyecto que condicionaba-en caso de guerra civil- a la parte contratante a aplicar los principios del Convenio, siempre que la parte adversa también accediese a ellos.

La CRI finalmente, con la colaboración de los expertos y sus intenciones de hacer primar principios básicos en caso de conflictos internos-luego de un extenso trabajo-propuso un texto definitivo del artículo, que obligaba a hacer aplicables todas las disposiciones de los Convenios y no permitía a los Estados eximirse de su aplicación. Un texto, bastante pretencioso, según mi parecer. Transcribo a continuación la proposición:

“En cualquier caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, en

---

<sup>36</sup> Ibid, (Citando la XVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Documento no 12)

<sup>37</sup> Ibid, (Citando la V. Rapport sur les travaux de la Conférence préliminaire, pp. 16 y ss. y p. 54)

particular en los casos de guerras civiles, conflictos coloniales o guerras de religión, que surjan en el territorio de una o varias de las Altas Partes Contratantes, todos los adversarios estarán obligados a aplicar las disposiciones del presente Convenio. En tales circunstancias, la aplicación del Convenio no dependerá en modo alguno del estatuto jurídico de las partes en conflicto ni tendrá efectos sobre ese estatuto”.

Este proyecto fue discutido en la conferencia de Estocolmo, sin perjuicio de lo cual no se llegó a un acuerdo para aplicarlo en las cuatro Convenciones, por lo que fue necesario seguir discutiendo respecto del proyecto, en la Conferencia Diplomática de 1949.

En la Conferencia de 1949 fue difícil llegar a acuerdo respecto de la inclusión y alcance del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Existían dos opiniones discordantes, además la gran mayoría de las delegaciones estaba en desacuerdo con la referencia a **guerra civil**.

Las críticas al proyecto de Estocolmo, recaían sobre las limitaciones que el artículo imponía al Estado, consistente en el ejercicio a su su derecho a reprimir ciertos actos en pos del orden interno. El proyecto, por ejemplo, resguardaba todas las formas de insurrección, incluso los simples delitos, dejando desprotegido al Estado frente a este tipo de actos. Es decir, un Estado que estaba sufriendo un desorden interno, aunque este fuese a causa de actos de simple bandidaje debía conferir a los insurgentes todas las garantías establecidas en los Convenios de Ginebra. Junto a lo anterior, se temía que los criminales comunes se disfrazaran de organizaciones para invocar los Convenios y escapar de un justo castigo, calificándose sus actos como actos de guerra. También podía ocurrir que un partido, aunque sea un grupo minoritario de personas, podría insitarse al desorden y luego invocara los Convenios de Ginebra. Finalmente se reflexionaba respecto del fin del conflicto o el retorno al orden. Una vez que se retornara a la normalidad, el gobierno podría estar obligado a liberar a los rebeldes, pues de conformidad a los Convenios de Ginebra estos serían asimilados a prisioneros de guerra.

Por el contrario, los que estaban a favor del Proyecto de Estocolmo justificaban la inclusión de artículo señalando que los insurrectos no tienen porque ser bandidos, muy por el contrario, aquellos que fueron considerados rebeldes en el pasado, lucharon por causas justas, por lo que era necesario atender a los actos para ver si estábamos en presencia de patriotas o bandidos. Para solucionar los temores que se presentaban se propuso establecer una cláusula de reciprocidad en los cuatro convenios, pues si los rebeldes actuaban de conformidad al derecho internacional, no podíamos estar en presencia de actos de bandidaje o terrorismo. Por último, aquellos que estaban a favor de la incorporación de la propuesta, opinaban, que esta no impedía en modo alguno al gobierno reprimir actos contrarios a la seguridad del Estado.

Para resolver la discusión se creó un comité, en el que, existían diversas opiniones, también. Había quienes querían eliminar la disposición completamente, otros querían incorporarla íntegramente y existían, además, seis rectificaciones orientadas a restringir la aplicación de los Convenios a los casos en que el conflicto interno presentara ciertas características de guerra.

Dentro de este trabajo, la solución se alcanzó con una propuesta de la delegación francesa- que a su vez la obtuvo de una propuesta italiana-que sostuvo que en todos los casos de conflicto no internacionales la aplicación del Convenio debía restringirse sólo a la aplicación de los principios. Se propuso el siguiente texto:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto aplicará las disposiciones del Preámbulo del Convenio para la protección de las personas civiles en tiempo de guerra”

Con posterioridad se encargó a otro grupo de trabajo que definiera que principios debían aplicarse junto a un conjunto de normas imperativas, guiadas por el preámbulo que la CRI había elaborado para los Convenios. De este trabajo salió un proyecto final.

Pese a todo el trámite anterior, fue difícil aprobar el proyecto final, pues la propuesta



original conservaba partidarios y la URSS propuso otro texto.

Para definir con cual de las tres propuestas se continuaba (propuesta original, propuesta de la comisión de trabajo, propuesta de la URSS) se sometieron a la comisión mixta, resultando elegida la segunda, esto es, la propuesta realizada por el grupo de trabajo.

Finalmente, el artículo 3 prescribe:

“En caso de conflicto armado que **no sea de índole internacional** y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante

acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”

Como se observa, el artículo 3 común a todos los tratados, es una declaración de principios rectores mínimos, que deben garantizar los Estados en este tipo de conflicto. Ante el limitado alcance de este artículo, surge la idea de crear un protocolo que sea complementario a dicho artículo, capaz de completar los vacíos que tenía la mencionada disposición. Para dichos efectos se aprobó en 1977 el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra que de conformidad a su artículo 1° viene a desarrollar y complementar el artículo 3

Dicho protocolo es aplicable a países que tienen un conflicto o luchas internas, con ciertas características determinadas por el mismo estatuto. Se excluyen los conflictos o hechos de violencia aislados o aquellos conflictos no armados.

El Protocolo II en su artículo 1 N° 1 da una definición de conflicto armado no internacional, señalando que son aquellos que presentan las siguientes características: (i) ser un conflicto armado no cubierto por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I); (ii) que se desarrolle en el territorio de una alta parte contratante; (iii) que el conflicto sea 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.

De acuerdo al texto legal y a la historia de la creación del Protocolo II, este habría quedado establecido para las conflictos con las características determinadas en su artículo 1° y para todos los demás conflictos estaría el artículo 3. De acuerdo a lo anterior se ha sostenido que no importaría que tipo de conflicto armado es pues siempre se aplicaría el artículo 3 y cuando estuviésemos en presencia de un conflicto de cierta intensidad y con determinadas características procedería la aplicación del Protocolo II. Así lo sostiene Jeannette Irigoien y Astrid Espaliat:

“Esta solución tiene como consecuencia crear, desde el punto de vista del derecho internacional, dos categorías de conflictos sin carácter internacional:

aquellos que responden a la definición precitada y a los que se aplicará el Protocolo adicional, y aquellos que corresponden a la Noción del artículo 3° y que trae como consecuencia la aplicación de las reglas de este artículo”<sup>38</sup>

El artículo 3, de esta manera quedó establecido para los conflictos armados internos de manera general, pero sin distinguir ni definir que podemos entender por tales conflictos. Es pues, frente a esta indeterminación que surgen conflictos relativos a su aplicación, por lo que es importante remitirnos a la historia de su creación, antes descrita y ayudarnos de las interpretaciones que la CRI nos entrega.

De conformidad a lo anterior la CRI, por medio del jurista Jean Pictet enumera una lista de condiciones que deben cumplir los conflictos para la aplicación del artículo 3, condiciones que no son vinculantes pero que la organización expone como “criterios convenientes” para distinguir un conflicto armado de un simple acto de bandidaje o insurrección. Esto criterios son los siguientes:

1. Que la parte en rebelión contra el 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.
2. Que el Gobierno legítimo 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.
3. a) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien b) que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante; o bien c) que haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o bien d) 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 una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión.
4. a) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado. b) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de

---

<sup>38</sup> Irigoien, J; A, Espaliat: “Las Normas de derecho humanitario que rigen los conflictos armados sin carácter internacional: su aplicación en Chile”, en *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos n.º 78* (2003), pp. 349 - 60.

facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional. c) Que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra. d) Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.<sup>39</sup>

La CRI señala que los criterios antes mencionados, no son taxativos, no se debe restringir la aplicación del Convenio, por el contrario, **debe darse la aplicación más extensa posible**. Es necesario entender por conflicto interno a aquel en que generalmente hay enfrentamiento entre fuerzas armadas. Se hace la comparación con una guerra externa, pero vivida al interior de un Estado.

La doctrina también se ha pronunciado respecto del ámbito de aplicación del artículo 3, discutiendo en relación al concepto de **conflicto armado no internacional**. Al respecto se ha pronunciado la autora Jessica Gravron, otorgando énfasis al carácter limitado del concepto de conflicto armado, el que se comprende como una guerra civil. Es más señala que las Convenciones en su artículo 2 establecen dos principios rectores a tener en consideración, cuales son: La inviolabilidad de la soberanía nacional y el principio de no intervención en los asuntos que son de competencia del derecho local. Lo anterior se ve reflejado en la siguiente cita:

“Protocol II constitutes the first legal instrument explicitly for the protection of victims of non-international armed conflict. It extends the scope of common Article 3, although still contains no provisions on grave breaches, nor any enforcement provisions. It also establishes such a high threshold for what constitutes an armed conflict that it is of limited application, essentially requiring what amount to a civil war.”<sup>40</sup>

Pues bien, si algo ha quedado claro es que el artículo 3 común a todo los Convenios, y el Protocolo II son las únicas disposiciones aplicables al ámbito nacional. Esto no es menor, dado que en el caso chileno se discute si durante la dictadura de Pinochet

---

<sup>39</sup> Pictet, *op. Cit*, en 35.

<sup>40</sup> Gavron, J: “Amnesties in the light of developments in international law the establishment of the international criminal court”, en *ICLQ*, Vol. 51( 2002)

existió un conflicto interno de tales características que resulten aplicable o no los Convenios de Ginebra.

Más aún, en el caso chileno, hay quienes sostienen que no sólo es aplicable el artículo 3° y el Protocolo II a los conflictos nacionales, sino que una vez cumplido los requisitos de ser un conflicto nacional regido por las Convenciones de Ginebra, se aplicarían las cuatro convenciones, especialmente el artículo 146<sup>41</sup> del Convenio, relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra, que establece la obligación de buscar y enjuiciar a quienes hayan cometido, los delitos enumerados en el artículo 147<sup>42</sup> del mismo convenio, que contempla entre otros, homicidios, desapariciones

---

pp.91-117.

<sup>41</sup> **Artículo 146 IV Convenio.- Sanciones penales. I. Generalidades** Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

<sup>42</sup> **Artículo 147 IV Convenio. Infracciones graves** Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario

forzadas, tortura y tratos inhumanos. Dicho artículo, también obliga a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas. Esto se discutirá con mayor profundidad al estudiar el caso chileno. Ahora me referiré al artículo 6 número 5 del protocolo II de los Convenios.

b.2. Artículo 6 número 5 del Protocolo II de Los Convenios de Ginebra

Este artículo es aplicable a casos de conflicto nacional, siempre que cumpla con las características señaladas en el artículo N° 1 del Protocolo II. La disposición señala lo siguiente:

”A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder **la amnistía más amplia posible** a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

Disposición que ha sido materia de debate al hacer alusión a “la amnistía más amplia posible”.

Se señala, por algunos, que esta disposición es un claro ejemplo de que el derecho internacional permite la aplicación de leyes de amnistía, bajo determinados supuestos, en el derecho nacional.

Otra interpretación es aquella que sostiene que mediante este artículo no se puede promover la aplicación de leyes de amnistía en el derecho nacional para amparar a los violadores de derechos humanos. Esto porque esta norma tiene una aplicación restringida sólo a los casos de aquellas personas que han sido partícipes durante estados de conmoción y que tiene como finalidad el bienestar y la paz social. No busca beneficiar a quienes hayan cometido delitos contra los derechos humanos. Cassel comprende el artículo en el sentido comentado al señalar que :

“El artículo 6(5) busca simplemente alentar la amnistía para actividades de combate que de otra manera estarían sujetas a proceso en calidad de violaciones de las leyes penales de los Estados en los cuales tienen lugar. No tiene el propósito de apoyar la amnistía de violaciones del derecho humanitario

internacional”<sup>43</sup>

Para otros autores, como Juan Pablo Mañalich, es suficiente que exista esta norma para impedir hablar respecto de una prohibición absoluta de una ley de amnistía, el asunto radicaría en diferenciar entre tipos de amnistía, para determinar cuales son permitidas dentro del derecho internacional y cuales no. El autor sostiene que:

“Por más que el Protocolo II haya sido suscrito y ratificado con posterioridad a la ratificación de los convenios, es claro que la norma expresada en la disposición transcrita vuelve difícil aceptar una interpretación de la prohibición de la amnistía en términos de una prohibición absoluta [...] Parecería que la distinción central puede formularse entre auto-amnistías y hetero –amnistías, siendo admisibles las últimas, no las primeras.”<sup>44</sup>

En el mismo sentido, es decir, distinguiendo entre tipos de amnistías Juan Bustos sostiene que:

“No pueden ser calificadas jurídicamente como amnistías, sino más bien, amnistía al revés como sostiene Rivacoba, 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. Disposiciones como éstas no son fruto de un acto de indulgencia, que enaltece a quien lo cumple, ni procuran llevar sosiego a la comunidad, sino por el contrario constituyen una burda vulneración del principio de igualdad ante la ley y marca deshonrosa de regímenes tiránicos como el vivido en Chile”.<sup>45</sup>

Otra interpretación, que vale la pena comentar, es la realizada por el jefe de la división legal del comité Internacional de la Cruz Roja, Dr. Toni Pfaner-en una carta, que a continuación se transcribe y que fue enviada a Douglas Cassel- en la que señala que las amnistías no están contempladas en el derecho internacional Humanitario, pues en de este tipo de conflictos los combatientes capturados se pueden acoger al Convenio de Ginebra III. y Protocolo I, que les permite ser liberados. La disposición esta creada para procurar la paz una vez finalizado el conflicto, es decir para que el Gobierno que detenta el poder entregue la amnistía más amplia posible a los vencidos. En esta carta se reproduce la opinión del comité de CRI, que a su vez reproduce- según lo señala Douglas Cassel- la declaración vertida por el delegado soviético en la conferencia en

---

<sup>43</sup> Cassel, D: “Lecciones de las Américas: lineamientos para una respuesta internacional ante la amnistía de atrocidades”, en *Revista IIDH*, Vol. 24 (1996), pp. 307.

<sup>44</sup> Mañalich, J. P: “El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía”, en *Revista de Estudios de la justicia*, N° 5 (2005), pp. 24.

que se negoció el Protocolo II. Transcribo a continuación al carta:

“El Artículo 6(5) del Protocolo Adicional II es en el derecho de conflictos armado no internacionales, el único y muy limitado equivalente de lo que se conoce en el derecho de conflictos armados internacionales como “inmunidad de los combatientes”, es decir, el hecho que un combatiente no puede ser castigado por actos de hostilidad, incluyendo matar a los enemigos en combate, siempre y cuando respete el derecho internacional humanitario internacional y que tiene que ser repatriado al término de las hostilidades activas. En conflictos de armados de carácter no internacional, tal principio no existe y aquellos que combaten pueden ser castigados de acuerdo a la legislación nacional, por el mero hecho de haber combatido, aun cuando hayan respetado el derecho humanitario internacional. Los “trabajos preparatorios” del artículo 6(5) indican que este precepto tiene propósito de alentar la amnistía, es decir, como una especie de liberación al término de las hostilidades para quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No pretende una amnistía para aquellos que han violado el derecho internacional humanitario”<sup>46</sup>

Es útil conocer, además, el comentario interpretativo de la Cruz Roja Internacional, del artículo 6(5) del Protocolo II, del cual se desprende que la intención de las amnistías es lograr la reconciliación en caso de conflicto armado nacional y resguardar las garantías judiciales. Dicha institución señala que:

“Todo el Título II (Trato humano) tiene por objeto garantizar el respeto de los derechos elementales de la persona humana en los conflictos armados no internacionales[...] El artículo 6 sienta algunos principios de carácter universal que toda entidad organizada responsable debe y puede respetar. Completa y desarrolla el artículo 3 común, apartado 1, número 1, d, que proscribe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados[...] El artículo 6 reitera los principios que figuran en los Convenios III y IV y se inspira en gran medida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular en el artículo 15, que no puede ser suspendido, aun en caso de peligro público excepcional que amenace la existencia de la nación. El Protocolo I, artículo 75 (garantías fundamentales) contiene disposiciones del mismo tenor.”(énfasis agregado

Luego, refiriéndose específicamente al número 5 señala que:

“La amnistía es competencia de las autoridades. Se trata de un acto del poder legislativo que borra un hecho punible, detiene las diligencias y anula las condenas. Jurídicamente, se hace una distinción entre amnistía y gracia, que

---

<sup>45</sup> Bustos, J, G.J. N° 326, Pág. 7( 2)

<sup>46</sup> Cassel, *op cit*, en 43, pp. 307. Carta de fecha 15 de abril de 1997 enviada por el Dr. Toni Pfanner, Jefe de la división Legal del Comité Internacional de la Cruz Roja, oficina central en Ginebra, a Cassel, quien la transcribe en su artículo



concede el jefe del Estado y suprime la ejecución de la pena, pero deja subsistir los efectos de la condena. En este párrafo sólo se considera la amnistía, lo cual no significa que se haya querido excluir la gracia. El proyecto aprobado en Comisión establecía, por una parte, que todo condenado tendría el derecho a pedir la gracia o la conmutación de la pena y, por la otra, que la amnistía, la gracia o la conmutación de la pena de muerte podría concederse en todos los casos. Este apartado no se incluyó finalmente por razones de simplificación del texto. Algunas delegaciones consideraron que esta mención era inútil, puesto que todas las legislaciones nacionales prevén la gracia. El objeto de este apartado es alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido.<sup>47</sup> (énfasis agregado) Se concluye que el derecho internacional humanitario contiene una norma que prescribe la aplicación de amnistías al interior de los Estados con la finalidad de poner fin al conflicto y lograr la estabilidad interna. La aplicación restringida de dicha norma, y por cierto, la más generalizada, sostiene que esta disposición no puede ser utilizada para violar el derecho humanitario internacional, ni el derecho internacional consuetudinario, ni para permitir violaciones a los derechos humanos. “Así, el artículo 6(5) del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra no autoriza las amnistías que generen impunidad sobre las conductas delictivas que determinan los mismos convenios ni sobre graves violaciones a los derechos humanos”<sup>48</sup> La interpretación más amplia y por su parte más apegada al tenor literal de la disposición y al espíritu general del Protocolo, sostiene que la norma contiene un permiso amplio de aplicación de amnistía para los casos de guerras civiles o conflicto al interior de los Estados.

La discusión aún no encuentra solución. Fania Domb concluye que:

“ [T]hat amnesties in internal conflict are not in breach of international law *in bello* is not, as a rule applicable to civil wars. Certainly, until recently it was generally accepted that common article 3 and protocol II did not reflect established rules of customary international law. Nor was it clear that either provided a basis for individual criminal responsibility”<sup>49</sup>

A mi parecer, la existencia del artículo 6(5) es la señal más evidente de que la

---

<sup>47</sup> Pictet, J: “Comentario al protocolo II”, Numerales 4597 al 4617. Disponible en <http://www.icrc.org/>. (visitado el 20 de febrero de 2010).

<sup>48</sup> Nogueira, H: “Decreto Ley de amnistía 2191 de 1978 y su armonización con el derecho internacional de los Derechos Humanos”, en *Rev. Ius et Praxi* (2005), vol.18, n.2, pp. 107-130.

discusión no radica en la existencia de una prohibición absoluta de leyes de amnistía en el derecho internacional, sino que radica en que tipo de leyes de amnistía están prohibidas y cuáles no. La norma en sí misma lo demuestra, pero además las interpretaciones de la Cruz Roja y de gran parte de la doctrina concuerdan en ese sentido.

b.3. Artículo 131 de la tercera Convención y artículo 148 de la cuarta Convención de Ginebra

Se ha sostenido durante los precedentes párrafos que solamente el Protocolo II y el artículo 3 común a las cuatro Convenciones tienen aplicación en el derecho nacional, siendo el resto de las convenciones de aplicación restringida al ámbito internacional. Es por lo anterior que resulta de particular interés mencionar ciertas interpretaciones singulares que se han aplicado respecto del artículo 131 de la tercera Convención relativa al trato debido a los prisioneros de guerra y al artículo 148 de la cuarta Convención relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.. Ambos artículos tienen el mismo texto legal que es el siguiente:

“Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte contratante respecto a las infracciones previstas en el artículo anterior.”

Cuando el artículo 131<sup>50</sup> se refiere a las infracciones previstas 130 se refiere a

---

<sup>49</sup> Gavron, *ob. cit.*, en 40, pp.102.

<sup>50</sup> El artículo 131 para referirse a las infracciones graves se remite al artículo 130 que a su vez se remite al 129. Artículo 129: **Sanciones penales. I. Generalidades** Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas .sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. Los inculcados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos

50

**infracciones graves**, tales como tortura, homicidio intencional, tratos inhumanos, Experimentos biológicos, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, etc. El artículo 148, también hace referencia a este tipo de infracciones<sup>51</sup>, considerando como infracciones graves los mismos hechos que el artículo 130 de la tercera Convención pero agregándole algunas otras figuras tales como la deportación, el traslado ilegal y la detención ilegal.

Pues bien, del texto legal se extrae que la intención al incorporar estos artículo fue pactar un acuerdo entre “Estados” con la intención de delimitar las posibilidades de auto exonerarse de responsabilidades al término de un conflicto bélico internacional, pues es lógico pensar que al término de un conflicto armado internacional las partes

---

105 y siguientes del presente Convenio. **130. Infracciones Graves.** “Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio”

<sup>51</sup> El artículo 148 se remite al 147 y este a su vez al 146. **Sanciones penales. I. Generalidades.** Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

**Artículo 147 - II. Infracciones graves.** Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

estarán tan dispuestas a ceder para lograr la paz que no serán exigentes en las condiciones que les permitan poner fin a la guerra. El objetivo que persigue este artículo es asegurar una garantía mínima, un límite que las partes contratantes no puedan renunciar al momento e poner fin a un conflicto.

Ximena Fuentes explica cual es el ámbito de aplicación y el objetivo del artículo 131 de la tercera Convención de Ginebra, la profesora, cita el caso jurisprudencial de Vergara con fisco para comentar la interpretación del artículo en comento. Relata la autora que se trata de un caso en el que se demanda al fisco de Chile por indemnización de perjuicios por secuestro y ejecución ilegal. En primera instancia se acoge la demanda de conformidad a los artículos 130 y 131 de la tercera Convención de Ginebra, decisión que posteriormente es revocada por la Corte de Apelaciones de la Serena por considerar que en los artículos en cuestión no se establece la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias, posteriormente la Corte Suprema conociendo del recurso de casación presentado en autos sostuvo los artículos 130 y 131 de la tercera Convención sólo hacían referencia a la prescripción de acciones penales, por lo que eran indiferentes para el caso.

Luego del relato, la autora antes citada arriba a dos conclusiones, la primera, dice relación con la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, la segunda señala que el artículo 131 se refiere a responsabilidades pecuniarias entre los Estados contratantes. En palabras de Ximena Fuentes:

“En primer lugar, se debe reiterar que estas disposiciones no son aplicables al caso chileno por cuanto la Convención tiene como ámbito de aplicación la guerra internacional (Art.2) y la única disposición aplicable a los conflictos internos es el artículo 3 común todos los Convenios de Ginebra, la que no contiene disposiciones de carácter procesal. Además de esto, el artículo 131, como lo indican los comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja, no se refiere ni a las acciones dirigidas a perseguir la responsabilidad penal de los individuos, sino que se refiere a las responsabilidades pecuniarias que pudieran existir entre los Estados involucrados en el conflicto internacional respectivo.”<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Fuentes, Ximena: “Aplicación de Tratados Internacionales en el Derecho Interno, comentario de la jurisprudencia del año 2004”, en Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez (2005), N°2., pp 1199.

Mediante el análisis de esta jurisprudencia la autora da cuenta de un error habitual en la jurisprudencia nacional, que consiste en aplicar ya sea el artículo 131 de la tercera Convención o el 148 de la cuarta para justificar la prohibición a cualquier tipo de auto exoneración, lo que no es pertinente por cuanto: (i) Ni la tercera ni la cuarta Convención son aplicables al derecho nacional, (ii) El artículo 131 de conformidad a la interpretación de la Cruz Roja Internacional se refiere a responsabilidades pecuniarias.

Otro ejemplo, en particular, del artículo 148, es el conocido caso de **Miguel Ángel Sandoval**. En esta causa, la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha cinco de enero de 2004 se pronunció en contra de la aplicación del DL de amnistía 2191 de 1978 y de la aplicación prescripción por ser ambas instituciones contrarias al derecho internacional. Dentro del derecho internacional vulnerado se encontraban las Convenciones de Ginebra especialmente los artículos 146, 147 y 148. Mediante los artículos antes mencionados, el fallo argumenta una prohibición en el derecho internacional de aplicación de leyes de amnistía, pues el artículo 148 prohibiría la auto exoneración, lo que no considera el fallo es que esta convención no es aplicable al derecho local ni menos que no tienen por finalidad prohibir la aplicación de leyes de amnistía. Transcribo el párrafo pertinente:

“81<sup>o</sup>.- Que, además, los disidentes estiman que si los tribunales aplican la amnistía que concede el Decreto Ley 2.191, de 1978, a lo menos deben establecerse las circunstancias en que ocurrieron los hechos y determinar la persona del responsable, con el fin de no burlar el espíritu de la Convención Internacional antes referida, que dispone: "Artículo 146:[...] Artículo 147:[...]. Artículo 148: Ninguna Alta Parte Contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte Contratante de responsabilidades incurrida por ella o por otra Parte Contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”<sup>53</sup>

Como último ejemplo podemos citar el fallo de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 10 de mayo del año 2007, en la causa caratulada “Contra Basclay Zapata y

---

<sup>53</sup> Rol N° 11821-2003.

Enrique Romo Mena” Rol 3452-2006<sup>54</sup> .:

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO:** [...]A lo que debemos agregar que el Derecho Internacional, en cuanto contiene normas para cuya aplicación no es necesaria una implementación adicional, como sucede con los citados artículos 131 y 148 de los Convenios de Ginebra III y IV, respectivamente, vigentes en Chile a la época de los sucesos pesquisados y, por ende, no podrían ser desconocidos por la República sin previa denuncia de los Convenios, es directamente aplicable por los tribunales nacionales, según desde antiguo ha declarado el propio Andrés Bello: la legislación de un Estado no puede alterar el derecho de gentes, de maneras que las alteraciones obligan a los súbditos de otro Estado, y las reglas establecidas por la razón o por consentimiento mutuo, son las únicas que sirven, no sólo para el ajuste de las diferencias entre soberanos, sino también para la administración de justicia de cada Estado en todas aquellas materias que no están sujetas a la legislación doméstica? (Andrés Bello: Principios de Derecho Internacional? Garnier Hermanos, segunda edición, Paris, año mil ochocientos cuarenta y cuatro, página 19).

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO:** Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía dictada por la autoridad de facto que había asumido el Mando Supremo de la Nación arrogándose los poderes Ejecutivo, Legislativo y Constituyente- puede ser claramente incardinada como 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 (Carlos Margotta:La amnistía, en Como hacer justicia en democracia, Segundo Encuentro Internacional de Magistrados y Juristas, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, año mil novecientos ochenta y nueve, página 148; Eugenio Velasco: Los Derechos Humanos y su protección después del restablecimiento de la democracia, en Materiales para discusión N° 206, Centro de Estudios para el Desarrollo, marzo de mil novecientos noventa y ocho, página 17; y Jorge Precht Pizarro: ?Vigencia de la ley de Amnistía?, en Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 1, N° 1, Santiago, año dos mil tres, página 258).

El fallo en comento intenta validar la aplicación de los artículos en cuestión y luego fundamentar la prohibición de amnistiar pues sería contraria al artículo 148, lo que a la luz de lo expuesto en el presente capítulo, como ha quedado en evidencia no sería procedente.

Para concluir y a modo de resumen puedo señalar que de la redacción del texto legal se puede observar que el artículo establece en primer termino responsabilidad entre Estados, por lo mismo dicen los artículos “Estados contratantes” por los que estos artículos no pueden ser aplicados a la responsabilidad de personas naturales. En

---

<sup>54</sup> Westlaw Chile J 4850/2007, Rol 3452-2006.

segundo lugar la tercera y cuarta Convención de Ginebra no son aplicables a los conflictos armados no internacionales y por último tomando las palabras de Ximena Fuentes estos artículos establecen una responsabilidad pecuniaria.

Es decir, no es posible justificar **mediante** el artículo 131 de la tercera Convención ni mediante el 148 de la cuarta Convención una prohibición a las auto exoneraciones. No es posible ampararse en estos artículos ni para impedir que se aplique la prescripción como en el caso de “Vergara con Fisco” relatado por la autora Ximena Fuentes, ni la amnistía como en el caso “Contra Basclay Zapata y Enrique Romo Mena”

c. El ius cogens

No se pretende profundizar en este tema, en atención a la extensión del mismo. Sin embargo, se hace necesario abordarlo de manera breve para resolver, si es posible, encontrar una prohibición absoluta de aplicación de leyes de amnistía por aplicación de la noción de ius cogens.

Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una norma de ius cogens o norma imperativa de derecho internacional general “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”

La Convención de Viena, si bien define lo que es ius cogens, no determina cual es el contenido de él, es decir, nos proporciona una definición solamente formal. El problema, al hablar de ius cogens es precisamente ese, determinar que derechos comprende el ius Cogens o que normas tienen ese carácter.

El ius cogens tiene ciertas características. En primer lugar, se aplica erga omnes. Luego sólo puede ser derogado por una norma de igual naturaleza. Por ultimo, como

señala Alicia Cruz Cebada: “[S]upone un límite a la autonomía de la voluntad; como se ha señalado, constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos”<sup>55</sup>

La autora antes citada ha manifestado respecto de la definición que la Convención de Viena otorga al *ius cogens*, que:

“Al igual que las obligaciones *erga omnes* el *ius cogens* incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho internacional condiciona la validez de las normas”<sup>56</sup>

Sin embargo no existe uniformidad respecto de que es y que derechos comprende el *ius cogens*. Hoy en día se ha hecho común considerar *ius cogens* un grupo amplio de derechos que- a mi parecer- no siempre reviste tal carácter. Un ejemplo de lo anterior se puede encontrar al leer al autor Mario Rossel, quien señala que el *ius cogens* comprende normas tales como “*pacta sunt servanda*” y Principios reconocidos por las naciones e indubitados, que están por sobre la voluntad de los Estados<sup>57</sup>. Lo que es, al menos, discutible, por cuanto al hablar de “*Pacta Sunt Servanda*” estamos en presencia de un principio de derecho internacional, que las partes pueden desconocer de común acuerdo.

---

<sup>55</sup> Cebada, A: “Los Conceptos de Obligación *Erga Omnes*, *Ius Cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos”, en Revista electrónica de de Estudios Internacionales, pp, 4 citando a Casado Aragón.

<sup>56</sup> .Ibíd, pp. 3.

<sup>57</sup> Rossel, M: “Constitución y tratados de Derechos Humanos”, en *Rev. Ius Et Praxis*, año 12 n° 1, pp. 144.



Algo similar ocurre con el autor Gonzalo Aguilar<sup>58</sup>, quien responde a la pregunta afirmando que siendo la ONU el órgano representativo de la comunidad internacional, es labor de la Asamblea General determinar que es *ius cogens*, ya sea mediante el reconocimiento como norma imperativa de los principios incorporados en la Carta de la ONU, o existiendo una aceptación unánime de los Estados, o en su defecto por un número considerable.<sup>59</sup> Lo que el autor no considera es que la ONU no tiene poder deliberatorio y que, en el mejor de los casos, podría entenderse sus opiniones como un elemento configurador del *Ius Cogens*. Es decir la ONU no puede determinar que derechos están comprendidos por el *ius cogens*, mucho menos, otorgarles a determinadas normas dicho carácter.

Lo que quiero demostrar mediante los ejemplos expuestos, es que por hoy, el *ius cogens* está siendo utilizado en un espectro tan amplio que pierde sentido. Es importante esto, en relación al presente trabajo, por cuanto la doctrina y la jurisprudencia insisten en señalar derechos como la prohibición a aplicar leyes de amnistía o la prohibición de aplicar la institución de la prescripción como normas imperativas de *ius cogens*. Radica aquí la importancia en determinar claramente el contenido de este.

La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado respecto al contenido del *ius cogens*, señalando como derechos pertenecientes a este, la prohibición de amenaza o de uso de la fuerza y el derecho de los pueblos a la autodeterminación y la prohibición del genocidio.

Respecto de la prohibición del genocidio se pronuncia en su Opinión Consultiva sobre

---

<sup>58</sup> Aguilar, G: “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, en *Revista Ius et Praxis*, año 12 n° 1.

<sup>59</sup> *Ibid.* [Citando a Jennings, Robert y Watts, Arthur (eds). 1992. *Oppenheim’s International law*, vol 1.9 9ª edn. P.4]

Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 28 de mayo de 1951, al hacer hincapié en la naturaleza de esa convención, entendiéndolo que el genocidio es un derecho erga omnes. Señala expresamente:

“Ahora bien, ¿Cuál es el carácter de las reservas que pueden formularse y de las objeciones que se les pueden oponer? La solución hay que buscarla en las características particulares de la Convención sobre el Genocidio. Los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional, se ha querido que sea una convención de carácter universal”<sup>60</sup>

Esto se repite en la sentencia Barcelona Traction de fecha 5 de febrero de 1970. la Corte establece el concepto de erga omnes. Al pronunciarse sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (Objeciones preliminares), del 11 de julio de 1996, la Corte reitera que la prohibición de genocidio existe aún cuando no exista obligación convencional entre los Estados.

El Comité de Derecho Humanos de la ONU, en su observación número 24 del año 1994 pronunciándose respecto de cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha señalado que ciertas normas poseen el carácter de ius cogens.

“Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto. Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de Derechos Humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción. En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a Fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento,

---

<sup>60</sup> Opinión consultiva sobre reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 28 de mayo de 1951, en *Resúmenes de los fallos y opiniones consultivas y providencias de la CIJ, 1948-1991*, Publicaciones de las Naciones Unidas, número de ventas.92.V5.

conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías (...) Y algunos derechos inderogables, a los que en ningún caso cabe formular reservas dada su condición de normas perentorias, revisten también este carácter, como la prohibición de la tortura y la privación arbitraria de la vida<sup>61</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha entendido que si el Estado garantiza el respeto por las normas de ius cogens podrá configurar un sistema que respete los derechos humanos. Así ha sido señalado por Antonio Cancado Trincade:

“Como manifestación de la emergencia de las normas imperativas del derecho internacional (ius cogens), el desarrollo tan necesario del régimen jurídico de las obligaciones erga omnes de protección (incluidas las consecuencias jurídicas de sus violaciones) fomentaría considerablemente el establecimiento de un sistema efectivo de monitoreo continuo de la situación de los Derechos Humanos en todos los países. Al fin y al cabo, la protección de la persona humana en todas las circunstancias, contra todas las manifestaciones del poder arbitrario, corresponde al nuevo ethos de nuestros tiempos”.<sup>62</sup>

Afirmar la pertenencia de determinada norma al ius cogens, se vuelve aún más complejo en los casos de derechos humanos, pues aún cuando existe un acuerdo generalizado en comprender que derechos- tales como la vida, la integridad física, la prohibición de tratos crueles y degradantes entre otros- pertenecen al ius cogens, también, resulta más difícil delimitar que derechos no están comprendidos en él. Lo que ha sido aprovechada por algunos para extender el carácter de ius cogens a derechos que al parecer no ostentan tal categoría.

---

<sup>61</sup> Observación general no.24: Reservas al Pacto (art 41), 04-11-1994, Office of the high commissioner for human Rights.

<sup>62</sup> Cancado, A: Discurso del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sesión de clausura del seminario “El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI”, organizado por la corte Interamericana de Derechos Humanos (hotel Radisson-Europa, San José de Costa Rica, 24 de noviembre de 1999). Disponible en [www.corteidh.org](http://www.corteidh.org).

Pese a lo anterior, no se puede afirmar que el ius cogens impide la aplicación de una ley de amnistía, es más, la comunidad internacional se ha presentado proclive a aceptar ciertos tipos de estas. Parece importante entender que no toda norma, por justa que parezca pertenece al derecho internacional consuetudinario. Es decir, una norma requiere cumplir con ciertos requisitos, antes mencionados, para determinar su pertenencia al ius cogens.

Respecto de las leyes de amnistía no parece existir una norma de ius cogens que prohíba su aplicación. De acuerdo a lo expuesto en este capítulo podríamos señalar que, por el contrario, ha existido la aceptación de leyes de amnistía bajos determinados supuestos. No se puede deducir una prohibición de leyes de amnistía de derechos como la vida o la prohibición de la torturar.

Si, se observa, a modo ejemplar, la prohibición de torturar, o la prohibición de cometer genocidio, que son normas de ius cogens, se concluye que de ellas se derivan ciertas prohibiciones, en el primer caso una prohibición de torturar, el segundo caso una prohibición de cometer actos genocidas. Luego el alcance de la norma comprende que un Estado que quiera cumplir con la norma de ius cogens debe prohibir tales actos.

Sin embargo no podemos extender el alcance de la norma de tal forma que nos permita sostener que de la prohibición de torturar se deriva la prohibición de aplicar una causal de exoneración de responsabilidad, como es la amnistía. Mucho menos, se puede sostener que la prohibición de aplicar leyes de amnistía es una norma que pertenece al ius cogens, pues esa derivación es ilógica.

Lo anteriormente expuesto queda demostrado en el caso **Al-Adsani**. En este caso el señor Al-Adsani acusaba al Reino Unido de violar el ius cogens, porque en razón de haber aplicado inmunidad de estado sobre Kuwait, se negaba a juzgar respecto de la supuesta responsabilidad de Kuwait de haberlo torturado.

La Corte Europea de Derechos Humanos fue clara al señalar que si un Estado tortura

viola el ius cogens y también fue clara al señalar que no se puede extender este derecho hasta el punto de obligar al Reino Unido a derogar la inmunidad de Kuwait. La Corte Europea absolvió al Reino Unido. Transcribo un extracto de la sentencia que reafirma lo expuesto:

“38. It is true that, taken together, Articles 1 and 3 place a number of positive obligations on the High Contracting Parties, designed to prevent and provide redress for torture and other forms of ill-treatment. Thus, in *A. v. the United Kingdom* (judgment of 23 September 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, p. 2699, § 22) the Court held that, by virtue of these two provisions, States are required to take certain measures to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment(...)

40. The applicant does not contend that the alleged torture took place within the jurisdiction of the United Kingdom or that the United Kingdom authorities had any causal connection with its occurrence. In these circumstances, it cannot be said that the High Contracting Party was under a duty to provide a civil remedy to the applicant in respect of torture allegedly carried out by the Kuwaiti authorities.

41. It follows that there has been no violation of Article 3 of the Convention in the present case.

1. The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State. The 1978 Act, which grants immunity to States in respect of personal injury claims unless the damage was caused within the United Kingdom, is not inconsistent with those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity.”<sup>63</sup>

Se puede observar en el caso en comento que el ius cogens recoge normas, que son internacionalmente reconocidas y que sería absurdo desconocer, sin embargo, es necesario entender el alcance de las normas de conformidad al sentido natural y obvio, que no es otro que aquel que el texto de la norma dispone, tal como es, la prohibición

---

<sup>63</sup> Caso “*Al-Adsani vs. The United Kingdom*”. Disponible en la pagina de la Corte Europea de Derechos humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

de la tortura, de la que sólo puede deducirse aquello, una prohibición de torturar.

Otro punto importante a comentar es la publicación de la Cruz Roja Internacional<sup>64</sup> llamada “**Customary International Humanitarian Law**”.. Este trabajo fue emitido por el Comité de la Cruz Roja Internacional en marzo del año 2005 y, tuvo por objeto recopilar las reglas de derecho internacional humanitario consuetudinarias para lograr una mayor promoción y respeto de ellas. El trabajo consistió en una lista detallada de 161 normas aplicables a los conflictos armados con carácter internacional, de las cuales además, 133 eran aplicables a conflictos armados nacionales. En estas últimas normas, el texto se pronuncio respecto de dos normas que nos interesan por el tema del presente trabajo que son del **deber de los Estados de investigar y sancionar**, y la **amnistía**, reglas N° 158 y N° 159, respectivamente. La regla N° 158, dispone lo siguiente:

**Rule 158: States must investigate war crimes allegedly committed by their nationals or armed forces, or their territory, and, if appropriate, prosecute the suspects. They must also investigate other war crimes over which they have jurisdiction and, if appropriate, prosecute the suspects.**

En esta regla se explica que en numerosos Estados han emitido amnistías para crímenes de guerra, pero que a menudo estas han sido declaradas ilegales por sus propios tribunales o por los tribunales regionales o han sido criticados por la comunidad internacional. Según señala la Cruz Roja Internacional, en el trabajo citado, esta práctica sería suficiente para establecer en virtud del derecho consuetudinario

---

<sup>64</sup> La Cruz Roja Internacional surge en el año 1859, gracias a Henry Dunant quien horrorizado ante las muertes de los heridos tras la Batalla de Solferino decide fundar la predecesora de la CRI., ya en 1864 ayudo a redactar el primer Convenio de Ginebra, en una reunión a la que asistieron 16 Estados y que aprobaron el primer Convenio de Ginebra relativo a el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña". Según el relato de la pagina web de la CRI, este convenio sentaba las bases del desarrollo del derecho humanitario contemporáneo Desde esa fecha la CRI ha sido la encargada de velar por el desarrollo y cumplimiento del derecho humanitario internacional

internacional la obligación de investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos y de procesar a los sospechosos.

La CRI en este numeral **no habla de una prohibición** de amnistiar. Y si bien la conclusión fue que existe un deber de investigar y procesar a los responsables, al parecer ninguna de las investigaciones anteriores fue tan concluyente como para sostener una prohibición de aplicación de leyes de amnistía, sólo que se utilizan como fundamento para establecer la obligación de investigar .

El texto deja en claro que no existe una práctica uniforme respecto de las leyes de amnistía. Es más, el texto se refiere a que las leyes de amnistía son declaradas “frecuentemente” o “a menudo” ilegales: “ *but these have **often** been found to be unlawful by their own courts or by regional courts and were criticised by the International community.* Que leyes de amnistía sean observadas de esta manera por la comunidad internacional, por tribunales regionales o internos no lleva- a juicio de la CRI- a concluir que exista una prohibición a su respecto, simplemente se desprende la obligación de investigar y sancionar. Por lo mismo es importante estudiar las normas 158 y 159 conjuntamente.

En la norma siguiente, es decir en la N° 159 se consigna esta disposición:

“Rule 159. At the end of hostilities, the authorities in power must endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in a non-international armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, with the exception of persons suspected of, accused of or sentenced for war crimes.”

Esta norma, por el contrario tras prohibir, la amnistía la incluye bajo ciertos supuestos tal como lo vimos al observar la norma 6(5) del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. Según señala la CRI la práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho aplicables en los conflictos armados no internacionales. Obligando a las autoridades conceder la amnistía más amplia posible una vez que le conflicto se hubiese terminado.

La Cruz Roja señala que ha incentivado la utilización de esta norma en diversos

conflictos como en la lucha contra el apartheid en Sudáfrica, los conflictos en Angola y Croacia. Asimismo la Asamblea General de la ONU ha adoptado resoluciones para fomentar la concesión de amnistías en relación con los conflictos en Afganistán y Kosovo., las Naciones Unidas de Derechos Humanos aprobó la resolución en este sentido en relación a Bosnia y Herzegovina y Sudan. Por su parte la Unión Europea y la OTAN han aprobado las amnistías en relación con la ex República Yugoslava de Macedonia y la OSCE en relación con Tajikistan. Señala la CRI que las resoluciones adoptadas por la ONU se trataban de estados que no eran parte del protocolo II (Sudáfrica, Angola, Afganistán y Sudán)<sup>65</sup>,

A mi parecer resulta importante destacar que esta norma es muy utilizada por comunidad internacional, tanto es así, que la CRI señala en el trabajo citado que los Estados no están “obligados” a conceder amnistías pero al menos deberían considerarlo o tener buena voluntad al respecto. Esta norma comprueba que las amnistías son validas, legítimas y que organismos como la CRI las promueven, es más, la excepción son las auto amnistías o aquellas que no tienen por objetivo la reconciliación sino la impunidad. No existe una prohibición de leyes de amnistía sino de cierto tipos de amnistías, lo que se comprueba por la existencia del artículo 6(5) .

La CRI, en su trabajo cita que cuando la URSS aprobó el artículo 6(5) del Protocolo II adicional, declaró, en su explicación de voto, que la disposición no puede ser interpretada para permitir criminales de guerra, o los culpables de crímenes contra la humanidad, para evadir el castigo. La CRI señala en el texto que esta de acuerdo con esta interpretación por lo que señala que esta norma debe ser interpretada en concordancia con la N° 158.

Sin embargo, además de hacer una recopilación de normas, la CRI realizo el volumen N° II que contiene los casos prácticos aplicables a las respectivas normas. En el caso de las reglas 158 y 159 se analizan los Códigos militares distintos países, manuales militares, se relata la opinión de organismos internacionales, la practica de la CRI

---

<sup>65</sup> Customary International International Humanitarian Law. Rule 159 Volumen II



respecto del asunto, jurisprudencia nacional e internacional a fin de recabar las opiniones al respecto. En relación con la norma 159, y en relación con los casos chilenos, se encuentran: (i) El caso **Saavedra**, dictado por la Corte Suprema en el año 1993, en el cual se declara aplicable la amnistía y procedente decretar el sobreseimiento definitivo<sup>66</sup>. En el texto de la CRI se describe que este fallo implica un incumplimiento serio de Chile a la Convención de Ginebra, por lo que se citan las palabras del recurso de apelación y no del fallo en cuestión. Para complementar al pie de página se cita el fallo de Insunza Bascuñan. (ii) Luego, el caso **Videla**, en el que se observa que se declaró inaplicable la amnistía por la Corte de Apelaciones de Santiago por ser contraria a los Convenios de Ginebra, y (iii) Por último en un apartado diferente, se menciona además, el caso del **decreto ley de amnistía 2191 de Chile** cuando la Sala del tribunal Español en 1998, en el caso Pinochet, se menciona al respecto señalando que el decreto ley de amnistía no impide el ejercicio de la jurisdicción Universal y que este puede ser considerado contrario al ius cogens, pero aún más dicho decreto no tiene ningún efecto extraterritorialmente por aplicación de los principios de protección y persecución penal.

Respecto del caso Videla y Saavedra resulta pertinente observar que un par de fallos resultan insuficientes para formarse una opinión respecto de la jurisprudencia chilena en relación a la aplicación del DL amnistía, tal como se observará en el capítulo IV, respecto del asunto existe una jurisprudencia vacilante, que ha cambiado periódicamente de opinión y que a la fecha no consigue elaborar una postura clara al respecto.

Del trabajo de la Cruz Roja se puede concluir que existe una **obligación** de los Estados de investigar los hechos y procesar a los imputados por los delitos graves de guerra, sin embargo no existe en el derecho internacional una prohibición de aplicación de leyes de amnistía, por el contrario el derecho humanitario internacional promoverá este tipo de leyes cuando estas estén fundadas en los principios de derecho

---

<sup>66</sup> Jurisprudencia a la que hace referencia en el cuarto capítulo y que se incluye en el cuadro de material complementario del anexo de este trabajo.

humanitario, sin embargo existe la excepción de la regla, que consiste en que el derecho humanitario internacional no promoverá leyes de amnistía que busquen perpetuar la impunidad. También se ha observado por la Cruz Roja internacional variados casos de amnistías- dos de los cuales fueron comentados precedentemente- en que se ha declarado inaplicable dicha ley por algún tribunal, en estos casos tribunales locales.

Por otra parte, pareciera importarte dar una mirada crítica al trabajo de la CRI, y es que respecto de la recopilación realizada por la CRI, se han presentado algunas críticas o más bien dudas. Leah M. Nicholls en su artículo "*The Humanitarian Monarchy Legislates: The International Committee of the Red Cross and its 161 Rules of Customary International Humanitarian Law.*" Realiza una crítica que merece la pena comentar. El autor hace un análisis del rol de la CRI en el sistema de derecho humanitario internacional, el que caracteriza como el monarca del derecho humanitario por cuanto tienen facultades legislativas, ejecutivas y judiciales, sosteniendo que la función de la CRI se ha desarrollado desde sus inicios de esta manera, participando en la creación del derecho humanitario desde la primera Convención de Ginebra, cumpliendo un rol ejecutivo, participando a través de las CR nacionales en las distintas partes en conflicto, y judicialmente asesorando a los tribunales internacionales por el amplio conocimiento del derecho humanitario internacional que posee. La CRI ha podido desarrollar todas sus facultades de la manera más amplia pues ha gozado con la confianza de los Estados quienes han confiado en la imparcialidad de organismo, que no está conformado por un conjunto de Estado sino que es un organismo autónomo.

Los Estados, relata el autor, han depositado gran confianza en la CRI quien ha manifestado que sus objetivos no son políticos sino fácticos, es decir, lograr mejores condiciones para los heridos, víctimas, detenidos, etc de los conflictos armados. En este sentido garantizan la confidencialidad respecto de las posibles violaciones al derecho humanitario internacional en un Estado determinado, pues su objetivo es mejorar las condiciones, es por esto que los Estados les han abierto las puertas y les han permitido acceder a ellos.

El autor sostiene que la CRI ha mantenido su *posición monárquica porque ha conservado la neutralidad, pero quizás publicación de Customary International Humanitarian Law* puede poner en riesgo los límites de su poder legislativo y aún más, incluso, de su monarquía. Leah Nicholls tras hacer un análisis de la forma en que realizó el estudio del derecho consuetudinario llega a la conclusión de que es evidente que no se realizó un estudio acerca de la **opinio juris** de los estados pues no existen pruebas de la practicas de los Estados, no existe una constatación cierta de la norma, lo que implica que las 161 normas contenidas en el trabajo de la ICR no son una declaración verdadera de la practica de los estados y esto constituye un grave problema por cuanto si la norma de derecho consuetudinario esta basada en tratados que los Estados no han firmado, en las practicas propias de la organización o en dictámenes jurídicos entre otros, esto quiere decir que no existe un consentimiento del Estado en señalar que esa practica es valida en su territorio y en consecuencia no cumplirá con ella. Y una vez que eso ocurre, si es que llegase a ocurrir, señala el autor, sería una situación muy perjudicial para la CRI pues debilitaría considerablemente su imagen y en consecuencia la confianza que los Estados depositan en ella.<sup>67</sup>

Sin embargo pareciera ser que los pronósticos del autor no se cumplieron completamente, pues el monarca del derecho internacional humanitario sigue hasta la fecha con la corona bien puesta. pero me parece que la publicación tampoco ha dado los frutos esperados por la CRI, más bien es un compendio de normas de poca divulgación y de aplicación limitada. Lo que si resulta fundamental y relevante a mi juicio, es la CRI pese a recopilar jurisprudencia, la que inclusive puede resultar escasa, no realizo el trabajo principal para poder concluir que una norma tienen carácter de ius cogens y es verificar si existe una practica de dicha norma. No por constatar la existencia un artículo o la emisión de un fallo quiere decir que efectivamente esa norma

---

<sup>67</sup> En todo lo citado referente al autor Leah M. Nicholls: “The Humanitarian Monarchy Legislates: The International Committee of the red cross and its 161 rules of customary International humanitarian law” en *Duke Journal of comparative & international law*, vol 17:223.

reviste el carácter de ius cogens. Como dice Leah Nicholls, no existió constatación de la opinio juris y en consecuencia resulta difícil hablar de que efectivamente las normas recopiladas constituyan ius cogens.

Sin embargo y para los efectos del presente trabajo tanto el tomo I como el II han sido un aporte, por cuanto han dejado en evidencia que las amnistías pese a lo mal que suenan desde este rincón del mundo-¿y cómo no?- si vivimos en Chile y cuando hablamos de amnistía hablamos de auto amnistía, del ejemplo internacional de la amnistía al revés, aquella que busca la impunidad, borrar el pasado, olvidar. No están prohibidas en el derecho internacional, pues han sido los organismos internacionales los que han incentivado su utilización en varias ocasiones y tal como se ha observado son mucho más populares de lo que se creía.

#### d. Conclusiones

De lo expuesto en este capítulo se concluye que en el derecho internacional existen un amplio grupo de tratados que configura un marco garante de derecho humanos a nivel internacional e interamericano.

Dentro de este grupo de tratados se pueden observar distintos tipos de tratados en atención a las normas que poseen y los deberes que imponen, existiendo tratados que imponen una serie de principios rectores y abarcan campos extensos- desde el derecho a la vida, pasando por la libertad de expresión para terminar con el derecho a la educación.

Existen también tratados más delimitados que se refieren a un tema en específico, ya sea, para prohibir la tortura, el genocidio o los tratos crueles e inhumanos. Estos tratados, por regla general, imponen la obligación de tipificar en el derecho interno la prohibición de la conducta descrita.

Igualmente, se puede observar la importancia de organismos como la ONU y la OEA,

que poseen a nivel internacional e interamericano respectivamente, organismos encargados de velar por el cumplimiento y la difusión de los derechos contenidos en los tratados relacionados.

En conclusión se observa una estructura evolucionada y un sistema importante de protección a los derechos humanos. Pese a lo anterior, y luego del estudio de las normas de los tratados citados en el capítulo, no fue posible encontrar una norma que positiva que prohíba la aplicación de las leyes de amnistía.

Si bien, fue posible apreciar normas que garantizaban la vida, el respeto por la dignidad humana, prohibición de torturar y de cometer genocidio. No se encontró ninguna norma que prohíba la aplicación de leyes de amnistía ni que impidan que se apliquen atenuantes de responsabilidad ni causales de exoneración frente a delitos por violaciones a los derechos humanos.

Respecto de los Convenios de Ginebra, es importante destacar que el artículo 3 común a los cuatro tratados surgió por la necesidad de la CRI de establecer principios mínimos de resguardo en caso de conflicto armado no internacional.

Señalar que la aprobación del artículo 3 fue logrado en la medida que se delimito el campo de aplicación del artículo. La finalidad de éste es ser una pequeña convención que establece principios que las partes en conflicto deben aceptar, siendo aplicable solamente el artículo 3 a los conflictos no internacionales y no el resto del los artículos de las Convenciones.

Continuando con lo anterior, es relevante, dejar claro que de acuerdo a la historia del origen del artículo 3 y del protocolo II, se desprende que el artículo 3 ha quedado contemplado para conflictos de carácter no internacional de manera genérica, y sólo, cuando estos conflictos reviertan ciertas características procede la aplicación del protocolo II.

De lo anterior se deduce que no es necesario sostener discusiones interminables-

como en el caso de Chile- para determinar si se estuvo o no bajo un estado de guerra, porque resulta indiferente pues el artículo 3 establece principios mínimos que se aplican a cualquier conflicto de índole no internacional. Sin embargo se debe ser cuidadoso, pues la aplicación se limita sólo al artículo 3 y no a los demás artículos de los Convenios.

Respecto del ius cogens el trabajo trato de ilustrar que es un concepto que se mal utiliza y se extiende más allá de lo adecuado para introducir en el derechos que no revierten el carácter de ius cogens. Sin embargo la conclusión más importante es que el éste no contiene una prohibición de aplicar leyes de amnistía.

Tanto en el ius cogens como el derecho convencional internacional se garantizan derechos como la vida y la prohibición de la tortura, pero de ello no se puede desprender una prohibición de amnistiar.

En conclusión, no existe en el derecho internacional norma alguna que prohíba la aplicación de leyes de amnistía.

### **CAPÍTULO III: Organismos interamericanos ¿Cuál es su postura frente a las leyes de amnistía?**

a. La Comisión Interamericana<sup>68</sup>

Al revisar la postura de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de los años, se observa una actitud que ha variado en torno a distintas directrices y no siempre se ha mostrado contraria a aceptar cualquier tipo de leyes de amnistía.

La Comisión, con una posición tímida respecto de la prohibición de leyes de amnistía, en un comienzo aceptó la aplicación de leyes de amnistía bajo determinados supuestos, tales como: (i) que sea decretada de forma democrática, (ii) que sea decretada por personas distintas de a quienes beneficiará, (iii) que contenga mecanismos ya sea judiciales o administrativos, que investiguen los hechos, (iv) que contenga reparaciones pecuniarias para las víctimas. En este sentido Jessica Gavron:

*“While the commission made evident that the victims and next-of-kin have a right to an impartial judicial investigation in order to establish the facts, identify those responsible and impose the corresponding criminal punishment, it did not, in fact, include explicitly criminal punishment in any of its recommendations”*<sup>69</sup>

Con el transcurso del tiempo, la Corte ha variado su posición, adoptando una postura vacilante, en la que señala no estar de acuerdo con la aplicación de leyes de amnistía en el derecho nacional por ser contrarias al espíritu de la Convención. Sin embargo es capaz de “clasificar” los distintos tipos de leyes de conformidad a los criterios expuestos con anterioridad.

Informe Anual de 1985-1986- Primera línea

En un principio, en el año 1986 la Comisión se pronunció respecto al tema. En esta primera directriz emitida por la Comisión se establece la necesidad de que las violaciones de derechos humanos sean investigadas y se conozca la verdad respecto de estos hechos, lo que es imprescindible para restablecer la democracia y estabilidad al interior de los Estados. Se reconoce y destaca que esta materia debería quedar

---

<sup>68</sup> Comisión interamericana o La Comisión.

<sup>69</sup> Gavron, *op. cit.*, n°40, pp. 91-117.

entregada a los “sectores nacionales”. Debido a lo delicado del asunto es necesario que la solución emane desde la propia comunidad.

Respecto de las leyes de amnistía, la Comisión es clara al manifestar que dependerá de los Estados determinar si procede su aplicación, determinándolo de manera democrática y representativa. Se pronuncia en contra de aquellas amnistías heredadas por los propios ejecutores de las violaciones de derechos humanos, sin embargo acepta aquellas que han sido debatidas y nacen de la sociedad democrática como una solución al conflicto interno, siempre que respeten la investigación de los hechos.

Transcribo a continuación extractos del informe anual de la CIDH del período 1985-1986.

“Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de Derechos Humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella –así como cualquier otro órgano internacional puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia [...] sólo los órganos democráticos apropiados –usualmente el Parlamento– tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones [...]Independientemente del problema de las eventuales responsabilidades –las que, en todo caso, deberán ser siempre individuales y establecidas después de un debido proceso por un tribunal preexistente que utilice para la sanción la ley existente al momento de la Comisión del delito. Uno de los pocos asuntos que la Comisión no desea inhibirse de opinar en esta materia, es el de la necesidad de esclarecer las violaciones a los Derechos Humanos perpetradas con anterioridad al establecimiento del régimen democrático.

Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión, la que –claro está deberá ejercerse responsablemente; la formación de Comisiones investigadoras cuya integración



y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias

La Comisión considera que la observancia de principios como los indicados permitirá que sean las consideraciones de justicia, y no las de venganza, las que primen y de ese modo no llegue a arriesgarse ni la urgente necesidad de reconciliación nacional ni la consolidación del régimen democrático.”<sup>70</sup> (énfasis agregado)

La opinión de la Comisión, por estos años, se sostenía en los siguientes pilares: (i) Las violaciones a los Derechos Humanos deben ser investigadas, existe el derecho de los familiares y víctimas de conocer la verdad, (ii) La aplicación de leyes de amnistía, es una cuestión interna de los Estados, debiendo ser un asunto discutido por la sociedad de manera democrática.

Pero la postura más tolerante que pronunciaba a Comisión, en comparación a la Corte Interamericana, fue cambiando de a poco. Lo anterior se ve reflejado en las opiniones emitidas a raíz de las situaciones vividas en los siguientes países latinoamericanos. Los casos escogidos representan tipos distintos de amnistías y la opinión que presenta la Corte respecto de cada una de ellas.

a.1. El Salvador – Una amnistía repudiable-Caso de “Las Hojas”

El Salvador es un país que durante las décadas del setenta y ochenta se caracterizó por la inestabilidad política lo que se manifiesta en militares a cargo del gobierno estatal y bandos paramilitares. Esta situación de inestabilidad lleva a estimar que 35.000 personas murieron a causa de la violencia política entre los años 1978 a 1981<sup>71</sup>. Después de media década sin elecciones democráticas en 1984 sale electo José Napoleón Duarte, el pueblo de El Salvador esperaba que con el ascenso del nuevo gobierno se terminara con la violencia. Sin embargo, la violencia continuó y siguieron los asesinatos políticos. El nuevo gobierno, a pesar de lo prometido, no investigó los hechos.

---

<sup>70</sup> Informe anual de la CIDH del período 1985-1986. Disponible en [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org)

<sup>71</sup> En todo, Norris, R: “Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: Una respuesta legal”, en *Revista IIDH*, Vol. 15, pp. 93.

Con fecha 28 de Octubre del año 1987 se promulgó una ley, que concedía la amnistía a “las personas imputadas de haber participado en la Comisión de delitos comunes conexos con los políticos o comunes, cuando en su ejecución hubiera intervenido un número de personas que no baje de veinte, cometidos hasta el 22 de Octubre del corriente año.”

- Caso de Las Hojas

Como resultado de una disputa entre la Asociación Nacional de Indígenas salvadoreña y un terrateniente se generó una masacre, que tuvo lugar el día 23 de febrero 1983 y terminó con la vida de 74 indígenas a manos de militares.

El 28 de octubre de 1987 la Asamblea Nacional aprobó el decreto de amnistía antes comentado, el que impidió continuar con el procedimiento iniciado a causa de la “Masacre de las Hojas”. Este caso fue presentado ante la Comisión en el año 1989. La Comisión manifestó expresamente que el Estado de El Salvador estaba incumpliendo las obligaciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

“La aplicación del Decreto de Amnistía constituye una clara violación de la obligación del Gobierno de El Salvador de investigar y sancionar las violaciones de los derechos de las víctimas de Las Hojas, y de proporcionar reparación de los daños producidos por la violación.

El derecho a la vida protegido por el artículo 4 de la Convención, y el derecho a la integridad personal por el artículo 5, son derechos inderogables, y como tal nunca están sujetos a suspensión, según el artículo 27 de la Convención.

La aplicación del Decreto de Amnistía en el caso actual hace ineficaces y sin valor las obligaciones impuestas por el artículo 1.1 de la Convención, y en consecuencia constituye una violación de dicho artículo. El referido Decreto de Amnistía, aplicado a este caso, impide la eficacia de un recurso jurídico sobre el asesinato, trato inhumano y la ausencia de garantías judiciales; niega el carácter fundamental de los Derechos Humanos más básicos. La Amnistía elimina la medida tal vez más efectiva para poner en vigencia tales derechos: el enjuiciamiento y castigo de los hechos.”<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Caso las Hojas disponible en <https://www.cidh.oas.org>.

El Salvador decretó una amnistía, que podemos caracterizar como absoluta, es decir, no dejaba subsistente la sanción civil ni la sanción penal. Para los criterios emanados de la Comisión esta sería una amnistía que no cumplía con los criterios mínimos aceptables, pues no permitía que existiesen procesos de investigación, no contemplaba ningún tipo de reparación a las víctimas y simplemente procuraba la impunidad de los culpables. Tras ella no se divisaba ánimo de reconciliación o superación del conflicto interno. En este caso, la Comisión recomienda imponer sanciones a los culpables.

a.2. Caso de Uruguay. En democracia pero bajo coacción

El caso de Uruguay, es un caso que presenta diferencias comparativas frente al caso de El Salvador. Se trata de una amnistía que fue dictada durante un gobierno democrático y fue planteada como una salida a un nuevo conflicto. Si bien la ley de amnistía fue refrendada por la comunidad Uruguaya, sin embargo al momento de la ratificación existía un clima de extrema tensión entre civiles y militares, por lo que la confirmación de la ley de amnistía estaba sujeta a coacción.

Uruguay sufrió durante la década del 60 gran inestabilidad política y social. El terrorismo impuesto por un grupo llamado "Tupamaros" llevó a que el 14 de abril del año 1972 se declarara una guerra interna. El 12 de junio de 1976, las fuerzas armadas derrocan al gobierno y establecen un gobierno de facto, que durante los años siguientes cometió graves violaciones a los derechos humanos. A causa de este conflicto en Uruguay existió un gran número de detenidos por el gobierno de facto.

Después de grandes esfuerzos por alcanzar un acuerdo sobre el retorno a la democracia, asume en 1985 el presidente electo. Con el retorno a la democracia, comenzaron las presentaciones ante la justicia para la investigación de los hechos del antiguo régimen y las sanciones a los culpables, esta situación puso nuevamente en jaque la estabilidad del país, pues las fuerzas armadas se vieron amenazadas y no estaban dispuestas a tolerar dicha situación.

Ante los hechos, para salvar la crisis, el poder legislativo decretó la ley de amnistía N° 15.848<sup>73</sup> en el año 1985. La mencionada ley declaraba que había caducado el poder del Estado para castigar a los oficiales de las fuerzas armadas y de la policía por los delitos cometidos en servicio activo antes del 1 de marzo de 1985. La consecuencia de esta ley fue la clausura de las investigaciones por violaciones a los derechos humanos. El poder judicial debía elevar los casos ante ellos presentados por este tipo de violaciones al poder ejecutivo, quien decidía si el caso se subsumía bajo el artículo 1 de la ley 15.848.

La legislación Uruguay permite de conformidad a la constitución solicitar referéndum, respecto de las nuevas leyes dentro del año siguiente a su promulgación, debiendo respaldar la petición en un 25% de los votantes. El 12 de Enero de 1987, se solicitó por ciudadanos al Tribunal Electoral un referéndum sobre los artículos 1 y 4 de la Ley,

---

<sup>73</sup> Ley N° 15.848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado. Artículo 1°.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto. Artículo 3°.- A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1° de la presente ley. Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo. Artículo 4°.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones. El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos. El Poder Ejecutivo dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia dará cuenta a los denunciados del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada.

petición que alcanzó el porcentaje de apoyo solicitado. Se llevó a cabo el referéndum el 16 de abril de 1989, y con una gran presión de los militares y de la prensa uruguaya se confirmó la ley de amnistía.

Existieron intentos en Uruguay por hacer efectivas las responsabilidades civiles derivadas de los crímenes, sin embargo dichos esfuerzos no dieron frutos, ya que los hechos no eran investigados, porque la Ley de Amnistía exoneraba de responsabilidad a los responsables penalmente y en consecuencia no se tenía certeza de quienes habían sufrido violaciones a sus derechos.

La Corte Interamericana en su Informe **Anual del año 1992-1993**<sup>74</sup> se pronuncia sobre la situación Uruguaya a raíz de ocho presentaciones efectuadas ante ella. En primer lugar se pronuncia señalando que la Comisión no es competente para pronunciarse respecto de la legitimidad de la legislación interna de los Estados, y sólo le es competente pronunciarse respecto de si los hechos denunciados son atentatorios del derecho internacional.

“31. Con respecto a la legitimidad interna y la "aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular", cabe observar que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana.”(énfasis agregado)

Posteriormente, al hacer referencia a las garantías judiciales, la Comisión se remite a la posición señalado en el año 1985-86, antes transcrita en este trabajo, destacando la importancia de aclarar la verdad en relación a las violaciones de derechos humanos, sea esto realizado por una Comisión o por el poder judicial. Se destaca la gravedad de los ilícitos cometidos.

“38. La Comisión debe aquilatar, asimismo, la naturaleza y gravedad de los hechos a que se refiere la Ley: presuntas desapariciones de personas que han sido

---

<sup>74</sup> Informe Numero 29/92 de la Corte Interamericana de Justicia.

ampliamente condenadas como violaciones de Derechos Humanos particularmente graves y secuestros de menores, entre otros; por lo que la necesidad social de su esclarecimiento e investigación no puede ser equiparada a la de un mero delito común...”

La Comisión ha señalado que no es competente para interferir en el derecho interno de cada Estado reconociendo la soberanía nacional, sin embargo manifestó disconformidad con este tipo de leyes, pues impiden a los Estados cumplir con los derechos garantizados en la Convención. Por cierto que el énfasis que otorga la Comisión está en la necesidad de investigar y esclarecer los hechos, concluyendo que la ley de amnistía Uruguaya del año 86 es incompatible con los artículos 1, 8 y 25 de la Convención.

### a.3. Caso de Argentina

Frente a una inestabilidad política y desorden generalizado en el país, el 24 de marzo de 1976 las fuerzas armadas asumen el poder del gobierno de Argentina. Bajo este régimen se cometieron serias y masivas violaciones a los derechos humanos tales como denegación de justicia, violación del derecho a la libertad y a la vida.

El régimen de violencia que vivió Argentina durante los años 1976 a 1983, que las fuerzas militares denominaron con el nombre de “Proceso de reorganización nacional” es catalogado como “Guerra Sucia”.

En el año 1983 se dictó la ley de amnistía N° 22.924<sup>75</sup>, que consistió en extinguir las

---

<sup>75</sup> Art. 1 Decláranse extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Los beneficios otorgados por esta ley se extienden, asimismo, a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanzan a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores y comprende a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos. Art. 2 Quedan excluidos de los beneficios estatuidos en el artículo precedente los miembros de las asociaciones ilícitas terroristas o subversivas que, a la fecha hasta la cual se extienden los beneficios de esta ley, no se encontraren residiendo legal y manifiestamente en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción o que por sus conductas hayan demostrado el propósito de continuar vinculados con dichas asociaciones. Art 3 Quedan también

acciones penales basadas en delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista, o subversivos desde el 25 de mayo de 1973 y el 17 de junio de 1992.

La ley de amnistía extinguió las acciones civiles y penales derivadas de causas de violaciones a los Derechos Humanos. En el año 1983 durante el gobierno del presidente Alfonsín, se decreto por el Congreso la anulación de la Ley de Amnistía, declarando que ésta era inconstitucional e insanablemente nula, por lo que no era posible aplicarla retroactivamente, bajo el principio Pro reo.

Argentina debía salvar constantes inconvenientes para lograr el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones a los derechos humanos y no bastó con declarar la ley

---

excluidas las condenas firmes dictadas por los delitos y hechos de naturaleza penal referidos en el Art. 1 sin perjuicio de las facultades que, de conformidad con el Inc. 6 del Art. 86 de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional pueda ejercer en materia de indulto o conmutación de las penas impuestas por dichas condenas, para complementar el propósito pacificador de esta ley. Art. 4 No están comprendidos en los beneficios de esta ley los delitos de subversión económica tipificados en los Art. 6, 7, 8 y 9 de la ley 20.840. Art. 5 Nadie podrá ser interrogado, investigado, citado a comparecer o requerido de manera alguna por imputaciones o sospechas de haber cometido delitos o participado en las acciones a los que se refiere el Art. 1Q de esta ley o por suponer de su parte un conocimiento de ellos, de sus circunstancias, de sus autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores. Art 6 Bajo el régimen de la presente ley quedan también extinguidas las acciones civiles emergentes de los delitos y acciones comprendidos en el Art 1. Una ley especial determinará un régimen indemnizatorio por parte del Estado. Art. 7 La presente ley operará de pleno derecho desde el momento de su promulgación y se aplicará de oficio o a pedido de parte. Art. 8 El tribunal ordinario, federal, militar, u organismos castrense ante el cual se estén sustanciando causas en las que, "prima facies", corresponda aplicar esta ley, las elevarán sin más trámite y dentro de las cuarenta y ocho (48) horas a la Cámara de Apelaciones correspondiente o al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, en su caso. Se entenderá que se encuentran comprendidas en los alcances de la presente ley aquellas causas en trámite o sobreseídas provisionalmente, en las cuales se investiguen hechos cuyos autores aún no hayan sido individualizados y se les atribuya el carácter de integrantes de las Fuerzas Armadas, de seguridad o policiales, o se exprese que los mismos invocaron algunos de estos caracteres. Lo expresado precedentemente también se aplicará cuando se hubiese alegado la condición de terroristas o manifestado que actuaban con una fuerza aparentemente irresistible. Por superintendencia del tribunal que corresponda se acumularán las causas que, referidas a un mismo hecho, no se encuentren aún acumuladas a la fecha de la presente. Art. 9 Recibidas las causas por los tribunales de alzada señalados en el artículo anterior se dará vista por tres (3) días comunes al Ministerio Público o fiscal federal y al querellante, si lo hubiera, vencido lo cual, dictarán resolución dentro del término de cinco (5) días. Art. 10 Únicamente se admitirán como pruebas las que figuren agregadas a la causa y los informes oficiales imprescindibles para la calificación de los hechos o conductas juzgados. En dichos informes no se darán otras referencias que las indispensables para la pertinente calificación. Las pruebas reunidas serán apreciadas conforme al sistema de las libres convicciones. Art. 11 Cuando corresponda otorgar los beneficios de esta ley en causas pendientes, se dictará el sobreseimiento definitivo por extinción de la acción. Art. 12 Los jueces ordinarios, federales, militares u organismos castrenses ante los que se promuevan denuncias o querellas fundadas en la imputación de los delitos y hechos comprendidos en el Art. 1 las rechazarán sin sustanciación alguna. Art. 13 La presente ley se aplicará aunque haya mediado prescripción de la acción o de la pena Art. 14 En caso de duda, deberá estarse a favor del

de amnistía nula, tuvo además que; asegurar un juicio imparcial por tribunales militares y limitar la causal de exculpación de la obediencia debida, establecida 514 del Código de Justicia Militar. Estas situaciones fueron salvadas mediante reformas legislativas.

Con posterioridad en el año 1987, tras presiones militares, se dictaron dos leyes, una de ellas es la “Ley de obediencia debida”, N° 23.521, que amnistiaba todas las atrocidades cometidas durante la guerra sucia, amnistiando a los militares que obraban bajo instrucción de un superior. Se creó una presunción irrefutable de que se obraba bajo instrucción, y la ley N° 23.492, que fijó un plazo de 60 días para la extinción de las acciones penales por crímenes cometidos durante ese período.

Se sumó a lo anterior que durante el Gobierno de Carlos Menem, durante los años 1989 y 1990, se decretaron 10 indultos a personas condenadas o procesadas de crímenes cometidos durante la guerra sucia.

Cuando el caso de Argentina fue visto por la Comisión, “Argentina, alegó que su proceso de amnistía era el más defendible en toda Latinoamérica; a pesar de las leyes de amnistía, altos comandos militares fueron convictos y encarcelados, una Comisión oficial investigó extensivamente y públicamente reportó las desapariciones, se otorgó compensación substancial para las familias de las víctimas y el gobierno había proclamado, “Nunca más”<sup>76</sup>

La Comisión se pronunció en el informe **anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 1992–1993 (informe nº 28/92)**. Las conclusiones fueron bastantes similares a los casos anteriores.

En conclusión, la Corte reconoce que las leyes de amnistía de Argentina y los Indultos vulneran el derecho a garantías judiciales 8(1), el derecho a la protección judicial 25 y la obligación del Estado de investigar los hechos 1(1), todos garantías contempladas

---

reconocimiento de los beneficios que establecen las disposiciones precedentes

<sup>76</sup> Cassel, *op. cit.* en 43, pp. 297.



por la Convención Americana. Así lo señala:

“32. El efecto de la sanción de las Leyes y el Decreto fue el de extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de Derechos Humanos. Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes. Los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de Derechos Humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación (1) y el derecho judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos.”

La Corte además destacó el trabajo realizado por Argentina para investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos cometidos durante la guerra sucia y las medidas administrativas y gubernamentales adoptadas como se expresa en los párrafos del informe que se citan a continuación:

“42. La Comisión tiene presente y reconoce la ejemplar medida adoptada por el Estado argentino de haber constituido una Comisión oficial nacional (CONADEP) que investigó y documentó las desapariciones cometidas durante la llamada "guerra sucia" en su histórico informe "Nunca Más".

43. Asimismo, la Comisión observó con beneplácito y reconoce al Gobierno argentino el precedente histórico de haber enjuiciado y condenado por violaciones a los Derechos Humanos a los altos responsables del Gobierno de facto.

48. La Comisión expresa su satisfacción por las medidas adoptadas por el Gobierno enderezada a desagraviar y compensar a las víctimas de la "guerra sucia". No sólo con los célebres juicios a los principales responsables de la dictadura anterior sino por la investigación del CONADEP, sino por las diferentes medidas adoptadas para indemnizar a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos durante el Gobierno de facto.<sup>77</sup>

Las leyes de amnistía de Argentina, son a los ojos de La Comisión atentatorias contra la Convención, pese a lo anterior se destaca el trabajo del Estado argentino que ha implementado comisiones investigadoras y fue capaz de sancionar a algunos de los responsables.

#### a.4. Caso de Chile.

---

<sup>77</sup> Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 1992–

#### a.4.1. Período 1988-1989

La posición de la Comisión Interamericana respecto del caso chileno, ha sido bastante similar a la de los países antes comentados. La Comisión apoyó al Estado de Chile en el proceso de retorno a la democracia, apoya el proceso de transición del plebiscito, y posterior elecciones democráticas, como se puede observar en el **informe de los años 1988-1989**, en el que se señala lo siguiente:

“La información que ha sido proporcionada a la Comisión es coincidente en señalar que en Chile, durante el período cubierto por el presente Informe Anual, se ha producido una mejoría en la situación de los Derechos Humanos a partir de la realización del plebiscito del 5 de octubre de 1988.

La Comisión debe notar, en cambio, que en el ámbito del derecho a la justicia, el comportamiento de las instituciones chilenas se mantiene alejado de las más elementales normas en las que se basa el respeto a los Derechos Humanos. En efecto, más del 95 por ciento de las personas cuya privación de libertad obedece a situaciones de origen político están siendo juzgadas por tribunales militares, por delitos tipificados en leyes promulgadas por el régimen militar, o que, si bien datan de fechas anteriores, han sido modificadas por éste. La Comisión se refirió extensamente en su Informe Especial sobre Chile de 1985 a las gravísimas irregularidades que caracterizan a estos tribunales militares, en los cuales los afectados permanecen incomunicados por largos períodos y en donde la presunción de inocencia no existe. Tales características continúan presentándose en el presente.”

En el Informe del año siguiente, se continúa con el apoyo a la transición que estaba viviendo el país, y se felicita la creación del Comité de Verdad y Reconciliación y la labor del presidente electo Patricio Aylwin.

#### a.4.2. Período 1996

Luego en el año 1996, en el informe **Nº 36/96**, pronunciándose respecto del caso **10.84315**, la Comisión manifiesta su repudio al régimen militar del Gobierno de A. Pinochet, señalando que:

“27. Un gobierno de hecho carece de título jurídico porque si un Estado se ha dado una Constitución, todo lo que no esté de acuerdo con ella es contrario a Derecho. La instalación del gobierno de facto en Chile fue producto de la fuerza y no del consentimiento popular.

28. La Comisión, ni aún con el propósito de preservar la seguridad jurídica, puede poner en un mismo plano de igualdad la juridicidad de un gobierno de jure con la arbitrariedad y contrariedad a Derecho de un gobierno usurpador, cuya posibilidad de existir es por definición el origen de la inseguridad jurídica. Tales gobiernos merecen el permanente repudio en defensa del Estado Constitucional de Derecho, así como del respeto a la vida democrática y al principio de la soberanía del pueblo basado en la vigencia plena de los Derechos Humanos”

Se pronuncia, además, respecto de la Ley de Amnistía, destacando que: (i) La amnistía fue decretada por aquellos a quienes iba a beneficiar, no de manera democrática, (ii) La amnistía no tenía como fin lograr la unidad, salvar rencores del pasado o buscar superar conflictos, sino simplemente buscaba impunidad, (iii) El Decreto Ley de Amnistía es contrario a la Constitución chilena. De conformidad a lo anterior, podemos señalar que la Comisión continúa realizando cierta clasificación de las leyes de amnistía, tal como se puede observar a continuación:

“26. La llamada "ley de amnistía" es un acto de poder emanado del régimen militar que derrocó al Gobierno constitucional del Dr. Salvador Allende. Se trata por consiguiente, de autoridades que carecen de todo título o derecho pues no fueron elegidas ni designadas de manera alguna, sino que se instalaron en el “

“29-En el presente caso los beneficiados con la amnistía no fueron terceros ajenos, sino los mismos partícipes de los planes gubernamentales del régimen militar. Una cosa es sostener la necesidad de legitimar los actos celebrados por la sociedad en su conjunto [para no caer en el caos] o los de responsabilidad internacional, porque no se pueden sortear las obligaciones asumidas en esos campos, y otra muy distinta extender igual trato a los que actuaron con el gobierno ilegítimo, en violación de la Constitución y las leyes chilenas.”

“30. La Comisión considera que sería absurdo pretender que el usurpador y

sus seguidores pudieran invocar los principios del Derecho Constitucional, que ellos violaron, para obtener los beneficios de la seguridad que sólo es justificable y merecida para quienes se ajustan rigurosamente a ese orden. Lo actuado por el usurpador no puede tener validez ni es legítimo en sí mismo ni en beneficio de los funcionarios ilegales o de facto. Porque si quienes colaboran con dichos gobiernos tienen asegurada la impunidad de su conducta, obtenida bajo régimen usurpador e ilegítimo, no habría diferencia entre lo legal y lo ilegal, entre lo constitucional e inconstitucional, y entre lo democrático y lo autoritario.”8(énfasis agregado)

Luego, la Comisión destaca las labores que ha realizado el gobierno de Chile a favor de: las víctimas, sin embargo, señala que éstas no son suficientes para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas por la Comisión. Los párrafos siguientes lo expresan:

“54. La Comisión ha tomado en cuenta que el Gobierno democrático se dirigió a la Corte Suprema en marzo de 1991, exhortándola, especialmente en los casos de personas desaparecidas, a hacer justicia y a considerar que la auto amnistía vigente no debía y no podía ser obstáculo para que, judicialmente, se investigue y determinen las responsabilidades correspondientes y que asimismo, vetó una ley que podría haber contribuido con la amnistía. “

“56. Merece especial reconocimiento la creación de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación y, asimismo, la labor que ésta cumplió reuniendo antecedentes sobre violaciones a los Derechos Humanos y los detenidos desaparecidos, cuyo informe individualizó a las víctimas --y entre ellas los casos de las 70 personas comprendidas en la denuncia-- trató de establecer su paradero y medidas de reparación y reivindicación para cada una de ellas; reconoció que los casos de estas personas constituían violaciones graves a los derechos fundamentales en las que tuvieron participación agentes del Estado; reconociéndoles, al no determinarse su paradero, la condición de "detenidos desaparecidos".

“57. También merece el mismo reconocimiento la ley No. 19.123, iniciativa del Gobierno democrático, que concede a los familiares de las víctimas: a) pensión única vitalicia en monto no inferior a la retribución promedio de una familia en Chile; b) procedimiento especial para la declaración de muerte presunta; c) atención especializada por parte del Estado, en materia de salud, educación y vivienda; d) condonación de deudas educacionales, habitacionales, tributarias y otras con organismos estatales; y, e) exención del servicio militar obligatorio para los hijos de las víctimas.”

“58. Sin embargo tales medidas no son suficientes para garantizar el respeto de los Derechos Humanos de los peticionarios, conforme a lo prescrito en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras el derecho a la justicia que les asiste no sea satisfecho.”(énfasis agregado)

Por último, la Comisión expresamente señala que el Estado chileno Incumple las obligaciones impuestas por la Convención Interamericana en sus artículos 1(1),2, 8 y 25,

que señalan que el Estado incumple con la Convención al mantener la vigencia del Decreto Ley de Amnistía durante los gobiernos democráticos posteriores, tal como se observa en el párrafo que se transcribe:

“88. Confirman el incumplimiento por parte del Estado de Chile de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Convención los siguientes hechos: que el Decreto-Ley 2191 emitido por la dictadura militar que se instaló en Chile entre 1973 y 1990 no ha sido derogado por el actual Poder Legislativo, sino que se mantiene en vigor; que dicha legislación interna de Chile no ha sido adecuada a las normas de la Convención; y que la misma tiene aplicación para los procesos judiciales en trámite según lo declaró su actual Poder Judicial”

#### a.4.3. Período 1999

Luego, La Comisión se ha pronunciado en igual sentido en el año **1999, frente al caso N° 11.725 de Carmelo Soria Espinoza**. Las leyes de amnistías son contrarias al espíritu de la Convención y del derecho internacional, pues no permiten una adecuada investigación de los hechos, acceso a la justicia, reparación a las víctimas y sanción a los responsables. De este modo ha sostenido que:

“67. Por su parte la Corte ha dicho que "Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía...que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento... en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado... En consecuencia, el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los Derechos Humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad". La Corte ha definido la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana...”

Tanto el régimen militar como la amnistía de él emanada, son totalmente condenadas por la Comisión Interamericana. La amnistía, de acuerdo a su creación, fin y contenido, contraviene la Convención Interamericana y sólo busca encubrir crímenes de lesa humanidad. La Comisión es particularmente dura al manifestarse en relación al caso

chileno.

Es posible que esto se deba a la comparación entre la situación vivida en Chile y en el resto de Latinoamérica, a la gravedad de los hechos vividos en nuestro país, a lo extenso de la dictadura militar o quizás a lo injustificado de los hechos acaecidos. Quizás la manera de pronunciarse de la Comisión simplemente se deba a las características de la ley de amnistía, que la convierten en una ley reprochada por la Comisión por ser antidemocrática, arbitraria y que tener como fin la impunidad y no la reconciliación nacional.

b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>78</sup>

La Corte Interamericana desde sus primeras decisiones jurisprudenciales ha mantenido una misma línea interpretativa respecto de las leyes de amnistía, pero esta interpretación ha presentado una evolución por períodos o etapas hasta obtener la actual posición de la Corte Interamericana.

La Corte Interamericana ha sostenido una línea argumentativa que se ha configurado a través del tiempo. En un comienzo, la Corte sostuvo la obligación de los Estados de garantizar los derechos establecidos en la Convención, luego se pronunció respecto de las leyes de amnistía como impedimentos para el cumplimiento de los deberes a los que los Estados parte de la Convención se han obligado y finalmente se mostró contraria a la aplicación de este tipo de leyes por impedir la investigación de los hechos, el castigo de los responsables y la reparación a las víctimas. Lo anterior se puede observar en los fallos que a continuación comentaré.

a.1. Caso Velásquez v/s Honduras.

Uno de los primeros y más importantes casos en el tema de violaciones masivas a los Derechos Humanos en Latinoamérica, es el caso “Velásquez Rodríguez v/s Honduras”, pues ha revestido ha influido en el desarrollo jurisprudencial y ha marcado precedente en relación con el tema de la tesis.

Honduras, estuvo bajo un gobierno militar por aproximadamente diez años. Con el

---

<sup>78</sup> Corte Interamericana o La Corte.

comienzo del período de transición a un gobierno democrático comienzan los atentados terroristas por parte de los militares salientes. Dichos atentados fueron comandados en su gran mayoría por Gustavo Álvarez. En este contexto se dictan tres leyes de amnistía que buscaban resguardar la impunidad de los militares ejecutores de violaciones a los Derechos Humanos.

El Caso Velásquez Rodríguez fue presentado por la Comisión Interamericana a la Corte entre los años 1981 y 1982. Durante la tramitación de la causa, el 29 de noviembre de 1987, el gobierno de Honduras decretó una ley que amnistiaba los delitos políticos cometidos con anterioridad a la fecha de la ley.

El Caso de Honduras, destaca por la fuerza de la violencia desplegada, incluso, cuando se estaba llevando los procedimientos de ante la Corte Interamericana, dos testigos fueron asesinados.

En la causa Velazquez Rodríguez, la Corte declaró el incumplimiento de Honduras de los deberes adquiridos al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1(1) esto es, el deber de garantizar el libre ejercicio de los Derechos Humanos.

Como sanción al incumplimiento estableció la obligación de investigar los delitos cometidos, sancionar a los culpables y reparar a las víctimas. Se pronunció señalando que es deber del Estado adoptar medidas y disposiciones internas que permitan prevenir violaciones a los derechos humanos. En este sentido la Corte ha señalado:

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los Derechos Humanos.”(énfasis agregado)

“174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los Derechos Humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”

La Corte se pronunció, además, respecto de de las desapariciones forzadas como

delito permanente, tesis que ha sido utilizada por la jurisprudencia nacional en Chile.

“155. La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar...”

“158. La práctica de desapariciones, además de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación.”

Es importante destacar, que en la causa en cuestión la única disposición infringida es la genérica del artículo 1(1), pues no existe una disposición específica a aplicar. Se sanciona por no garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos.

#### a.2. Caso El Amparo v/s Venezuela

En igual sentido, la Corte reitera la obligación de investigar y sancionar en el año 1996, en el caso “El Amparo”, en la sentencia de Reparaciones, disponiendo que:

“61. Respecto a la continuación del proceso para la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, esa es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los Derechos Humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”.<sup>79</sup>

#### a.3. Caso Castillo Páez v/s Perú

En un segundo período, la Corte se ha pronunciado respecto de las leyes de amnistía en el caso “Castillo Páez”, en la sentencia de reparaciones y costas de fecha 27 de Noviembre de 1998. Esta sentencia dispone que la obligación del Estado Peruano de garantizar la investigación, sanción y reparación a las víctimas por las violaciones de los derechos garantizados en la Convención, no pueden ser vulneradas por leyes de amnistía. No es una simple declaración de las obligaciones que han contraído los Estados, existe un énfasis en señalar que los Estados no pueden excusarse de cumplir

---

<sup>79</sup> Caso el Amparo disponible en [www.corteidh.org](http://www.corteidh.org)



dichas obligaciones mediante leyes de amnistía, por cierto, pareciera que el énfasis de la Corte está en el deber de descubrir la verdad y de reparar a las víctimas más que el deber de sancionar.

En este caso, Perú alegó ante la Comisión que, de conformidad con el artículo 6 de la Ley No. 26.479, se otorga amnistía a todas las personas responsables de delitos como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, así hayan sido individualizadas o no, denunciadas, procesadas o investigadas<sup>80</sup>.

Perú señaló que las leyes de amnistía fueron dictadas ante la compleja situación existente al interior del Estado, y que impiden la imposición de una sanción penal pero dejan subsistente la reparación pecuniaria.

Frente al argumento del Estado Peruano, la Corte manifestó lo siguiente:

En su sentencia de 3 de noviembre de 1997, la Corte estableció, como obligación del Estado del Perú, la de investigar los hechos en los siguientes términos:

“103. En relación con las violaciones a la Convención Americana anteriormente citadas [artículos 7, 4, 5 y 25, en relación con el 1.1.] la Corte considera que el Estado peruano está obligado a investigar los hechos que las produjeron. Inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos. Corresponde por tanto al Estado, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance. A ese deber de investigar se suma el de prevenir la posible Comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas. Tales obligaciones a cargo del Perú se mantendrán hasta su

---

<sup>80</sup> Las leyes de amnistías **N° 26.479 y N° 26.492**. La ley N° 26479 en su artículo 1° conceden: “amnistía general al personal militar, policial y civil, cualquiera fuere su situación militar, policial o funcional, que se encontrara denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes o militares por hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de su promulgación.”

total cumplimiento. (Caso Castillo Páez, supra 70, Párr. 90)

“105. La Corte retoma lo dicho en el transcrito párrafo 90 de la Sentencia de fondo (supra 103) y considera que entre las “dificultades del orden interno que impiden identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza”, se encuentra esa Ley de amnistía expedida por el Perú (supra 68.C.e.), debido a que esa ley obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.”(énfasis agregado)

#### a.4. Caso Loaysa Tamayo v/s Perú

En el mismo sentido y con ocasión de las leyes de amnistía peruanas antes mencionadas, la Corte Interamericana ya se había pronunciado en el caso “Loayza Tamayo”, en sentencia de fecha 27 de septiembre de 1998.

“168. La Convención Americana garantiza que toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado tiene la posibilidad de acudir ante la justicia para hacer valer sus derechos y asimismo impone a los Estados la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los Derechos Humanos. Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Perú en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado.”(énfasis agregado)

#### a.5. Caso Barrios Altos v/s Perú

En el caso “**Barrios Altos**”, en sentencia de fondo de fecha 14 de marzo de 2001. Observamos una posición más directa, en la cual se habla de castigo para los responsables y de la incompatibilidad de las leyes de amnistía internas y la Convención Interamericana por lo que las primeras carecerían de efectos jurídicos.

Se presenta ante la Corte Interamericana, una demanda en contra del Estado peruano,

invocando la violación del derecho a la vida en contra de una quincena de personas<sup>81</sup>, y a la violación al derecho a la integridad personal en contra de cuatro personas más<sup>82</sup>, derechos consagrados en la Convención Americana.

Se solicitaba además que se declarara la violación de las garantías judiciales, la protección judicial, la libertad de pensamiento y expresión, también garantizados en la Convención Americana. Esto se reclamaba como consecuencia de la promulgación de las leyes N° 26479 y N ° 26492 de amnistía, por lo que además se solicitaba la declaración del incumplimiento por parte del Estado del artículo 1(1) y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Antes de llegar esta causa a la Comisión Interamericana y con posterioridad a la Corte Interamericana, se presentó la causa a los tribunales ordinarios peruanos. Con fecha 16 de junio de 1995 se determinó por la jueza Antonia Saquicuray que el artículo 1° de la ley de amnistía N °26479 no era aplicable al caso, por ser la amnistía contraria a la Constitución peruana y a la Convención Americana de Derechos Humanos, dando superioridad jerárquica al derecho internacional sobre el local. Con posterioridad la Fiscal de la Nación, por una conferencia de prensa, califica el fallo como un error y sostiene que la amnistía tiene estatuto de ley constitucional, por lo que primaba en su aplicación.

El Congreso decretó una nueva ley de amnistía, la N° 26.492, señalando que la amnistía no era revisable en sede judicial, siendo obligatoria su aplicación, junto con lo anterior se amplió el carácter de la primera. Con fecha 14 de Julio de 1995 se revocó la

---

<sup>81</sup> Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolzco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquifigo, Odar Mender Cifuentes Núñez y Benedicta Yanque Churo

<sup>82</sup> Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez.

decisión de la jueza Saquicuray. El fallo señalaba que la ley de amnistía no contradecía los tratados internacionales de derechos humanos.

La Corte se pronunció expresamente respecto de la incompatibilidad entre leyes de amnistía internas y la Convención, sosteniendo que disposiciones como las amnistías son inaceptables porque impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de Derechos Humanos, derechos que son garantizados por el derecho internacional. En esta oportunidad la Corte decide restarle valor a las amnistías, por ser contrarias al espíritu de la Convención. Es decir la Corte declara ineficaz el derecho nacional de conformidad al derecho internacional de los derechos humanos. Por último se declara que Perú, al aplicar la ley de amnistía, habría incumplido con los artículos 1 (1), 2, 8(1) y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

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

“44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”(énfasis agregado)

Pareciera que la Corte mediante este pronunciamiento, esta excediendo el ámbito de sus funciones, ejerciendo una labor que no le empece. Declarar ineficaz el derecho interno, cae en el ámbito de soberanía que cada estado posee, no puede la Corte cumplir la función que le corresponde al poder legislativo local. Por otra parte pareciera que está llamando a los jueces a aplicar el derecho internacional por sobre el nacional, pues de lo contrario, estos fallos serán declarados ineficaces. Hablamos de anticipar la

labor del juez de la Corte interamericana, obligando al juez local a ejercer un control de convencionalidad anticipado.

Esta opinión es reiterada por el Juez Cancado Trincade en el voto razonado que emitiera en el presente caso:

“Hay que tener presente, en relación con las leyes de auto amnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones de jure de los derechos de la persona humana. El corpus juris del Derecho internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de auto amnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos Humanos. “

Me parece que la opinión de Cancado, pese a sostener la existencia de una prohibición absoluta en el derecho internacional de aplicación de leyes de amnistía en el derecho nacional, apunta- quizás sin quererlo- a una reflexión que hacer. Ocurre que, aún cuando se sostuviera que existe una prohibición de leyes de amnistía en el derecho internacional ello no le resta valor a las leyes de amnistía locales, no se le atribuye facultades al derecho internacional para entrometerse en el derecho nacional. A lo sumo, lo que puede ocurrir es que los organismos internacionales concluyan que existe una incompatibilidad entre la norma interna e internacional, no poseen la facultad de determinar cual de ambas legislaciones- nacional o internacional- prima.

#### a.6. Caso Almonacid Arellano v/s Chile

En el mismo sentido está el Caso Almonacid Arellano contra el Estado de Chile. Se presentó por la falta de investigación y sanción por la muerte de Almonacid Arellano.

Se sostiene que se violó el artículo 1(1), 2, 8 y 25, es decir, no se cumplió con la

obligación por parte del Estado de respetar los derechos garantizados en la Comisión, existió vulneración de las garantías judiciales y falta de protección judicial respectivamente. La violación a los derechos N° 8 y 25 dicen relación con la aplicación del Decreto Ley amnistía N° 2191 de 1978.

La Corte razonó de la siguiente manera. En primer lugar se determinó que el asesinato del Sr. Almonacid Arellano constituía un crimen de lesa humanidad, en segundo lugar que existía una prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad basados en la Convención de la ONU y en el artículo 3 de Ginebra ambos ratificados por Chile en la década del cincuenta, pero sobre todo, porque el *Ius Cogens* prohíbe la Comisión de dichos crímenes.

Luego, los crímenes de lesa humanidad son inadmisibles por ser contrarios al espíritu del derecho internacional y especialmente al espíritu de la Convención Americana. “Según el *corpus iuris* del Derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los Derechos Humanos y afecta a la humanidad toda.”[Considerando 105], tal como a continuación se transcribe:

“111.-Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.” Al respecto, este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”.

“114.-La Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no

se puede conceder amnistía.”

La Corte Interamericana, determinó que el Decreto Ley N° 2191 era ineficaz y que Chile al mantenerlo en el ordenamiento jurídico ha incumplido con la obligación impuesta en el artículo 2 de la Convención.

“119. Leyes de amnistía con las características descritas (supra Párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.” (énfasis agregado)

Otro tema abordado por el fallo, es el “**Control de Convencionalidad**”, como un deber de los jueces de fallar de conformidad al derecho internacional, cumpliendo el rol de garantes de la aplicación del derecho internacional sobre el derecho local. Es decir, frente a la inactividad de los legisladores de resolver el problema que presenta la aplicación del DL 2191, se entrega el conflicto al poder judicial, sobre el cual la Corte Interamericana puede ejercer mayor presión. Lo anterior se evidencia en el siguiente párrafo:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” ( énfasis agregado)

Se puede observar como los últimos fallos se pronuncian contrarios a las leyes de

amnistías, sosteniendo que ellas carecen de todo valor, al ser contrarias al derecho internacional. Igualmente, se caracterizan estas violaciones a los derechos consagrados en la Convención como violaciones al ius cogens y se destaca el carácter de delitos de lesa humanidad.

a.7. Caso La Cancuta v/s Perú.

El fallo del caso “La Cancuta” no presenta grandes novedades, sin embargo el Juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado, realiza una suerte de resumen de “el criterio de la Corte Interamericana en esta materia”. A continuación transcribo un extracto:

”3. En síntesis, el criterio de la Corte Interamericana en esta materia plantea: a) la vigencia de los deberes de respeto y garantía establecidos en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no obstante los obstáculos de derecho interno que pudieran desencaminar el debido cumplimiento de esas obligaciones asumidas por el Estado, en ejercicio de su soberanía, al constituirse como parte en la Convención; b) el consecuente destierro de la impunidad por delitos de suma gravedad -- violaciones graves a los Derechos Humanos- que pudiera provenir de esos obstáculos; y c) el deber del Estado de introducir en su orden interno las medidas necesarias para alcanzar la vigencia de aquellos deberes y el destierro de esa impunidad, conforme a lo estipulado en el artículo 2 CADH.”(énfasis agregado)

Si se observa, en el numeral tres se establece la obligación de los Estados de tomar todas las medidas internas para resguardar la vigencia de los derechos humanos asegurados en la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo con el estandar exigido por la Corte.

c. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Este capítulo se centra en el Sistema Americano de Derechos Humanos, por lo que sólo a modo de mención, se tratará la opinión del comité de derecho humanos respecto del tema.



Desde los años 80 el Comité disponía que las violaciones graves de Derechos Humanos debían ser investigadas y sancionadas y que no debían volver a ocurrir.

En el año 1992, trata la aplicación de la amnistía dentro de las violaciones a los Derechos Humanos. En la 44° sesión, observación N° 20, en relación a la “prohibición de la tortura y otros u otros tratos inhumanos o penas crueles inhumanas o degradantes” el Comité se pronuncia como sigue:

“15. El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible “

Respecto de esta observación, se ha sostenido por algunos autores, que el comité en la declaración del año 1992, no tiene una posición del todo estricta:

*“There are certain ambiguities evident in even this apparently categorical statement: note the qualification in ‘generally’. The duty of states as outlined comprises investigation, guaranteeing freedom from (in this context) torture and ensuring it does not re-occur. There appears to be a margin of appreciation as to how state fulfills the latter two requirements. No mention is made of a duty of states to punish violators. As far as the right of individual to a remedy, earlier cases have established that this does not include a right to require the criminal prosecution of the perpetrator”<sup>83</sup>*

En el año 2004, la Comisión se pronuncia en el mismo sentido con ocasión del 80° período de sesiones al tratar “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el pacto.”

“18. Cuando las investigaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo 15 revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la

---

<sup>83</sup> Gavron, *op cit.* 40. pp. 99

Investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (Art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (Art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad (véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Art. 7)

En consecuencia, cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto a que se hace referencia en el presente párrafo, los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías (véase la Observación general Nº 20 (44)) y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. Además, ninguna posición oficial justifica que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de responsabilidad jurídica. ...<sup>84</sup> (énfasis agregado)

En esta opinión, el comité presenta una posición mucho más directa que exige investigación y responsabilidad jurídica. Sin embargo, se podría sostener que sigue existiendo un margen de apreciación que da espacio para variadas interpretaciones, ya que, al hablar el Comité de “responsabilidad personal”, no determina si estamos hablando de responsabilidad civil o penal. Se podría incluso someter a los responsables a la justicia, llevar adelante los procedimientos, atribuir responsabilidades penales y civiles, y luego, aplicar una causal de exculpación como sería una amnistía impropia, subsistiendo en consecuencia la responsabilidad civil. Pareciera que la opinión del Comité deja vacíos o espacios discrecionales, y que podría ser mucho más clara al referirse al tema en cuestión.

#### d.-El caso de Sudáfrica

---

<sup>84</sup> Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de fecha 27 de mayo de 2008, pp.. 294. Disponible en [www.hri.ca](http://www.hri.ca)

Pese a que el caso de Sudáfrica puede excederse al estudio geográfico que se está realizando, parece imprescindible incluirlo en el análisis por cuanto el proceso de transición a la democracia que ha vivido no deja indiferente a nadie por la propuesta que ofrece y porque suscita diversas opiniones a su respecto.

Con el retorno a la democracia tras el régimen apartheid, el primer parlamento elegido por voto universal creó la Comisión de Verdad y Reconciliación. Esta comisión tenía como primer objetivo exponer a la sociedad un retrato de las causas, la naturaleza y la duración de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen apartheid, es decir, exponer un cuadro de lo ocurrido a la sociedad, además de lograr la reconciliación.

En segundo lugar tenía por objetivo establecer en que casos y bajo que condiciones procedería una amnistía. Para esto se crearon tres comités, el Comité de Violaciones a los Derechos Humanos que debía velar por las víctimas, escuchar sus testimonios, seguir una investigación, el Comité de Amnistía que evaluaría las solicitudes de amnistía que se le presentarían y por último el Comité de Rehabilitación y Reparación, que debía velar por reparar la vida de las víctimas del apartheid.

El Comité de Amnistía podía aplicar esta cuando el solicitante divulgaba ante ellos la información relevante de los hechos y que los hechos en cuestión estuvieran asociados a un objetivo político. Los actos con una connotación delictiva y no política, en consecuencia, eran excluidos. Los efectos de la aplicación de la amnistía son eximir de la responsabilidad penal y civil. Respecto de la eliminación de la responsabilidad civil este efecto, produce una de las críticas más duras a la aplicación de la amnistía, pues deja sin reparación a las víctimas.

Se puede observar que el sistema utilizado en Sudáfrica tiene varias peculiaridades tanto por las amplias facultades que tienen la comisión, como por la forma en que es concedida la amnistía pues es otorgada de manera personal, es decir limitada, cuando se cumpliera los dos requisitos señalados en el párrafo anterior: (i) Existencia de una

confesión completa de los hechos, (ii) Que los actos sobre los que debiese recaer la amnistía tuviesen una connotación política. En este último punto, los detractores de la aplicación de la amnistía plantean nuevas críticas puesto que no se hacen distinciones entre la gravedad de los hechos cuando se está evaluando el objetivo del acto, es decir, no existen categorías de delitos excluidos.

Siguiendo con las críticas, la autora Jessica Gavron, señala que algunos de los detractores de la amnistía están preocupados por la promulgación de leyes que no reconocen la criminalidad del régimen apartheid y luego sin distinguir entre los actos cometidos en la perpetuación de este y los cometidos en resistencia de él. La autora también reconoce que existen visiones menos exigentes de justicia como Goldstone quien ha señalado que sino fuera por la Comisión de Verdad y Reconciliación hasta el día de hoy habrían personas que seguirían diciendo que los hechos del apartheid no ocurrieron.

La autora relata que la Corte Constitucional Sudáfricana confirmó la legalidad de la ley de amnistía señalando que esta no violaba la Constitución ni el derecho internacional, incluso distinguió entre atender a obligaciones internacionales de aquellos ocurridos al interior de la soberanía del estado, caso en el cual, el estado es el mejor capacitado para determinar la forma de lograr la reconciliación y la reestructuración.

La opinión que el sistema de derecho internacional tiene respecto del proceso Sudáfricano es de aprobación. La autora cita como ejemplo resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas emitidas durante el régimen Apartheid en las cuales se condena al Apartheid como una grave violación a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, llamando a los estados a implementar la convención Apartheid y a perseguir los crímenes, pero una vez que hubo comenzado la transición a la democracia, se guardó silencio respecto de las circunstancias en que era poco probable que la Corte procesara a los responsables de los ilícitos cometidos durante el régimen.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Gavron, Op. Cit, N°10, pp.113-117

Al igual que en los organismos internacionales, la doctrina no presenta una postura clara al respecto. Por una parte hay quienes miran con buenos ojos el caso Sud africano y ven el un ejemplo a seguir para resolver conflictos internos con características similares. Al respecto podemos referirnos a la opinión de los autores Garth Meintjes y Juan Méndez, quienes en su artículo “ La Reconciliación de la amnistía con la Jurisdicción Universal” sostienen que las leyes de amnistías son herramientas que pueden ser utilizadas para perpetuar la impunidad de violaciones a los derechos humanos o ser una oportunidad de reconciliación entre las partes en conflicto, para lograr el segundo objetivo, un gobierno no puede hablar de total impunidad ni de total castigo, Sudáfrica sería un gran ejemplo de un proceso en que el objetivo estaría, en gran parte, satisfecho. Chile- por el contrario- sería un caso en el cual se debe seguir trabajando arduamente.

Plantean los autores, que Sudáfrica, representa un esfuerzo por cumplir con los requerimientos de la comunidad internacional, un rechazo a la amnistía general y una sugerencia de un criterio para la concesión de amnistías. Según la visión de Meintjes y Méndez se ha aplicado un plan innovador que evita los errores de una ley de amnistía general y destaca la importancia de decir la verdad como pilar fundamental de la nueva democracia. Se trata de un buen ejemplo de cómo lidiar con el pasado y cumplir con las exigencias de la comunidad internacional.

Los autores reconocen que un defecto de la aplicación de la amnistía es la exoneración de la responsabilidad civil y la indefensión que esto produce a las víctimas pero prefieren destacar las virtudes que ha generado la aplicación de la amnistía por el Comité. Al tratarse de una amnistía, otorgada por un comité y no de manera generalizada, se analizan caso a caso, señalan los autores. Del total de los casos presentados sólo una parte de los solicitantes recibieron amnistía de los cuales la mayoría no son líderes, ni militares. (La gran mayoría de los militares no han presentado sus casos al Comité de amnistía porque muchos de ellos no creían tener nada de que avergonzarse señalan los autores)

Los autores destacan el trabajo del Comité de Amnistía señalando que mediante una evaluación detallada de los criterios para aplicar la amnistía (es decir que los hechos sean relacionados a actos políticos y que exista una confesión de todos los hechos relevantes) se ha logrado aplicar estas leyes cumpliendo con los estándares del derecho internacional.<sup>86</sup>

Muy distinta es la opinión de Phenyo Keiseng Rakate, quien redacta un artículo en respuesta al artículo de los autores Meintjes y Méndez, controvirtiendo la opinión estos, señalando que la Comisión de Verdad y Reconciliación Sudáfricana no satisface los estándares del derechos internacional, tanto así, que los autores mencionados no hacen alusión en su artículo a la forma en que la Comisión cumpliría con dichos estándares internacionales, pues sencillamente esta no cumple con ellos. Es más, no hay bases para sostener dicha afirmación.

Según el autor, la Comisión de Verdad y Reconciliación ha fallado. Respecto de la Reparación este objetivo no se cumple porque las victimas no obtienen nada, respecto de la reconciliación muchos culpables aún no están arrepentidos, lo que queda demostrado cuando el Consejo de Investigación de Ciencia Humanas realizo una encuesta en que la mayoría de los Sudáfricanos blancos continúan pensando que el Apartheid era una buena idea pero mal administrada. Según el autor hay muchos quienes creen que el perdón y la reconciliación requieren de un acto privado entre personas y no de una catarsis pública como la Comisión quiere hacerles creer.

Las opiniones respecto al tema son diversas y sin duda no lograremos s en este trabajo llegar a un acuerdo respecto a ellas, sin embargo, es posible sacar conclusiones respecto del tema Sudáfricano que son bastantes útiles En primer lugar sin tomar una postura respecto de si la Comisión de Verdad o Reconciliación Sudáfricana ha cumplido con su rol de reconciliar y reconstruir, e incluso si cumple o no con los estandares internacionales, en necesario señalar que la misma comunidad

---

<sup>86</sup> Meintjes, G- Méndez, J: "Reconciling Amnesties with Universla Jurisdiction",en International Law FORUM du droit international2:76-97, 2000.

internacional no ha sido clara a este respecto. En este sentido, pareciera ser, que el caso Sudáfricano confirma la regla de que las amnistías no están prohibidas en el derecho internacional, siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos mínimos. Más aún cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas llama al gobierno Sudáfricano a otorgar y garantizar la amnistía a los seguidores del Apartheid.<sup>87</sup>

En segundo lugar, me parece importante y sumamente vergonzoso, por cierto, que en oposición al proceso Sudáfricano se ubique, por los autores, el caso Chileno y muchas veces el caso de Pinochet. Es decir, en una mano tenemos un Estado que quizás con fallas, con quejas, ha hecho el intento- quizás fallido- pero lo ha hecho, ha innovado, ha buscado una alternativa que implica investigación, verdad, perdón. En la otra mano está el caso Chileno que se trata del ejemplo de las leyes de amnistía que no son aceptadas por el derecho internacional, aquellas que son auto decretadas, con el sólo objetivo de lograr la impunidad, que no contemplan investigación, ni reparación a las víctimas. Para terminar este literar transcribo las siguientes citas en relación al caso Chileno y Sudáfricano.

“The South African system of amnesty would present the Court with a very different proposition to that of Chile. This amnesty is granted only in direct exchange for disclosure and admission by the individual perpetrator of the crimes he has committed (something that may well not have been forthcoming at a trial). The amnesty was conceived, in part, to facilitate the recording of the truth rather than denial of the past, thus the traditional association of amnesty with amnesia is inverted”<sup>88</sup>

“However, while it is true that Chilean courts are entertaining a number of criminal complaints in which Pinochet is named, few Chilean courts have thus far taken the steps necessary to tear down the walls of impunity protecting him. These barriers include the self-amnesty law, the assertion of military court jurisdiction....”<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Customary International International Humanitarian Law. Rule 159 Volumen I.

<sup>88</sup> Gavron, Op cit, N°40, pp 115.

<sup>89</sup> Meintjes- Méndez, Op cit, N° 80, pp79.

#### f.. Conclusiones

Hoy en día, la Comisión Americana de Derechos Humanos se muestra contraria a la aplicación de leyes de amnistía por los Estados parte, lo que se funda en que dicha leyes -sea cual fueren sus características- impiden al Estado cumplir con las obligaciones por éste contraídas al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, como se desprende de lo expuesto en el presente trabajo, no siempre la Comisión sostuvo la misma postura. Se puede sostener que en un comienzo, la Comisión se mostró abierta a las amnistías, entendiendo que no existe una prohibición absoluta, siempre que estas leyes cumplan con ciertas características, entre las cuales podemos mencionar: (i) que sean decretadas democráticamente, ó, que no sean auto amnistías, es decir que no emanen de aquellos a quienes amnistiará la ley. (ii) que tengan como objetivo la paz social, (iii) que se investiguen los hechos y se obtenga la verdad.

De lo anterior se desprende que no podemos hablar de una prohibición absoluta, por cuanto se ha permitido ciertos tipos de amnistía. Es decir, de los actos de la comisión se entiende que las amnistías bajo ciertos supuestos, como es propender a la paz y a la unidad nacional, existen en el derecho internacional.

Esto reafirma la conclusión esbozada en el capítulo anterior, en el sentido que no existe una norma de los Cogens que prohíba la aplicación de leyes de amnistía por cuanto, la Comisión ha aceptado su existencia y validez, en determinados casos.

También es posible observar, que en el año 1985 existía mayor respeto respecto de la soberanía de cada Estado, porque la Comisión expresamente sostiene que la aplicación de leyes de amnistía es un asunto que debe resolverse al interior de cada Estado y de manera democrática.

Sin embargo, la postura de la Comisión ha ido cambiando con el transcurso de los



años hasta negarse a aceptar cualquier tipo de amnistías. Si bien es cierto que su postura ha sido más permisiva que la postura de la Corte Interamericana, ha señalado que las amnistías vulneran la Convención, ya sea en el caso de la Amnistía del Salvador-que no dejaba persistente las sanciones civiles, ni penales y mucho menos procuraba la investigación de los hechos- ni en el caso de la Ley de Amnistía de Argentina – donde se realizaron investigaciones, existieron procesamientos y compensaciones a los familiares de las víctimas.

Es importante destacar que la Comisión constantemente realiza una caracterización de las leyes de amnistía. No elimina la distinción entre tipos de amnistía, realizada en el informe anual de los años 1985-1986. Se establece una especie de estándar en el cual ciertos tipos de amnistías son más aceptables que otros. El caso de Argentina, de acuerdo a este criterio, sería un proceso ejemplar. Por el contrario el caso Chileno, en el que mediante una ley dictada por la Junta militar se logra la impunidad, sería un caso reprochable.

Por su parte, como se puede observar, la Corte Interamericana ha mostrado una postura que prohíbe la aplicación de leyes de amnistía argumentando que el derecho internacional, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos imponen a los Estados la obligación de garantizar los derechos contenidos en ella. La aplicación de leyes de amnistía impediría a los Estados cumplir con las obligaciones contraídas, vulnerando el espíritu de la Convención, luego las leyes de amnistías son contrarias al derecho internacional y en consecuencia carecen de efectos jurídicos.

La Corte, mediante el argumento antes descrito, realiza un silogismo que termina concluyendo que las leyes de amnistías son contrarias al derecho internacional, por lo que estaría prohibida su utilización. Sin embargo, reiterando las conclusiones elaboradas en el capítulo II, de la garantía a ciertos derechos como es el derecho a la vida o la prohibición de la tortura no es posible deducir lógicamente una prohibición de aplicación de leyes de amnistías.

La amnistía es una institución, excepcional y bastante antigua, por cierto, que tiene como objetivo la superación de crisis sociales. No busca, en modo alguno, derogar las leyes penales, ni restar valor o dejar sin efecto normas de derecho internacional. Se trata de un acto de perdón, que busca superar conflictos nacionales. Por lo que, resulta desacertado sostener que las leyes de amnistías son contrarias y prohibidas por el derecho internacional, más aún sostener que al ser estas leyes contrarias al derecho internacional, carecen de efectos, pues es un asunto de derecho interno- tal como lo ha sostenido la Comisión Interamericana- determinar si estas serán aplicables y cuales serán sus efectos.

Pese a lo anterior, el criterio sostenido por al Corte, respecto de considerar que leyes de amnistía son contrarias al derecho internacional, fue instaurándose progresivamente hasta verse consolidado en el caso Almonacid Arellano, en el que la Corte va aún más lejos y, planteo que mediante el control de convencionalidad los jueces se ven obligados a aplicar el derecho internacional sobre el nacional.

La influencia que ejerce la Corte en las jurisdicciones internas no es menor, y a mi parecer es reprochable que se imponga al poder judicial interno la obligación de ejercer una labor que corresponde a los jueces de la Corte Interamericana, como es el control de convencionalidad. Lo que produce es un doble control, es decir, un juez local al momento de fallar debe considerar la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la opinión al respecto, para elaborar un fallo que no sea reprochable ante los ojos de la Corte. En el sentido antes mencionado, se puede sostener, que la Corte ha tergiversado las funciones que le competen tanto a ella como a los tribunales locales.

#### **CAPÍTULO IV. ¿Qué ocurre en el caso chileno?**

Como se señaló en el capítulo I, en Chile se han dictado numerosas amnistías durante la vida republicana<sup>90</sup>, la última de las cuales fue decretada el 19 de abril del año 1978, mediante un decreto ley emitido por el gobierno de facto de Augusto Pinochet Ugarte.

Nuestro Código Penal la contempla en el artículo 93 N°3, dentro de las causales de extinción de responsabilidad, otorgándole el efecto de extinguir toda responsabilidad por el ilícito cometido.

La aplicación del Decreto Ley de Amnistía presenta varios problemas en su aplicación, existiendo dos posturas al respecto, aquella que acepta la aplicación del DL 2191 del año 1978, y aquella que sostiene que es inaplicable por ser contraria al derecho internacional. Ambas posturas han tenido apoyo en la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia<sup>91</sup> ha sostenido una línea vacilante al respecto, y si bien en los últimos años la tendencia jurisprudencial ha otorgado superioridad al derecho internacional sobre el DL 2191 de 1978, aquello no es una garantía para los

---

<sup>90</sup> Respecto de las amnistías en nuestro país podemos mencionar que desde la constitución de 1833 se reconocía la facultad de decretar leyes de amnistía e indultos, en el artículo 37 n°11. Con posterioridad la constitución de 1925 también reconocía expresamente esta facultad. En la historia de nuestro país se han decretado variadas leyes de amnistía, entre las que podemos enumerar a modo ejemplar: (i) Ley de 14 de febrero de 1827 que concedió la amnistía a los ciudadanos involucrados en la rebelión encabezada por Enrique Campino que depuso al presidente Agustín Eyzaguirre; (ii) Ley de 23 de octubre de 1841 que concedía la amnistía a todos los chilenos desterrados políticos; (iii) Durante el gobierno de Balmaceda, tras un conflicto entre el ejecutivo y gran parte del congreso se dictaron leyes de amnistía; (iv) Ley de amnistía de 1985, número 305, que concedía la amnistía respecto de los delitos cometidos en la Guerra entre Perú y Bolivia; (v) Ley N 3362 de 1918 al conmemorar el centenario de la batalla de Maipú; (vi) Decreto Ley N 233 de 1925 que concedió la amnistía a los condenados y procesados por delitos electorales, contra las autoridades y la seguridad interior del Estado.

<sup>91</sup> Corte Suprema de Justicia o Corte Suprema o C.S.

futuros casos que deba conocer, ni una solución al conflicto planteado en esta tesis.

a. Postura que acepta la aplicación de el DL 2191 del año 1978

Como ya se ha dicho, con el retorno a la democracia, comienzan a interponerse acciones ante la justicia por causas de violaciones a los derechos humanos. Podemos señalar que la jurisprudencia desde el año 1990 al año 1998 fue proclive a la aplicación de la Ley de Amnistía. A modo general, el argumento utilizado fue considerar la amnistía como una causal objetiva de extinción de responsabilidad. Se señalaba la primacía del derecho nacional sobre el internacional.

a.1. Caso de Sergio Insunza Bascuñan, hito jurisprudencial

Durante los años 1990 hasta 1995, la jurisprudencia exigió solamente el requisito de cumplir con los presupuestos del DL 2191 para que proceda su aplicación.

En uno de los primeros casos de relevancia, es el fallo de Sergio Insunza Bascuñan<sup>92</sup>, fallado con fecha 24 de agosto de 1990, se decreta la aplicación de la Ley de Amnistía. En esta causa se presenta un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Santiago, el que es fallado con fecha 24 de agosto de 1998. Los argumentos utilizados por el recurrente fueron: (i) el Decreto Ley de Amnistía no reviste las características de una amnistía propiamente tal, (ii) que el DL2191 es contrario a la Constitución en su artículo 60 N° 16 y 19 N°2 y (iii) el DL 2191 es contrario al derecho internacional.

---

<sup>92</sup> C.S., 24.8.1990, G.J N° 131, pp. 139, causa de Sergio Insunza Bascuñan, Rol N°553-78 de la segunda fiscalía militar de Santiago seguida en contra de Manuel Contreras y otros.

La Corte Suprema resolvió que la amnistía era una causal objetiva de extinción de responsabilidad penal, que es aplicable al caso en estudio por no ser contraria a la Constitución. Se sostuvo que la amnistía tiene como efecto la extinción de la responsabilidad penal, por lo que una vez verificada la aplicación de la norma, los jueces deben emplearla de conformidad al artículo 107 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea necesario agotar la investigación ni determinar al responsable. Así el fallo mencionado sostiene que:

“Que con lo analizado precedentemente, debe entenderse que en nuestro ordenamiento jurídico 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 del 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; o anula y deja sin efecto las condenas que por esos delitos se hayan impuesto, dejando a sus autores- en el orden legal- en la misma situación que si no hubiesen delinquido.”

Junto con lo anterior, la Corte Suprema se pronunció respecto de la armonización entre la Ley de Amnistía y el derecho internacional, en los considerandos 23 y siguientes, señalando que respecto de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, si bien se encontraba vigente, sus disposiciones no tenían aplicación, pues el Estado de Chile jamás ha establecido en la legislación nacional sanciones para dicha figura. Respecto de los Convenios de Ginebra ellos no tendrían aplicación al no existir en Chile, en el período en que se suscitaron los supuestos hechos, una guerra civil, ni un Estado de guerra interna. Así lo señala el fallo:

“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 encuentra 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 del 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 de las reseñadas precedentemente.”

En los años posteriores al fallo antes citado, se continuó aplicando el decreto de

amnistía sin pronunciarse sobre el fondo de los juicios, o sea, se ocupa un criterio formal y no sustancial.

Así, en el recurso de Queja<sup>93</sup> presentado ante la Corte Suprema, fallado el 5 de septiembre de 1991 se declaró que este recurso era improcedente, porque procedía aplicar el DL 2191 de 1978, que extinguía la responsabilidad penal de quienes hubiesen concurrido en la Comisión del delito.

Luego en 1992 y 1993, la Corte Suprema sostiene que el DL 2191 se aplica TODA vez que concurren los elementos formales para su aplicación. De esta manera, la Corte Suprema en un recurso contra el Juez de Castro, fallado el 2 de julio de 1992, determinó que éste había excedido sus atribuciones al no aplicar el Decreto Ley de Amnistía, ya que en el caso se cumplían con todos los requisitos formales necesarios. La Corte Suprema sostuvo lo siguiente:

“ Que de los autos que se tienen a la vista resulta justificada la existencia del delito de homicidio simple de Héctor Arturo Santana Gómez, como asimismo la participación en calidad de autor de Raúl Eduardo Gajardo Loeopold.

Por otra parte, también se encuentra evidenciado en el proceso:

- 1) Que el hecho punible ocurrió un día 16 de septiembre de 1973.
- 2) Que el amparado no se encontraba sometido a proceso ni condenado al 19 de abril de 1978 y
- 3) Que el delito cometido no es de aquellos a que se refieren los artículos 3° y 4° del DL N° 2191 de 1978.

Que en tales circunstancias concurren en la especie todos los requisitos exigidos por el señalado DL N° 2191 de 1978 que en su artículo 1° concede la amnistía a las personas que se encuentran en la situación descrita en el razonamiento precedente, sin que exista razón valedera para no aplicar tal causal de extinción de responsabilidad penal”<sup>94</sup>

De igual manera, y ratificando el criterio formal ocupado durante esta etapa, se observa que en algunos fallos con solo ocurrir los hechos dentro del período descrito por el DL 2191, se decreta la aplicación de la Ley de Amnistía. En este sentido, se fallo también:

---

<sup>93</sup> C.S., 5.9.1991, Legal Publishing N° 11529, Rol 2943.

“3º.- Que en conformidad a lo establecido en el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el Juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer si se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio, norma ésta a la que el juez de la causa ha debido dar aplicación, por lo que no resulta procedente la diligencia dispuesta en la resolución dictada a fojas 244 de estos autos.”<sup>95</sup>

Durante este período, también se sostuvo que, en el caso de no proceder la amnistía, procedía la prescripción, descartando la posibilidad de considerar estos delitos con carácter de permanentes. Lo que se desprende de los siguientes párrafos:

“14º.- Que en la hipótesis de no aplicarse la amnistía, procede la prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, o sea, el transcurso de un determinado espacio de tiempo sin que el delito haya sido perseguido;

16º.- Que, consiguientemente, en el supuesto que el delito denunciado fuera de aquellos respecto de los que la ley penal contempla dicho mayor plazo para la prescripción de la acción penal, ésta se hallaría prescrita en el caso de autos, prescripción que hace obligatorio sobreseer definitivamente, por así mandarlo el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, al ordenar que El sobreseimiento definitivo se decretará ...5 Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por el motivo establecido en el N° 6 del artículo 93 del Código Penal, esto es, por la prescripción de la acción penal.”<sup>96</sup>

“Que atendida la fecha en que ocurrieron los hechos investigados aparece claro que, en la eventualidad de existir algún ilícito penal, éste estaría comprendido en el ámbito temporal del DL N° 2191, que concede la amnistía en los términos que señala; y además, teniendo en consideración el tiempo hasta ahora transcurrido, en el referido evento, habría operado la prescripción de la acción penal derivada de ellos”<sup>97</sup>

De esta manera, desde el año 1990 al año 1994 existe mayoritariamente un pronunciamiento formal, caracterizado porque toda vez que concurrieran los requisitos

---

<sup>94</sup> C.S., 2.6.1992, Legal Publishing N° 11912.

<sup>95</sup> C.S., 17.9.1993, Legal Publishing N° 12541.

<sup>96</sup> C.S., 19.11.1993, Legal Publishing N° **12661**.

<sup>97</sup> C.S., 17.9.1993, Legal Publishing N° 12.541.

que establecía el DL 2191 procedía a la aplicación de dicha norma, lo que produjo que se aplicara de manera constante la Ley de Amnistía por la Corte Suprema.

#### a.2. Aplicación del DL 2191 bajo algunas consideraciones de fondo.

Desde el año 1995 a el año 1998 inclusive, podemos observar que existe un pronunciamiento más profundo en torno a la cuestión debatida, comenzando a agregarse mayores argumentos de fondo o a extenderse más en ellos.

Durante esta segunda etapa, los argumentos utilizados son principalmente los siguientes:

##### a.2.1. La amnistía como una causal objetiva de responsabilidad

Al igual que en la etapa anterior, se continua señalando que la amnistía es una causal de extinción de responsabilidad, contemplada por nuestra legislación, por lo que resulta inútil agotar la investigación, ni determinar a los responsables, si los hechos están comprendidos dentro del período que abarca la amnistía.

Demostrando lo anterior el siguiente fallo establece que:

“5° Que la amnistía es una institución cuya naturaleza es tal que, en opinión de los tratadistas, no sólo extingue la pena señalada por ley al delito de que se trata, sino que del mismo modo hace perder toda eficacia a la acción penal atinente, dejando al autor de los hechos originalmente ilícitos, en la condición jurídica de quien no ha delinquido por ese capítulo. Es en aras de la tranquilidad social que ciertos hechos antijurídicos experimentan por voluntad del legislador una revalorización que los hace perder su índole delictuosa, y ese es precisamente el efecto que le asignó la Comisión redactora del Código Penal en su oportunidad al decir, refiriéndose al delito y al delincuente: que ella deja a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiese cometido (...).

6° (...) No se especifica ni se particulariza nominativamente a las personas favorecidas con sus disposiciones liberatorias, no se divisa el porqué se necesitaría que los autores, cómplices o encubridores debieran hallarse



determinados personalmente, menos aún encargados reos, antes de dictar un sobreseimiento como aquel contra el cual ahora se recurre. El D.L. como se ve, otorgó dicho estatuto de excepción en términos totalmente objetivos, sin detenerse a beneficiar a individuos específicamente particularizados<sup>98</sup>

En este aspecto no existieron diferencias, pues se entendía la amnistía en el mismo sentido que entre los años 1990 a 1995. La mayoría de los cambios se observan en que pese a seguir considerando a la amnistía como una causal objetiva de responsabilidad, se empieza a argumentar entorno al fondo de la cuestión debatida, lo que se observa en los siguientes numerales.

#### a.2.2. Imprudencia de aplicar los Convenios de Ginebra

Se sostuvo por la Corte Suprema, además en este segundo período, que con anterioridad a 1973 e inmediatamente después de esa fecha, hubo inestabilidad social en Chile, sin embargo dichos sucesos no pueden caracterizarse como un “conflicto interno”, con las características que exige los Convenios de Ginebra para ser regulados bajo su normativa. Se dijo, que la Junta militar habría utilizado una ficción legal al hablar del estado de sitio en sus decretos, que no reflejaba la realidad vivida en la época, por lo que, sostienen estos fallos, que no era procedente aplicar los Convenios de Ginebra. Esto se ve reflejado en los siguientes párrafos:

“ 3º(...) no es posible sostener que al interior del país existieron fuerzas armadas o disidentes o grupos organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercieran sobre una parte del territorio nacional un control suficiente que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, por lo que resulta inaplicable la preceptiva contenida en tratados internacionales ratificados por Chile que disponen diferentes reglamentaciones en dicho Estado de cosas, como son las Convenciones de Ginebra de 1949<sup>99</sup>”

---

<sup>98</sup> C.S., 11.03.98., Legal Publishing N° 15061, Rol 2725-96. En el mismo sentido: (i) C.S., 20.8.98, Legal Publishing N° 15455, Rol 28.1997. (ii) C.S 8.9.98., Legal Publishing N° 15527, Rol 614-1997, (iii) C.S, 19.8.1998, Legal Publishing N° 15476, Rol 973-1997, (iv) C.S., 4.9.1995. Legal Publishing N° 13671.

<sup>99</sup> C.S., 30.1.1996, Legal Publishing N° 13786. En el mismo sentido: (i) C.S., 8.9.98, Legal Publishing N° 15527, Rol 614-1997.

“Demostrada fehacientemente la existencia y procedencia de una causal de extinción de responsabilidad penal no es necesario abundar en las indagaciones (...) No es procedente aplicar la Convención de Ginebra de 1949 y el Protocolo II, por cuanto en Chile el “Estado de guerra” sólo constituyó una ficción legal que no es reflejo de la realidad experimentada en esa época, La Convención Americana de Derecho Humanos sólo es aplicable en nuestro país desde el 5 de enero de 1991 y el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos desde el 29 de Abril de 1989 (...).”

“Mediante Decreto Ley N° 3 de 1973 se declaró en Estado de sitio por conmoción interna el territorio nacional, lo que no importó el reconocimiento de un Estado o tiempo de guerra en el país, lo cual dispuso solamente con el objeto de dar aplicación a la normativa penal militar tanto sustantiva, procesal y organica, según se deja expresamente consignado en el Decreto Ley N° 5 del mismo año”<sup>100</sup>

#### a.2.3. Compatibilidad entre la ley de amnistía y el derecho internacional.

En tercer lugar, la no aplicación de la Ley de Amnistía, según la Corte Suprema habría implicado la vulneración del principio pro-reo y la irretroactividad de la ley penal, lo que habría sido atentatorio al derecho internacional. Los siguientes fallos se pronuncian en este sentido:

“En cuanto la aplicación de otros Convenios o Tratados Internacionales, que la parte recurrente estima impiden en este caso aplicar la amnistía, sin desconocerse lo prescrito en el artículo 5° de la Constitución Política del Estado, en el caso en comento tal disposición resulta improcedente, dado su aplicación importaría autorizar la retroactividad de una ley penal en perjuicio del reo, posibilidad que se encuentra prohibida en virtud de otra disposición constitucional como es el artículo 19 N° 3 inciso 4°, recogida expresamente por el artículo 18 del Código Penal, que sólo admite la excepción basada en el principio pro-reo, situación que en la especie no se da.”<sup>101</sup>

“9° Que en cuanto a la Convención Americana de Derecho Humanos ( Pacto de San Jose de Costa Rica), sus normas sólo son aplicables en nuestro derecho desde el 5 de enero de 1991, fecha de su publicación en el diario oficial y el

---

<sup>100</sup> C.S., 19.8.1998, Legal Publishing N° 15476, Rol 973-1997.

<sup>101</sup> C.S., 4.9.1995, Legal Publishing N° 13671. caratulado “Desconocido con Corte Marcial”. En el mismo sentido: (i) C.S., 20.8.1998, Legal Publishing N° 15455, Rol 28-1997; (ii) C.S., 8.9.1998, Legal Publishing N° 15527, Rol 614-1997.

Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos, sólo rige desde el 29 de abril de 1989; en tales circunstancias esos estatutos no afectan a los amparados por la presente amnistía y con relación al arresto ilegal de personas, por oponerse a ello el principio de no retroactividad de la ley penal, consagrado en la Constitución Política de la República y ratificado en el artículo 18 del Código Penal”<sup>102</sup>

a.2.4. La soberanía del Estado de Chile, permite dictar normas de la naturaleza del DL 2191.

Se argumenta también, en estas sentencias que el Estado de Chile tendría soberanía de dictar normas como el Decreto Ley de Amnistía. En este sentido:

“Asimismo, es preciso destacar que no existe ningún Convenio o Tratado que se encuentre vigente en Chile que limite o restrinja la facultad del Estado de dictar leyes de amnistía, debiendo además tenerse presente que resulta del legítimo ejercicio de la N° 16.”<sup>103</sup>

Según los fallos en comento, los tratados internacionales no podrían limitar la facultad del Estado de Chile de decretar leyes internas, como el DL 2191.

a.2.5. Primacia de la Constitución sobre los Tratados Internacionales

Finalmente se sostuvo por los tribunales la primacia de la Constitución sobre los tratados internacionales, tal como se observa en el siguiente párrafo:

“Sobre el particular, es necesario dejar establecido que el cuerpo jurídico fundamental en el cual está basada y sustentada toda la legislación positiva, es la Constitución Política de la República, a cuya regulación deben adecuarse indudablemente los tratados internacionales suscritos válidamente por nuestro país”<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> C.S., 11.03.98, Legal Publishing N° 15061. En el mismo sentido: (i) C.S., 20.8.1998, Legal Publishing N° 15455., Rol 28-1997. C.S., 19.8.1998, Legal Publishing N° 15476, Rol 973-1997

<sup>103</sup> C.S., 4.9.1995, Legal Publishing N° 13671, caratulado “Desconocido con Corte Marcial”.

<sup>104</sup> C.S., 8.6.1998, Legal Publishing N° 15297. En el mismo sentido: (i) C.S., 8.9.98. N° Legal Publishing 15527, Rol 614-1997.

En conclusión, se sostuvo por la Corte Suprema que los tratados internacionales deben adecuarse a la Constitución.

Es posible sostener que hasta el año 1998, como se observa de los fallos antes citados, la Corte Suprema de justicia aplicó la Ley de Amnistía por entender que ella es compatible con el derecho internacional y por considerar que los Convenios de Ginebra no eran aplicables al caso.

a.3.1998, año dividido, posteriores y ocasionales fallos que dictan la aplicación del DL 2191

Desde el año 1998, la postura de la Corte Suprema frente al DL 2191 comienza a variar elaborándose fallos que declaran que no es aplicable el DL 2191, por lo anterior se sostiene que el año 1998 es un año dividido, observándose que existen casos en donde se declaró procedente la aplicación de la amnistía y otros en que no.

Los casos en que se declaró aplicable la ley de amnistía fueron comprendidos en el literal a.2) y los casos en que se declaró improcedente la aplicación del DL 2191, serán incluidos en el literal b, que abarca la jurisprudencia contraria a la aplicación de la Ley de Amnistía. Sin embargo a modo ejemplar y para corroborar que en 1998 se falló conforme a distintos criterios de aplicabilidad, adjunto el siguiente cuadro:

Fallos que declararon aplicable el DL 2191.	<ul style="list-style-type: none"> <li>i) Andrés Pereira Salaberg y otros, Rol 2725-1996, Legal Publishing N°15601.</li> <li>ii) Juan Antonio Paredes Sarmiento, Rol 28-1997, Legal Publishing N°15455.</li> <li>iii) Contra Fernando Laureani y Osvaldo Romo, Rol614-1997, Legal Publishing N°15527.</li> <li>iv) Bárbara Uribe Tambley, Edwin Francisco, Rol 937-1997, Legal Publishing N° 15476.</li> </ul>
---	--

Fallos que declararon no aplicable el DL 2191.	<ul style="list-style-type: none"><li>(i) carátula desconocida (o "s/c") Rol 247-1998, Legal Publishing N°15683.</li><li>(ii) Pedro Enrique Poblete Córdova, Rol 469-1998, Legal Publishing N°15523.</li><li>(iii) Ortiz con Moraga, Rol 3831-1997, Legal Publishing N°15297</li></ul>
--	--

Es importante señalar que pese a que con posterioridad a 1998, la jurisprudencia fue mayoritaria al declarar que no era procedente aplicar el DL 2191, existió Jurisprudencia disidente. Tal es el caso de el fallo de fecha 4 de agosto de 2005, caratulado Gloria Angélica Montanares, con Joaquin León Rivera González, Rol 457-2005, en el que la Corte Suprema negó la existencia de un estado de guerra al señalar que durante la época en cuestión no se aplicaban los Convenios de Ginebra y declaró prescritos los crímenes. El fallo en cuestión dictaminó lo siguiente:

“Que, el DL. 5, de 1973 es claramente insuficiente para acreditar la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6 y 7 precedentes, y dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” el 5 de octubre de 1973, razón por la que se debe concluirse que los sentenciadores acometieron error de derecho al aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub. lite.”<sup>105</sup>

Asimismo, se pronunció respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando que a la fecha de Comisión de los ilícitos, éste aún no se encontraba en vigor, y respecto de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que no estaban suscritos por Chile. Respecto del Estatuto de Roma, señaló que a la fecha de dictación del fallo, aún no había sido aprobado por nuestro país.

Otro fallo disidente es el de fecha 13 de mayo de 2008, por la víctima Constnazo Vera, Rol 3872-2007, que falló confirmando una sentencia que absolvía al imputado por haber operado la prescripción de la acción penal. Los argumentos de la Corte Suprema similares al caso anterior, son: (i) Que no existió un Estado de guerra interna por lo que no son aplicables las Convenciones de Ginebra, (ii) La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra a la fecha no ha sido suscrita por Chile;

---

<sup>105</sup> C.S., 4.8.05, Legal Publishing N° 32543, Rol 457-2005.

(ii) respecto el Estatuto de Roma, se sostiene que éste era inexistente a la época en que acaecieron los hechos y a la fecha de dictación del fallo no había sido ratificada por Chile; (iii) respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, Chile la ratificó el 21 de agosto de 1990 por lo que no era aplicable en la fecha de Comisión de los hechos.

Esta sentencia fue dictada con el voto en contra de los sres. Dolmestch y Künsemüller, quienes estaban por revocar la sentencia de segundo grado declarando la imprescriptibilidad del delito por ser un crimen de lesa humanidad.<sup>106</sup>

Finalmente, **en el año 2009**, la Corte Suprema se pronunció respecto de la causa de Jacqueline Binfa Contreras, Rol 4398-2008, revocando el fallo de la Corte de Apelaciones que castigaba a los responsables por el delito de secuestro, y dictando sentencia absolutoria por encontrarse prescrita la acción. La Corte Suprema consideró que en la especie no era procedente la aplicación de los Convenios de Ginebra por no existir en Chile un conflicto armado de conformidad al artículo 3. Respecto del Pacto Internacional de deberes Civiles y Políticos, se hizo obligatorio en el año 1989, esto es con posterioridad a los hechos, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha y el Estatuto de la Corte Penal Internacional no ha sido aprobado por Chile aún, por lo que ninguno de los Convenios antes citados son aplicables. Y por último, los principios de derecho internacional reconocidos por la comunidad internacional de los que Chile forma parte, no alteran los principios de irretroactividad, legalidad y tipicidad. En esta causa no se hace alusión al DL 2191, pero se utiliza la institución de la prescripción, para no aplicar sanción a los responsables del secuestro de Jacqueline Binfa.

Existen, además, tres fallos de ese mismo año que acogen la institución de la media prescripción<sup>107</sup>. El fallo más llamativo es el de fecha 29 de septiembre de 2009.<sup>108</sup>, la

---

<sup>106</sup> C.S., 13.5.08, West Law J91107/2008.

<sup>107</sup> La media prescripción o prescripción gradual está contemplada en el artículo 103 del Código Penal señalando que: “*Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de*”

Corte Suprema reconoce: (i) la existencia de un Estado de guerra interna, en consecuencia se aplican los Convenios de Ginebra, lo que impide que se aplique el DL 2191 de 1978; (iii) que el Estado debe cumplir con las obligaciones que ha adquirido; (iii) que estamos en presencia de un delito de lesa humanidad, (iv) que los hechos constituyen delitos de carácter permanente. Pese a todo lo anterior decide aplicar la institución de la media prescripción.<sup>109</sup>

---

*completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta. Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo".* Se considera a la media prescripción como una **atenuante de la responsabilidad penal**. El fin que subyace tras norma señala que en atención al tiempo transcurrido, si bien no es procedente la prescripción de la pena, si resulta comprensivo una reducción de ella. Esta institución aplicada a causas de derecho humanos ha sido bastante discutida por cuanto, hay quienes sostienen que ambas instituciones –la prescripción y la media prescripción– están inspiradas bajo los mismos supuestos, poseen una misma naturaleza, tienen iguales fundamentos y comparten las mismas normas reguladoras, en atención ello no es posible aplicar la media prescripción frente a causas por violaciones a derechos humanos. Por el contrario, existen otros autores que sostienen que si bien ambas instituciones parten de los mismos supuestos o tienen el origen en un punto en común lo que las diferencia son los efectos, por cuanto la prescripción extingue la pena y la media prescripción otorga al juez la facultad de atenuar la pena.

<sup>108</sup> C.S., 29.9.2009, Legal Publishing N° 43082, Rol 3378-2009. En el mismo sentido, respecto de no proceder la aplicación de la amnistía ni la prescripción pero si la media prescripción, C.S. 5.9.2007, G.J. N° 327, N° 206.

<sup>109</sup> En el año 2009, existen dos fallos que aplican la institución de la media prescripción. Los fallos en comento, si bien, no absuelvan al sentenciado, si aplican la institución de la media prescripción para rebajar la pena del imputado. En un primer fallo dictado con fecha 12 de agosto del año 2009, la Corte Suprema revoca un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que condenaba a tres carabineros por el delito de secuestro calificado y absolvía a uno. La Corte Suprema decide casar de oficio la sentencia por no haber ponderado la atenuante de la media prescripción al resolver el asunto, ordenando que se dicte sentencia de reemplazo. Con posterioridad, el día 14 de Septiembre de 2009, la Corte se pronunció respecto de una casación presentada por la defensa del acusado contra el fallo dictado por la Corte de Apelaciones, que lo había condenado a la pena única de presidio perpetuo. Nuevamente la Corte Suprema casando de oficio procede a desestimar la aplicación de la prescripción alegada por la defensa, pero aplica la media prescripción. En la parte considerativa del fallo se reconoce que Chile, durante el periodo en que acaecieron los hechos, se encontraba en estado de guerra interna, por lo que se aplicaban los Convenios de



b. Postura que sostiene que no es procedente la aplicación del DL 2191 del año 1978.

Como se ha señalado, desde el año 1998 en adelante comienza un cambio jurisprudencial en torno al DL 2191, decretándose, por la Corte Suprema su no aplicabilidad en la mayoría de los casos por ella conocidos. En este proceso tuvo gran importancia la denominada “doctrina Aylwin” por lo que, esta será abordada en la sección.

b.1. Doctrina “Aylwin”

Resulta importante hacer referencia a lo que se denominó “La doctrina Aylwin”, pues ésta influyó de manera importante en la evolución jurisprudencial en relación con los casos de derechos humanos.

Patricio Aylwin asumió el primer gobierno democrático con posterioridad al régimen militar, encabezando el retorno a la democracia. En este contexto le correspondió asumir una postura frente a las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el régimen.

El presidente sostuvo, que **era necesario una investigación acabada de los hechos, por lo que era necesario restringir la aplicabilidad del Decreto Ley de Amnistía a la determinación del hecho punible y el sujeto culpable, para luego proceder a la aplicación de la causal de extinción de responsabilidad.**

El gobierno de Patricio Aylwin se propuso dos tareas, por un lado, era necesario

---

Ginebra, reconoce igualmente la obligación, derivada del Ius Cogens y consagrada en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra del año 1968, la imposibilidad de aplicar la prescripción. Pese a todo lo anterior se aplica la media prescripción y se rebaja la pena aplicada. [C.S., 29.9.2009, N° Legal Publishing 43082, Rol 3378-2009; C.S., 12.8.2009, Westlaw Chile J53929/2009, Rol 4155/2009 y C.S., 14.9.2009, West law Chile J56410/2009, Rol 8117-2008].

facilitar la investigación judicial por lo que se instó por limitar la jurisdicción de los tribunales militares e intentar anular o derogar el DL 2191, por otro lado, se creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que tenía como objetivo investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar y realizar un catastro de los hechos y de los afectados. Se le solicitó a dicha comisión la labor de realizar un informe, que se denominó “informe Rettig”(por el nombre del presidente de la comisión).

El informe Rettig, dejó en evidencia, las atrocidades cometidas y obligó a la sociedad a enfrentar una realidad que se trataba de ocultar. Pese a lo anterior, la comisión carecía de facultades judiciales por lo que el avance no fue significativo en relación al juzgamiento de los casos por violaciones a los derechos humanos. Esto significó que en 1990 los pocos casos que se presentaban ante la justicia, eran cerrados sin realizar una previa investigación de los hechos.

Por lo anterior, en marzo de 1991 el presidente Aylwin envió una carta a la Corte Suprema, en la que explicaba que a su parecer el DL no impedía la determinación de los hechos y los culpables, pues era posible aplicar este decreto una vez acabada la investigación.<sup>110</sup>

El informe Rettig, por su parte, señaló que el poder judicial había continuado ejerciendo sus facultades con normalidad durante el régimen militar, pero que había realizado una labor insuficiente frente a las violaciones a los derechos humanos.

---

<sup>110</sup> En la carta de Patricio Aylwin se sostenía lo siguiente: “No dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Excmo. Tribunal que, en su concepto, la amnistía vigente, que el gobierno respeta, no debe ni puede ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determine las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas. Oficio presidencial, N° 91/719, de fecha 4 de marzo de 1991.

Tanto el informe Rettig como la doctrina Aylwin, causaron polémica y no fueron- en un primer momento- bien aceptadas por el poder judicial, especialmente por la Corte Suprema, sin embargo, esta doctrina se fue acogiendo lentamente en los tribunales y obtuvo algunos resultados.

#### b.2. Primeros fallos que rechazan la aplicación del DL 2191. (1998 a 2003)

En el año 1998, que ya ha sido caracterizado como un año dividido, la Corte Suprema, en concordancia con la doctrina Aylwin, comienza a acoger los recursos por no ser procedente el sobreseimiento, ya que para la aplicación del DL debe estar agotada la investigación y determinada la persona responsable, tal como lo sostiene el siguiente fallo:

."8°... 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".<sup>111</sup>

Junto a lo anterior, se sostiene que Chile estaba en un Estado de guerra durante los años 1973 y siguientes, por lo que se debe realizar una investigación completa de los hechos, pues los Convenios de Ginebra son plenamente aplicables. El sobreseer la causa viola el artículo 146 de dicha Convención. La sentencia recién citada se ha pronunciado en ese sentido:

"Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obliga los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo"<sup>112</sup>

Luego, en el año 1999 se incorpora la idea que le confiere carácter de delito

---

<sup>111</sup> C.S., 9.9.1998, N° Legal Publishing: 15523

permanente a las desapariciones forzadas ocurridas durante la dictadura militar. Sin embargo, la aplicación del secuestro como delito permanente, no será una argumentación constante durante estos años, aunque hay fallos como el que se cita a continuación en el cual se utilizó ese argumento.

“Séptimo: Que ya sea que el hecho se califique como secuestro –en conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Código Criminal– o como constitutivo de la detención ilegal que tipifica el artículo 148 del mismo cuerpo legal, en ninguna de las dos hipótesis cabe aplicar la amnistía fundada en aquella ley, puesto que dichos ilícitos, de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina, son de carácter permanente, y en tal situación debe entenderse que los mismos se continuaron cometiendo con posterioridad al período comprendido por la ley de amnistía, pues hasta la fecha los ofendidos no han aparecido, sin que haya noticias de ellos, ni se ha acreditado su fallecimiento”<sup>113</sup>

De esta manera la idea del delito como secuestro permanente permitió que no se declararan prescritos los hechos por entender que estos aún no terminaban de ejecutarse. En algunos casos, esta teoría sirvió para no aplicar el DL 2191 por cuanto, los hechos no podían entenderse realizados dentro del periodo que comprendía el decreto ley, por cuanto era imposible saber con certeza si los hechos se habían dejado de cometer, y en consecuencia, habían sido ejecutados durante el periodo en cuestión o con posterioridad.

#### b.2.1. Resumen de los argumentos utilizados hasta el año 2003.

A modo de resumen, desde el año 1998 al 2003, la Corte Suprema en su mayoría revocó las sentencias de las Cortes de Apelaciones que ordenaban concluida la investigación, haciendo suyos los argumentos de dichos tribunales pero ordenando la reapertura por existir diligencias pendientes. Los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema desde el año 1998 al 2003 son, a modo general, los siguientes:

##### (i) Causal personal de extinción de responsabilidad

La amnistía procede respecto de personas determinadas, en consecuencia el

---

<sup>112</sup> C.S., 9.9.1998, N° Legal Publishing: 15523

sobreseimiento es improcedente mientras no esté agotada la investigación y no estén determinados los responsables.

No procede aplicar la amnistía de manera genérica, la Corte Suprema impone la obligación de terminar la investigación y determinar a los responsables. Se evita mediante este argumento, pronunciarse respecto del fondo del asunto. La amnistía no es aplicable porque la investigación no está acabada. Se otorga a la amnistía un carácter personal. Lo anterior se puede observar en la siguiente cita:

“Así, su texto definitivo aclara la situación, pues establece: “Art 93.- La responsabilidad penal se extingue: N° 3 Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”

La literalidad de la norma transcrita evidencia que la amnistía extingue “la pena”, o sea la sanción que debe aplicarse al responsable de un delito, para lo cual se hace necesario la individualización completa del sujeto responsable del hecho punible, y su participación en alguna de las formas que establece el artículo 14 del Código Penal, y una vez acreditado ello, no debe aplicársele la sanción que debería corresponderle”<sup>114</sup>

De acuerdo a lo anterior, en este período se declaró que no eran procedentes los sobreseimientos que se conformaban con constatar los requisitos formales para decretar la aplicación del DL 2191, fundando el argumento en la necesidad de agotar la investigación, de conformidad al artículo 413 del Código Penal. No es que se haya atendido al fondo del asunto, sino que se utilizaba una interpretación distinta de la norma. Lo anterior se demuestra en el siguiente párrafo citado:

“9.- Que tampoco se ha dado una correcta aplicación a la norma del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, pues esta última disposición establece que el sobreseimiento definitivo se decretará siempre que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el hecho punible y de determinar la persona del delincuente...

11.-Que de todo lo expuesto se desprende en forma inequívoca que al dictar la resolución recurrida, el tribunal de segunda instancia no aplicó adecuadamente las normas de los artículos 408 N° 5 y 413 del Código de Procedimiento Penal,

---

<sup>113</sup> C.S., 7.1.1999, Legal Publishing N°15683

<sup>114</sup> CS., 3.3.2003, GJ 273, N °pág 116, Rol 4209-2001.

93 N° 3 y 148 del Código Penal y disposiciones del Decreto Ley N° 2.191, de 1978, lo que tuvo influencia substancial en lo dispositivo del fallo recurrido, pues de haberlas aplicado correctamente no se habría sobreesido definitivamente y en cambio se habría proseguido con la investigación”<sup>115</sup>

De lo expuesto es posible observar que desde el año 1998 en adelante se otorga un carácter distinto al Decreto Ley de Amnistía, y si antes se entendía como una causal objetiva de responsabilidad criminal, desde el año 1998 comienza a considerarse como una causal de extinción de responsabilidad penal personal. Se puede observar lo comentado en el siguiente párrafo:

“Que la conclusión antes señalada se ve reforzada por la literalidad del Decreto Ley 2191, de 1978, pues este cuerpo legal es reiterativo en la utilización de la expresión “personas” para referirse a quienes se aplica su texto contenido en sus cinco único preceptos”<sup>116</sup>

Hay autores que han ocupado está interpretación para plantear una salida alternativa al conflicto, que según sostienen permite aplicar los Convenios de Ginebra, cumplir con el derecho internacional y no dejar de aplicar la ley de amnistía. Clara Szczaransky ha sostenido que el Decreto Ley 2191 es una amnistía impropia, en consecuencia es necesario llevar a cabo todo el proceso judicial, identificar a los responsable, asignar una calificación jurídica a los hechos y luego si procediere se aplica la amnistía, dejando subsistente el derecho de indemnización de las victimas.

Arguye que hacer justicia penal, es esclarecer los hechos y luego asignarle a una determinada persona la responsabilidad por el ilícito. Lo que es distinto de sancionar efectivamente al autor. Según la autora, los Convenios de Ginebra no obligarían a

---

<sup>115</sup> CS., 3.3.03, GJ 273, N° pág 116. Rol 4209-2001. En el mismo sentido: (i) C.S., 31.1.03, Legal Publishing N° 26665; (ii) C.S., 31.1.2003, Legal Publishing N° 26195, Rol 4053-2001; (iii) C.S., 29.11.02, Legal Publishing N° 29413, Rol 4135-2001;(iv) C.S., 26.8.02, Legal Publishing N° 25690, Rol 1359-2001;(v) C.S., 7.1.1999, Legal Publishing N° 15683; (vi) C.S., 9.9.98, Legal Publishing N° 15523, Rol 469-98;(vii) C.S., 28.8.2003, G.J 278, N° pág 196.

<sup>116</sup> C.S., 31.1.2003, Legal Publishing N° 26195, Rol 4053-2001. **En el mismo sentido: (I)** C.S., 29.11.2002, Legal Publishing N° 29413, Rol 4135; **(ii)** C.S., 31.1.03, Legal Publishing N° 26665; **(iii)** C.S., 26.8.02, N° Legal Publishing N° 25690, Rol 1359-2001; **(iv)** C.S., 7.1.1999, N° Legal Publishing N° 15683; **(v)** C.S., 9.9.98, Legal Publishing N° 15523.Rol 469-98; **(vi)** C.S., 3.3.2003, G.J, 273, N° Pág. 116. Rol 4209-2001; **(vii)** C.S., 28.8.2003, G.J 278, N° Pág. 196.

sancionar físicamente al autor del ilícito.<sup>117</sup>

ii. Tesis del secuestro como delito permanente

Los fallos que sostienen la tesis del secuestro como delito permanente señalan que por el carácter de los delitos, no se puede determinar que se comprendan dentro del período al que hace referencia el DL 2191 Así se sostuvo que:

“Que también se infringió el artículo 148 del Código Penal, pues esta figura sanciona un hecho punible de carácter permanente, y mientras no se sepa con exactitud qué fue lo que sucedió en definitiva con el detenido, no sería posible aplicar la amnistía del Decreto Ley 2191. aun cuando se conociera quién o quienes fueron los autores del hecho, pues dicha legislación se aplica dentro de un período determinado, y no se sabe con exactitud si al término de dicho período ocurrido el 10 de marzo de 1978, Contreras Cabrera continuaba detenido o no y cuál era su paradero”<sup>118</sup>

La tesis del secuestro permanente se utilizó para impedir la aplicación del DL 2191, sin tener que pronunciarse respecto de la validez o de la pertinencia de la norma al caso concreto.

iii. Los fallos citan a los Convenios de Ginebra sin hacer grandes alusiones a otros tratados.

Los fallos, de manera general, no hacen grandes referencias a convenios o tratados distintos de los Convenios de Ginebra. Los pronunciamientos en este sentido son escuetos, como el que se transcribe:

---

<sup>117</sup> Idea propuesta por Szaczaranski C, Clara, “El perdón Social”, Revista de Derecho N° 10.

<sup>118</sup> C.S., 29.11.02, Legal Publishing N° 29413, Rol 4135-2001, En este sentido: (i) C.S., 7.1.1999, Legal Publishing N° 15683; (ii) C.S., 9.9.98, Legal Publishing N° 15523.Rol 469-98; (iii) C.S., 3.3.2003. G.J, 273, N° Pág. 116. Rol 4209-2001; (iv) C.S., 28.8.2003, G.J 278, N° Pág. 196.

“...Y entre está última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial del 17 al 20 de Abril de 1951, que en su artículo 3 (Convenio relativo a la Protección de Personas civiles en tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar....”<sup>119</sup>

Sin embargo, no se observa, como ocurre en la jurisprudencia reciente, que se invoque gran cantidad de tratados, usualmente se señalan los Convenios de Ginebra.

### b.3. Miguel Ángel Sandoval y los años 2004-2005.

Por el año 2004, se observa el asentamiento definitivo de esta postura en la Corte Suprema, las decisiones se basan fundamentalmente en considerar con carácter de permanentes los delitos y en aplicar los Convenios de Ginebra.

En un primer fallo, pronunciándose respecto del secuestro de **Mario Fernández González**, de fecha 5 de enero del año 2004, la Corte Suprema se pronuncia calificando los hechos como un delito con carácter de permanente por lo que no es procedente la aplicación de la ley de amnistía, ni es procedente aplicar la prescripción. En esta oportunidad se revoca la sentencia, condenando al imputado [Santiago Humberto Fernández Espinoza] por la comisión del delito de secuestro en calidad de autor.

“13°) Que en el caso en estudio, de conocerse el lugar en que se encuentra la víctima, recién ahí comenzaría a contarse la prescripción a su favor, y si ésta estuviera muerta, habría que determinar la fecha de fallecimiento para en primer término, ver si se encontraba comprendida en el período amparado por la amnistía, y en caso de no estarlo, comenzar el cómputo de la prescripción. Pero en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrió el secuestrador, toda vez que el injusto se ha mantenido.”<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> C.S., 9.9.1998, Legal Publishing N° 15523, Rol 469-98



Pero sin duda, el fallo que marcó un hito en la evolución jurisprudencial es el fallo recaído en la causa de **Miguel Ángel Sandoval**, de fecha 17 de noviembre de 2004.

Miguel Sandoval era un militante de la Izquierda Revolucionaria que fue detenido de manera ilegal, el 26 de enero de 1975, siendo internado en Villa Grimaldi, siendo retenido y torturado por agentes del Estado. La Corte Suprema ratificó el fallo emitido el 5 de enero de 2004 por la Corte de Apelaciones y las sanciones impuestas a los responsables, marcando la pauta de la jurisprudencia que continuará vigente durante los próximos cinco años en la Corte Suprema. A continuación una observación al fallo señalado.

#### b.3.1 El secuestro como delito permanente.

Primero, el fallo se pronuncia de manera clara y extensa respecto del carácter permanente del delito de secuestro, por lo que no es posible aplicar la amnistía al extenderse el delito en el tiempo. La Corte Suprema dispuso que:

“(…) No es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos ello al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio.

De esta manera, no parece razonable que se invoque la aplicación de la amnistía u olvido cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración [Trigésimo]

(…) Se estableció el hecho del secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, que es un delito permanente, toda vez que la acción que lo consuma creó un Estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en el han persistido la acción y el resultado” [Trigésimo primero]

“Que, sea ha argumentado reiteradamente que el delito cometido en contra de Sandoval Rodríguez no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que él este

---

<sup>120</sup> C.S., 5.1.1997, G.J., N° 320, pág. 172,(21), Rol 1427-5.

todavía con vida, privado de libertad, sino que, por el contrario, todos piensan que está muerto.

Ahora bien, aunque esta última suposición pudiese 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 más importante, que su deceso, en el supuesto de haberse producido, haya sido anterior a la fecha en que se dictó el DL. 2191, sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar esta última (...) [Trigésimo tercero]<sup>121</sup>

La Corte Suprema, mediante este fallo, impone el criterio de aplicar la teoría del secuestro como delito permanente, que había sido utilizada con anterioridad, pero que luego de este fallo se vuelve más frecuente su aplicación.

#### b.3.2. Convenios de Ginebra eran plenamente aplicables.

Lo segundo es que la Corte Suprema, estimó, que los Convenios de Ginebra aplicables, por los argumentos que paso a exponer.

##### i. Chile vivió en un Estado de Guerra

Según el fallo, por medio de los Decretos Leyes N° 5 y 614 se estableció en Chile Estado de Guerra, con las características que la Convención de Ginebra prescribe para los “conflictos armados internos”, bajo esas condiciones fue detenido Miguel Ángel Sandoval. Los decretos que cita el fallo y que habrían puesto a Chile en una especie de guerra civil son:

Decreto Ley N° 5: Durante el régimen militar, mediante el Decreto Ley N° 5 “(...)interpretando el artículo 418 el Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna situación que regía el diecinueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro), debía entenderse como “Estado o tiempo de Guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación”[trigésimo

---

<sup>121</sup> C.S., 17.11.2004, Westlaw Chile J13527/2004. Rol, 517-2004.

cuarto]

Decreto Ley 614: También, utilizado por el fallo para ilustrar el carácter del conflicto, fue dictado el 11 de septiembre de 1974 “que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en Grado de Defensa Interna, conforme el Decreto Ley 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un caso de conmoción interior provocadas por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el funcionamiento los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el título II del libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicará el procedimiento establecido en el Título IV del libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra, situación que se mantuvo por seis meses luego del referido Decreto Ley 614, es decir, hasta el once de marzo de 1975 y fue en ese período donde se detuvo a Sandoval Rodríguez.” [Trigésimo cuarto]

ii. Al estar Chile en un Estado de guerra se aplican las Convenciones de Ginebra.

De acuerdo a lo antes señalado, el Estado de Chile al suscribir los Convenios de Ginebra se obligo a “garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe”[Trigésimo quinto]

iii. Aplicación del artículo 3° común a las cuatro Convenciones de Ginebra.

De conformidad al fallo, al estar Chile sosteniendo un conflicto interno con las condiciones establecidas para la aplicación de la Convención de Ginebra, debe

aplicarse el artículo 3° del Convenio Relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, garantizando los principios básicos enumerados en el artículo, como la vida y la integridad.

iv. Aplicación del artículo 146 y 147 en concordancia con el artículo 148 del Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

-

Se aplica el artículo 3° común a todos los Convenios y, además, se aplican los artículos 146, 147 y 148 de la cuarta Convención de Ginebra, la que es aplicable exclusivamente a conflictos internacionales, por tanto su normativa no es aplicable a conflictos internos. El artículo 146, impone a los Estados la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados de carácter nacional y de tomar todas las medidas legislativas para perseguir y sancionar quienes hayan incurrido en infracciones graves a este tratado, siempre garantizando un justo procedimiento.

El artículo 147 describe qué se entiende por violaciones graves al Convenio, entre las cuales están el homicidio intencional, tratos crueles y atentados contra la integridad física y síquica.

Y el artículo 148 sostiene que “Ninguna Alta Parte Contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte Contratante de responsabilidades incurrida por ella o por otra Parte Contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”.

El artículo 148 de la cuarta Convención ( o el artículo 131 de la tercera Convención), ha sido mal interpretado por tratarse de una **prohibición de autoexoneración**, sin embargo, a diferencia de lo que señala la jurisprudencia en esa oportunidad, y tal como se expresó en el capítulo dos, se trata de una norma que impide auto exonerarse entre los Estados de responsabilidades pecuniarias de carácter internacional. Por tanto, en el fallo en comento la aplicación de este artículo no es pertinente.

A mayor abundamiento Y reiterando nuevamente lo dicho en el capítulo II, de conformidad a la historia de ley y a la intención con la que estos artículos fueron elaborados, estos artículos no son aplicables a conflictos internos. El único artículo que recibe aplicación interna, es el artículo 3 común a todos los Convenios.

Cuando se elaboro el artículo 3, antes citado, se realizó con la intención de fijar un número limitado de principios para aplicar en los conflictos internos, excluyendo la aplicación del resto de los artículos de los Convenios. Ximena fuentes, es clara al señalar que mediante la elaboración del artículo 3 no se intentaba establecer ni responsabilidad penal, ni una prohibición a las amnistías, el objetivo no era otro que establecer obligaciones de trato con los rebeldes. La cita a continuación lo detalla:

“...[E]s conveniente tener presente que la intención de las partes negociadoras fue solamente establecer ciertas obligaciones de comportamiento sustantivas relativas al trato que debe darse a los insurgentes o rebeldes en casos de conflicto interno y que no estaba en la agenda de 1949 incluir obligaciones relativas a la responsabilidad penal individual, o a la prohibición de las amnistías o la prohibición de prescripción de la acción penal”<sup>122</sup>

Según Ximena Fuentes la posición de la Cruz Roja Internacional a la fecha, fue sostener que en el derecho interno no existen mecanismos en los que se instituya una responsabilidad penal internacional de los autores de violaciones a los derechos humanos.

Ximena Fuentes agrega que, el Comité sobre el Derecho y la práctica de los Derechos Humanos de la International Law Association, ha sostenido que si bien por regla general las amnistías no deberían aplicarse a los delitos contra la humanidad, no existe una práctica internacional uniforme al respecto, incluso por parte de las Naciones Unidas. La autora termina sosteniendo que a su parecer, los tribunales no pueden concluir de manera tan sencilla la existencia de una prohibición en el derecho

---

<sup>122</sup> Fuentes, Ximena: “Aplicación de Tratados Internacionales en el Derecho Interno, comentario de la jurisprudencia del año 2004”, en Revista de Derecho Universidad Adolfo 133

internacional de aplicación de leyes de amnistía y prescripción.

Por otra parte, también ocurre, en el caso de Miguel Ángel Sandoval, que la Corte de Apelaciones ha mencionado normas de derecho internacional que no estaban vigentes en Chile, tales como la Convención sobre desaparición forzada de personas, la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la resolución que creó el Tribunal Internacional para juzgar los delitos perpetrados en la ex Yugoslavia y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La Corte Suprema ha ratificado este criterio señalando que la Corte de Apelaciones utilizó o citó estas normas de derecho internacional a modo ilustrativo y con la intención de contextualizar, no de fundamentar el fallo.

En esta materia hay autores como Humberto Nogueira, que entienden que la aplicación realizada por la Corte de Apelaciones respecto de estos tratados es fructífera “En materia de Derechos Humanos, la Corte de Apelaciones interpreta y aplica las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y diversos principios aprobados por resoluciones de Naciones Unidas sobre la materia, como asimismo, utiliza las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parámetro interpretativo necesario de la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de los casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Barrios Altos”<sup>123</sup>

### b.3.3. Pronunciamiento acerca del artículo 18 de la Convención de Viena

---

Ibáñez (2005), N°2, pp. 1197.

<sup>123</sup> Nogueira, H: “Una senda que merece ser transitada: la sentencia definitiva de casación de la quinta sala de la corte de apelaciones de santiago, rol 11.821-2003, caso miguel Ángel Sandoval Rodríguez”, en *Revista Ius et Praxis* (2003), Vol.9, n.2, pp. 233-36.

En este mismo fallo, se produce una situación particular que vale la pena comentar. La Corte de Apelaciones señaló que el delito de secuestro se produjo en el ámbito internacional, correspondiendo al delito de desaparición forzada de personas, delito comprendido en la Convención del mismo nombre, la que sólo ha sido suscrita y no ratificada por Chile, por lo que aún no genera obligaciones para el Estado suscriptor hasta la ratificación.

La Corte de Apelaciones Interpretando el artículo 18 de la Convención de Viena tratado vigente y ratificado por Chile, concluye que de conformidad a la disposición antes citada, la Convención sobre desaparición forzada de personas es parte de nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad al deber de los Estados de no realizar acciones que frusten el fin de la convencion suscrita.<sup>124</sup>

Pues bien, tal interpretación es contraria a nuestro ordenamiento jurídico porque desconoce los trámites que nuestra Constitución prevé para otorgarle valor a un tratado, omitiendo el tramite legislativo, lo que implica omitir el consentimiento del Estado en obligarse. Por cierto, que el sentido y alcance del artículo 18 de la Convención de Viena, no se extiende de tal manera de obligar a los Estados a cumplir la Convención antes de que esta sea ratificada en forma interna. De esta manera lo sostienen la profesora Ximena Fuentes al señalar que:

“El artículo 18, bien entendido, establece una obligación limitada que consiste en abstenerse de actos que hagan que la posterior ratificación del tratado, si es

---

<sup>124</sup> “Que al ser Chile Estado suscriptor de la Convención sobre la desaparición forzada de personas, esta obligado por la Convención de Viena, de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra incorporada al derecho interno de Nuestro país, a no, frustrar de acuerdo a su artículo 18, el objeto y fin de dicha Convención, antes de su entrada en Vigor.36. Que en consecuencia, si la situación descrita por el mencionado artículo II de la Convención sobre desaparición Forzada de personas quedar impune en Chile, se vulneraría el objeto y fin de esa convención.”

que llega a producirse, carezca de sentido”<sup>125</sup>

Por otra parte, aún cuando, el Estado de Chile hubiese ratificado el Tratado sobre desaparición forzada de personas, solo se obligaría mediante esta ratificación, a tipificar dentro del Estado el ilícito. El artículo 3 de la citada Convención es clara en señalar que, el Estado se compromete a tomar todas las medidas legislativas necesarias para “tipificar como delito la desaparición forzada de personas”. Dicha disposición carecería de sentido, si el tratado fuera autoejecutable por lo que la única conclusión posible es que la obligación del Estado se reduce a tipificar, para que luego este ilícito este comprendido en el ordenamiento jurídico nacional y pueda con posterioridad ser aplicable. Dicha interpretación, por cierto, es coherente con el principio de legalidad.

#### b.3.4. Primacía a los Tratados Internacionales sobre la legislación interna.

Otro punto importante es, que la sentencia de la Corte de Apelaciones realiza una interpretación del artículo 5 de la Constitución Política de la Republica, mediante la cual se otorga primacía a los tratados internacionales sobre la legislación interna, señalando que la constitución reconoce como limite el ejercicio de la soberanía los Derechos Humanos asegurados por los tratados ratificados por Chile, siendo dichos tratados parte del ordenamiento jurídico nacional. Lo que se refleja en el siguiente párrafo:

“48° De acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, los Derechos Humanos asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos...”<sup>126</sup>

La obligación antes mencionada, también derivaría del artículo 1° común a las cuatro Convenciones de Ginebra, de los principios internacionales del derecho internacional,

---

<sup>125</sup> Fuentes, X: “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, ponencia en SELA (2007), disponible en <http://islandia.law.yale.edu>

<sup>126</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 5.1.2004, Rol N° 11821/2003, fallo de Miguel Ángel Sandoval.



de la interpretación de la Corte Interamericana y de la Corte Permanente de Justicia.

En atención a lo anterior, la Corte de Apelaciones dispone que no pueden prevalecer disposiciones de derecho interno frente al derecho internacional, pues es el derecho local el que debe ser modificado para garantizar los Derechos Humanos. De igual forma el derecho internacional es vinculante para los jueces de la República.

La Corte Suprema al fallar ratifica este criterio, y lo hace de manera más escueta y directa, en cuanto establece la primacía del derecho internacional sobre el nacional, sosteniendo que:

“Y en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido 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 implica sean desconocidos” [Trigésimo quinto]

Por último, en el fallo en cuestión la Corte de Apelaciones declaró la Incompatibilidad del Decreto de Amnistía con los artículos 1.1. y 2 en concordancia de los 8 y 25 de la Convención Americana, estableciendo que:

“La Corte estima necesario enfatizar, que a luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como son las leyes de **auto amnistías** incurren en una violación de los artículos 8 y 25.”<sup>127</sup>

Con posterioridad, en otros fallos durante el **año 2005**, la Corte Suprema continuó utilizando un criterio formal, basado en la no aplicación de la ley de amnistía por no

---

<sup>127</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 5.1.2004, Rol N° 11821/2003.Fallo de Miguel Ángel Sandoval.

estar acabada la investigación, debiendo determinarse primero a la persona del delincuente, antes de aplicar una causal de extinción de responsabilidad.<sup>128</sup>.

Sin embargo, con fecha 4 de agosto de 2005 existe un fallo disidente, en el que la Corte Suprema negó la existencia de un estado de guerra, al señalar que durante la época en cuestión no se aplicaban los Convenios de Ginebra y decretó prescritos los crímenes. El fallo, cuenta con dos votos disidentes, de los Sres. Cury y Rodríguez Espoz quienes estuvieron por confirmar la sentencia. Como se señaló, esta fue una excepción porque por regla general durante este año no se aplicó la ley de amnistía.

#### b.4. Años 2006 a 2009. Un fallo ejemplificador del período:

Durante los años siguientes, por regla general, los fallos conservan la postura de no aplicar el DL 2191 de 1978. Un fallo de particular interés es el de fecha 10 de mayo del 2007, en el que se condenó a **Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Basclay Humberto Zapata Reyes y Osvaldo Enrique Romo Mena, por su responsabilidad como co-autores del delito de secuestro calificado en las personas de Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz, Hernán Galo González Inostroza, María Elena González Inostroza y Elsa Victoria Leuthner Muñoz<sup>129</sup>**, causa caratulada “Contra Basclay Zapata y Enrique Romo Mena”. Este fallo por su vasta extensión y amplitud resulta útil para resumir mediante él, los argumentos que mayoritariamente utilizó la Corte Suprema entre los años 2006 al 2009 para decretar la no aplicación la Ley de Amnistía. Por lo que será utilizado de ejemplo y las citas de este subcapítulo le pertenecen.

##### b.4.1. Existencia de una Contravención al derecho internacional al aplicar al DL amnistía.

---

<sup>128</sup> Así se ha fallado en: C.S., 28.12.2005, Westlaw Chile J6352/2005, Rol 3783-2003 y C.S., 22.12.2005, Legal Publishing N° 33532, Rol 695-2003.

<sup>129</sup> C.S., 10.5.2007, Westlaw Chile J4850/2007, Rol 3452-2006.

Se sostuvo que el Estado de Chile se encuentra inserto en el sistema interamericano e internacional de Derechos Humanos, en este contexto, Chile se encuentra obligado por los principios universales del derecho internacional, por los tratados suscritos y por las resoluciones emanadas de los organismos internacionales. El fallo expresa que:

“sexagésimo quinto: (...)En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los Derechos Humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley N° 2.191, sobre amnistía, de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos”

Los razonamientos y argumentos utilizados por la Corte Suprema, y que se repitieron en variados fallos durante este período, son los siguientes:

b.4.2. El territorio se encontraba en Estado de Guerra interna por lo que eran aplicables los Convenios de Ginebra.

Según el fallo, en análisis son aplicables las disposiciones del artículo 3°, 146, 147 y 148, pues Chile al ratificar dichos convenios contrae obligaciones, entre las que están garantizar la seguridad de quienes participen en conflictos armados internos, perseguir y sancionar a quienes hayan vulnerado gravemente esta Convención, obligaciones, que por cierto, deben cumplirse de buena fe.<sup>130</sup> El fallo lo ha destacado en las citas siguientes:

“Trigesimo Nono: Que, en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en Estado de guerra interna.

Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un

---

<sup>130</sup> En el mismo sentido: (i) C.S., 18.1.07, Westlaw Chile J4015/2007, Rol 2666-2004; (ii) C.S., 13.12.2006, Westlaw Chile J3751/2006, Rol 559-2004; (iii) C.S., 13.11.2007, Legal Publishing N° 37800, Rol 6188-2006; (iv) C.S. 13.3.2007, G.J.N° 321, N° Pág 228, Rol 3125-2004; (v) C.S., 29.10.2008, Westlaw Chile J68123, Rol 6112-2007; (vi) CS., 28.1.2009, Westlaw Chile J12574/2009, Rol 4691-2007; (vii) C.S., 3.12.2009, Westlaw Chile J68892/2009, Rol 1984-2009.

“conflicto armado no internacional”, en los terminos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez más 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. (...)”

“Cuadragésimo primero: Que, por lo tanto, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar 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 vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo particularmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.”

De acuerdo a lo planteado en el fallo, el DL 2191 de 1978 es incompatible con los Convenios de Ginebra, porque fue dictado por un gobierno de facto y mediante el se busca la impunidad de quienes han violentado los Derechos Humanos, lo que lo hace inaplicable.

“Cuadragésimo nono: Que, por consiguiente, 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.”

En este punto, se debe destacar que la discusión respecto de los Convenios de Ginebra se ha centrado en torno a las condiciones de aplicación. Los Convenios de Ginebra, como se ha señalado, surgen en el ámbito del derecho humanitario internacional, es decir los cuatro tratados y el Protocolo I están creados con la finalidad de regular el ámbito internacional, sin embargo, frente a la preocupación de la Cruz Roja Internacional por los conflictos internos, se creo el artículo III común a todos los tratados y el Protocolo II, para su aplicación en el derecho interno. Por lo que es importante destacar que cuando la jurisprudencia ordena aplicar toda la Convención se equivoca, pues, como quedó de manifiesto en la discusión previa a la aprobación del artículo 3, este es el único artículo de aplicación interna, junto con el Protocolo II. Más aún, se descarto que sea aplicable toda la Convención, por la amplitud de exigencias que ello conllevaba. La redacción de la norma, no es casual, esta hecha de manera enunciativa de los principios a aplicar para los casos de conflicto nacional. Por cierto que extender los artículos 146, 147, 148 a los conflictos internos es una aplicación

incorrecta, de acuerdo a lo antes señalado.

“El artículo 3° ha sido llamado el “microcosmo” de las Convenciones, una suerte de convención en miniatura. Ello quiere decir que posee un ámbito de aplicación propio: si se aplica el artículo 3° no se aplica el resto de las Convenciones, si se aplican las Convenciones no se aplica el artículo 3°”<sup>131</sup>

Como se observó a través de la jurisprudencia, existen dos posiciones al respecto, una a favor y otra en contra a la aplicación del artículo 3 de los Convenios de Ginebra y Protocolo II. (Algunos plantean erróneamente toda la Convención).

Los argumentos jurisprudenciales en uno y otro caso se han presentado a lo largo del trabajo, por lo que parece innecesario repetirlos. La doctrina por su parte no innova demasiado. A modo general están quienes sostienen que en Chile existió una guerra interna, con las características de un conflicto armado internacional por lo que se aplicarían algunas disposiciones de los Convenios de Ginebra y no se podría aplicar la Ley de Amnistía por ser contraria al derecho internacional, por otra parte existen quienes sostienen lo contrario, es decir, no existió una guerra con las características necesarias para la aplicación de las normas en comento.

De conformidad a la Interpretación señalada por la Cruz Roja Internacional, con la creación del Protocolo II, el artículo 3 de los Convenios es aplicable a conflictos internos de manera general y el Protocolo II a conflictos con las características señaladas en él. Como hemos visto la jurisprudencia no distingue y plantea el conflicto en términos de aplicar o no los Convenios en su integridad.

El régimen militar, durante toda la dictadura, se caracterizó por sostener que en Chile existía un conflicto con dos bandos. Los agentes subversivos trataban de derrocar el orden impuesto a la fuerza, en consecuencia, el régimen debía extremar las medidas coercitivas y debían reprimir a la disidencia. Era ésta la manera de sostener y tratar de legitimar el actuar desmedido con el que obraban.

Por el contrario, el sentir de la nación y la crítica histórica, hablan de un gobierno autoritario, que reprimió a la población en forma desmedida sin una causa justificada. La resistencia se caracterizó por encontrarse frente a un régimen militar de manera totalmente desorganizada, sin armas, sin bases ni cuarteles. A diferencia de lo que ocurrió en otros países donde el apoyo extranjero se verificó en operaciones militares,

---

<sup>131</sup> Irigoien B, Jeannette y Espaliat L, Astrid, *ob. cit.* en 38.

en el caso de Chile no fue así, por el contrario la resistencia se organizó desde afuera, los que quedaron en Chile, sin ser asesinados o desaparecidos por la dictadura, se limitaron a la clandestinidad o el silencio.

Sin embargo frente a los tribunales de justicia, la situación se ha presentado de manera diferente. Los militares han sostenido que en Chile no existió un Estado de guerra sino que simplemente era una "ficción legal". Por su parte los defensores de los Derechos Humanos, dan valor a los decretos leyes dictados por el gobierno de facto, para garantizar que Chile estuvo en una guerra interna y que los Convenios son plenamente aplicables.

Lo cierto, parecería ser, que Chile sufrió un gran conflicto interno, que desde 1973 existió una inestabilidad política que termino con un gobierno de facto, que ejerció el poder y la represión de manera despótica y sin contradictor alguno. Que de acuerdo a lo anterior solo sería procedente la aplicación del artículo 3° común a todos los Convenios, de conformidad a la interpretación que la Cruz Roja ha otorgado a dichos tratados.

Al señalar lo anterior, no estoy diciendo que hay que aplicar la ley de amnistía- por ningún motivo- estoy señalando que los argumentos en torno al tema se han tenido que basar en ficciones históricas a fin de lograr sancionar las graves violaciones cometidas contra los Derechos Humanos, lo que parece del todo irracional a 20 años del retorno a la democracia.

#### b.4.3.Los Convenios de Ginebra no fomentan la aplicación de leyes de amnistía

El fallo se ha pronunciado en relación a la disposición 6(5) del Protocolo II anexo a los Convenios de Ginebra, señalando que no tiene por objetivo promover las amnistías como ha sido sostenido por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Por el contrario tienen como objetivo promover la paz una vez que se ha acabado el conflicto.<sup>132</sup>

“Cuadragésimo quinto: (...) [S]e entiende en ese sentido que de una regla encaminada a procurar que la autoridad en el poder conceda una amnistía lo más amplia posible, por motivos relacionados con el conflicto, una vez concluido el mismo, ya que de esa manera se desprende claramente del texto y contexto de la disposición, esto es, que la amnistía se dirige a favorecer a los vencidos en el conflicto y que están en manos de quienes controlan el poder estatal, facilitando el restablecimiento de la paz social.

Entonces se colige 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 u oficiosos del Estado (...)”

EL párrafo citado establece un **non sequitur**, pues no podemos deducir del primer párrafo el segundo. Si se sostiene que el artículo 6 (5) establece una amnistía limitada para favorecer a los vencidos en el conflicto y para restablecer la paz social no se puede colegir que exista entonces una prohibición absoluta de leyes de amnistia.

#### b.4.4. Superioridad del derecho internacional sobre el nacional. Control de convencionalidad.<sup>133</sup>

El fallo sostiene que al dictar el DL 2191 se contradice el derecho internacional, pues dicha normativa impide al Estado cumplir las obligaciones contraídas con el sistema de derecho internacional.

Se sostiene por la Corte Suprema que existe una superioridad del derecho internacional sobre el nacional, tanto es así que en el fallo se plantea que existe una obligación de los jueces de fallar en conformidad al derecho internacional por sobre el nacional: Sosteniendo que:

“Sexagésimo segundo: Que también los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los Derechos Humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional,

<sup>132</sup> En el mismo sentido: (i) C.S., 13.3.07, G.J. N° 321, N° Pág. 228, Rol 3125-2007; (ii) C.S., 3.12.2009, Westlaw Chile J68892/2009, Rol 1984-2009.

<sup>133</sup> En el mismo sentido: (i) C.S., 18.1.07, Westlaw Chile J4015/2007, Rol 2666-2004; (ii) C.S., 13.3.07, G.J. N° 321, N° pág 228, Rol 3125-2007; (iii) C.S., 25.5.2009, Legal Publishing N° 42059.

cuyo colofón de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan (...)”

Sexagésimo tercero: (...) Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aún consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado (...)”.

En relación a lo anterior, recordamos que en el capítulo III de la presente tesis, al hacer referencia al fallo Almonacid Arellano, se hizo alusión a lo que la Corte Interamericana ha llamado el “Control de Convencionalidad”.

El control de convencionalidad, que comenzó como la facultad de la Corte Interamericana de resguardar la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención, se ha transformado desde el fallo “Almonacid Arellano” en un concepto cada vez más citado por la Corte Interamericana. A través de él se impone la obligación a los jueces nacionales de verificar al momento de fallar, si al aplicar la legislación nacional se contradice el derecho internacional, caso en el cual debe aplicarse la normativa de conformidad a la Convención Americana, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

Esta situación se contradice por completo a la finalidad que tiene la Corte Interamericana, que en primer lugar no constituye una instancia más dentro del procedimiento, sino que tiene como objetivo, justamente, el resguardo del sistema interamericano de Derechos Humanos, por medio del ejercicio del “control de convencionalidad”

Mediante la inusual práctica de obligar a los jueces internos a realizar el control de convencionalidad previamente, se les dice a éstos: hagan ustedes mi trabajo, so pena de mi reproche si incurren en una infracción. Es decir, hay un doble control de convencionalidad, tema no menor, si tenemos en consideración que no existe norma alguna en el derecho internacional, y particularmente en el caso del derecho interno chileno tampoco, que obligue a los tribunales nacionales a dar primacía a la legislación internacional.

b.4.5.En el fallo se realiza una interpretación del artículo 27 de la



Convención de Viena.

Otro punto que levanta este fallo es la prohibición del Estado chileno de incumplir las obligaciones nacionales por él contraídas, esgrimiendo disposiciones de derecho interno.<sup>134</sup> Lo ilustra el siguiente párrafo:

“Cuadragésimo séptimo: Que, desde luego, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las infracciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad.

Empero si 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 así 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, pues no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

Efectivamente, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no puede esgrimirse el ordenamiento interno para dejar de cumplir las obligaciones internacionales. (...)”

Mediante la alusión al artículo 27 de la Convención de Viena y a la declaración de la superioridad jerárquica del derecho internacional sobre el nacional que realiza la Corte Suprema, se dispone que el derecho internacional prima sobre el nacional. y se intenta sostener la autoejecutabilidad de los tratados

Sin embargo dicha interpretación es equivocada por cuanto el objetivo de la norma no es establecer la superioridad del derecho internacional sobre el local. Al respecto, Ximena Fuentes sostiene:

“Es inaudito leer el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como si se estableciera una obligación de autoejecutabilidad de los tratados en el derecho interno o como si estableciera una obligación de poner a los tratados sobre la ley en el derecho nacional de cada país.”

La autora funda su interpretación en la historia fidedigna de la ley y nos cuenta que el **artículo 27 se trata de una regla de responsabilidad** que excluye al derecho interno como eximente. Ximena Fuentes relata que en la conferencia de Viena del año 1966 fue Pakistán quien propuso la incorporación de este artículo para evitar que un Estado

---

<sup>134</sup> En este sentido: (i) C.S., 18.1.2007, Westlaw Chile J4015/2007, Rol 2666-2004; (ii) C.S., 28.1.2009, Westlaw Chile J12574/2009, Rol 4691-2007; (iii) C.S., 3.12.2009, Westlaw Chile J68892/2009, Rol 1984-2009.

invocara el derecho nacional para incumplir la Convención. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, ante la propuesta de Pakistán, explicó que una disposición de esas características no era incluida por que pertenecía más al ámbito de la responsabilidad de los Estados que a la materia tratada, esto es, el derecho de los tratados.

Ximena Fuentes señala que muchas delegaciones, estuvieron de acuerdo con la Comisión de Derecho de las Naciones Unidas en que la propuesta de Pakistán era innecesaria, por cuanto la materia correspondía a la responsabilidad internacional de los Estados. Así lo habría entendido Italia, Estados Unidos y Francia. La autora sostiene que Chile<sup>135</sup> al igual que la mayoría de los estados estuvo a favor de la propuesta de Pakistán, pero no para establecer otra intención, más que para reiterar que en el ámbito internacional prevalece el derecho internacional sobre el nacional.

A mayor abundamiento, Ximena Fuentes sostiene que ningún Estado voto en contra de dicha disposición, incluso aquellos que sólo le otorgan el rango de ley a los tratados, lo que corrobora que el artículo establece sólo una regla de responsabilidad, pues de lo contrario, muchos Estados no la hubiesen aceptado.

Por si aún existiera alguna duda, la autora sostiene que la mejor prueba de que el artículo 27 no establece una regla de jerarquía de los tratados, ni que jamás tuvo esa intención es que, en el segundo período de sesiones de la Conferencia de Viena sobre Derechos de los Tratados, Luxemburgo propuso que incorporará una disposición que obligará a los Estados a tomar medidas necesarias para garantizar la ejecución de un tratado en el plano nacional, es decir, dicha propuesta podría significar que se otorgará supremacía a los tratados sobre la constitución, por lo que fue rechazada.<sup>136</sup>

#### b.4.6. Interpretación del artículo 5 de la Constitución Política de la Republica.

---

<sup>135</sup> La autora cita las palabras del delegado Sr. Barros: “La delegación de Chile cree muy conveniente la idea que inspira la enmienda de Paquistán y estima que sería muy aconsejable incorporar al proyecto una cláusula que establezca expresamente la prohibición de invocar las leyes constitucionales para eludir el cumplimiento de los tratados. Nada hay que oponer a que un Estado puede invocar su Constitución para negarse a suscribir un tratado, pero cuando un Estado se obliga mediante un tratado, no es justificable que trate después de eludir su cumplimiento invocando su constitución, ni aún menos su legislación nacional ordinaria.”

<sup>136</sup> En todo, Fuentes, X, *op. cit.* en 111, pp. 8 y ss.

Se argumenta por la Corte Suprema que el artículo 5 de la Constitución Política establece el deber del Estado de garantizar los derechos humano consagrados en los tratados internacionales.<sup>137</sup> Lo anterior queda en evidencia en los párrafos que transcribo a continuación:

“Sexagésimo sexto: Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por los derechos esenciales de la persona humana siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites.

Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los Derechos Humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En definitiva los Derechos Humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. (...)”(énfasis agregado)

La interpretación del artículo 5° de la constitución no ha sido una cuestión exenta de debate. Se ha sostenido por autores que dicho artículo le entregaría jerarquía supra legal a los tratados, o que mediante este artículo la Constitución estaría en una constante transformación al incorporar nuevas normas derivadas del orden internacional. Existen, por el contrario, autores disidentes que manifiestan que no existe norma en la legislación Chilena que permita arribar a tal conclusión.

En relación a lo anterior, y manifestándose respecto del fallo de Miguel Ángel Sandoval, Humberto Nogueira ha señalando que: “La sentencia comentada se inserta en la línea correcta de considerar que la Constitución no es una norma hermética, sino un texto abierto que posibilita la incorporación de derechos o mejores garantías de

---

<sup>137</sup> **En el mismo sentido:** (i) C.S., 13.3.07, G.J. N° 321, N° pág. 228, Rol 3125-2007; (ii) C.S., 3.12.2009, Westlaw Chile J68892/2009, Rol 1984-2009.

ellos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, cuyo es el contexto, sentido y fin de la reforma de 1989 al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución”<sup>138</sup>

La jurisprudencia se ha manifestado en este sentido en reiteradas oportunidades señalando que los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico formando parte de la constitución de manera material, adquiriendo plena vigencia y eficacia. Hay otros fallos como es el caso de Miguel Ángel Sandoval, ya antes citado, en que la Corte Suprema manifiesta expresamente la superioridad jerárquica de los tratados por sobre la Constitución.

Pareciera que, al menos, es necesario plantear la duda. No esta en discusión, que la Constitución en el inciso 2 del artículo 5 reconozca la validez de los tratados de Derechos Humanos y de que ella se derive la obligación de garantizarlos, es más, de ésta manera lo sostiene Francisco Cumplido al referirse a la gestación de la reforma “se convino en agregar al artículo quinto mencionado un inciso segundo, que obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile.”<sup>139</sup> De igual manera reconoce que en un principio la Comisión había querido incluir la frase “de los tratados internacionales garantizados por Chile, como por la costumbre internacional y por los principios generales de derecho internacional”, sin embargo la Comisión sostuvo que aquella frase creaba un margen demasiado amplio de interpretación.

Francisco Cumplido agrega: “Los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada por ella se lograba que los derechos esenciales, garantizados por la Constitución, tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico.”<sup>140</sup>

El problema se suscita, al entrar en contradicción una norma de un tratado

---

<sup>138</sup> Nogueira A, Humberto, op. cit. en 109.

<sup>139</sup> Cumplido, F: “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, en *Rev. Ius et Praxis* (2003), v.9 n1, pp. 3.

<sup>140</sup> *Ibid* p, 4.

internacional y una norma constitucional, ó, si es que mediante la ratificación de un tratado se hace necesario su incorporación a la normativa vigente mediante una reforma, o estos son autoejecutables; es más nos podemos preguntar si es que se requiere una modificación constitucional?

Refiriéndose a la discusión planteada, Jorge Tapia señala que “En el caso que estudiamos resulta difícil admitir la existencia de una “reforma implícita”, no sólo porque falta la autorización, sino porque ésta debería además extenderse al procedimiento en su totalidad, haciendo innecesaria la aprobación del Congreso Pleno. Al no existir reforma implícita, corresponde concluir que la Constitución en sí no ha sido modificada y que, por tanto, el tratado no es Constitución ni en el sentido formal ni en el sentido material. El natural deseo de muchos constitucionalistas de aumentar al máximo posible la protección y defensa de los derechos humanos en vista de la trágica historia reciente de nuestro país al respecto, - que compartimos- no puede tener la virtud de cegar nuestros ojos ante lo evidente.”<sup>141</sup>

Algo similar es postulado por Silva Bascuñan al referirse a la compatibilidad entre la constitución y los tratados: “la afirmación de que nuestra Carta de reforma, en virtud del tratado ratificado, en cuanto a éste pugne con ella, es inaceptable, porque la Constitución Política del Estado sólo puede modificarse siguiendo las reglas de procedimiento fijadas en ella misma y sus preceptos rigen permanentemente respecto a todas las situaciones que se presenten en el devenir de la sociedad política, en tanto que los tratados son acuerdos que por su propia naturaleza, son de carácter temporal, ya que, aún cuando estipulados por término indefinido, pueden ser desahuciados. Por otra parte, muchos de ellos se celebran con determinado Estado y no con la comunidad internacional y la misma materia objeto de un tratado puede ser reglada en términos distintos en tratado convenido con un Estado diverso”.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Tapia, J: “Efecto de los tratados sobre Derechos Humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la CPR de 1988”, en *Rev. Ius et Praxis* (2003),v.9, n.1, pp.8.

<sup>142</sup> Silva, A: *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977) Tomo IV, p. 16.

Ximena fuentes, citando a Francisco Cumplido, se refiere expresamente a la jerarquía de los tratados internacionales, señalando que a su respecto la Comisión prefirió no manifestarse. “En cuanto a la jerarquía de los tratados de Derechos Humanos la disposición no dice nada expresamente, pero según cumplido:

La cuestión de interpretación que puede presentarse es en el caso en que haya en un tratado internacional una disposición incompatible con la Constitución de 1980, porque aquí tendría el intérprete que señalar cuál es el que prevalece. Si Uds. Observan, la Constitución los colocó en un mismo rango, porque habla de asegurar los derechos garantizados por esta constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Los colocó en un mismo plano.

Cuando se discutió, la verdad es que no se quiso zanjar expresamente-se los digo con toda honestidad-porque de ser zanjado en ese momento es muy posible que se hubiera entrabado la reforma constitucional. Entonces lo negociadores llegamos a la conclusión de que esto debería ser interpretado por un tribunal.”<sup>143</sup>

Lo anterior deja al menos en la mesa la duda respecto al alcance de la reforma del año 1989 al artículo 5° de la Constitución, y cuestiona a aquellos que sostienen que los tratados internacionales gozan de superioridad jerárquica frente a la constitución.

#### b.4.7. Ius cogens, el Ccajón de sastre del derecho internacional.

De conformidad a la sentencia, el Ius Cogens dispone que en la Comisión de delitos de lesa humanidad, el Estado está obligado a perseguir y sancionar a los responsables, aún cuando, en la legislación interna no estén tipificados tales delitos, pues al ser una norma imperativa de Ius Cogens no se vulneraría el principio de legalidad.<sup>144</sup> El fallo dispone:

“Quincuagésimo Octavo: 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

<sup>143</sup> Fuentes T, Ximena, *op cit.* en 11, pp. 13.

<sup>144</sup> En el mismo sentido: (i) C.S., 13.12.2006, Westlaw Chile J3751/2006, Rol 559-2004;(ii) C.S., 13.3.07, G.J. N° 321, N° pág. 228., Rol 3125-2007.

Humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. (...)

“Quincuagésimo nono: (...) El referido carácter obligatorio de los cánones de ius cogens concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la que dispone en su artículo 53 que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. (...)

Se completa esta interpretación, con argumentos dictados en fallos similares que sostienen:

“Que, debe tenerse presente también la llamada Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, que aunque no ha sido ratificada por Chile, surge en la actualidad con categoría de norma de ius cogens o principios generales de derecho internacional.”<sup>145</sup>

Pareciera adecuado sostener que el Ius Cogens recoge principios como la vida la integridad física, la igualdad o la seguridad personal. Es, al menos cuestionable pretender que el ámbito del Ius Cogens abarque la prohibición de prescribir o amnistiar. En el caso de la amnistía hemos apreciado durante el desarrollo de la tesis que los organismos internacionales y el mismo derecho internacional no cierra las puertas a amnistías con el fin de restablecer la paz social.

Ahora bien, citar una norma que no está vigente en Chile, sosteniendo que ella está vigente por medio del Ius Cogens, pareciera excesivo, en atención a que “la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra” no está necesariamente ni en forma indubitada contemplada dentro del Ius Cogens.

Existe quienes argumentan que aún cuando ciertas convenciones no estén vigentes en Chile, al comprender derechos garantizados por el Ius Cogens son plenamente aplicables, de esta forma sostienen que:

“Los delitos de Lesa Humanidad están sujetos a las normas de ius cogens, como, asimismo, al derecho convencional internacional en la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas.

Dichas convenciones si bien, no están vigentes en Chile, como derecho convencional, los principios contenidos en ellas sí estaban vigentes en la década de los setenta del siglo XX como derecho consuetudinario internacional

---

<sup>145</sup> CS.28.1.2009, Westlaw Chile J12574/2009, Rol 4691-2007.

y principios imperativos de derecho internacional.”<sup>146</sup>

Es, a todas luces, evidente, que existe de conformidad a la cultura Occidental y a un conjunto de principios heredados de la tradición cristiana occidental y post-revolucionaria francesa, ciertos hechos que están prohibidos, por vulnerar normas que para todas las civilizaciones tienen un valor absoluto y que se repiten entre los Estados. Se habla de derechos como la vida, la integridad física, la libertad y la igualdad.

Pero por mucho que parezca necesario evitar que crímenes como los ocurridos en Chile y Latinoamérica queden impunes, resulta excesivo sostener que el *Ius Cogens* abarca una prohibición de prescripción ni de amnistiar.

El *Ius Cogens*, al ser un concepto tan abierto, siempre ha planteado estas problemáticas. Es decir, hay consenso en que la tortura y el genocidio entre otros crímenes, están prohibidos por *Ius Cogens*, sin embargo no existe consenso en que la obligación de sancionar y en consecuencia la prohibición de amnistiar o de aplicar la prescripción se cubren bajo el concepto del *Ius Cogens*. Pareciera necesario establecer un límite, ya que hoy por hoy los Derechos Humanos y el *Ius Cogens* se han convertido en el cajón de sastre del derecho internacional, desde donde es posible extraer cualquier justificación faltante e introducir en ellos todos los conceptos necesarios.

#### b.4.8. Estamos en presencia de delitos de Lesa Humanidad<sup>147</sup>. Características de estos tipos de delito

A los delitos sancionados en el fallo de estudio y a aquellos que han sido expuestos en este trabajo, entendiéndose, delitos de desapariciones forzosas, torturas y asesinato, se les ha otorgado el carácter de delitos de lesa humanidad, y en relación con el numeral anterior, de conformidad a este carácter se entiende que no son amnistiables ni

<sup>146</sup> Nogueira A, Humberto, *op. cit.* en 48.

<sup>147</sup> En el mismo sentido: (i) C.S., 18.1.07, Westlaw Chile J4015/2007, Rol 2666-2004, en el considerando décimo sexto: Que con todo lo considerado, en el caso de autos es dable calificar el delito de homicidio cometido en contra de la persona de Matías Ñanco como “ un crimen contra la humanidad” ello no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado; (ii) C.S., 13.12.2006, Westlaw Chile J3751/2006, Rol 559-2004; (iii) C.S., 13.3.07, G.J. N° 321, N° pág. 228, Rol 3125-2007; (iv) C.S., 29.10.2008, Westlaw Chile J68123, Rol 6112-2007; (v) C.S., 3.12.2009, Westlaw Chile 152



imprescriptibles. Los delitos de lesa humanidad serían también inadmisibles. A través del fallo, que se ha utilizado como ejemplo, es posible observar las características que presentan los delitos de lesa humanidad.

“Quincuagésimo tercero: Que desde otro punto de vista y atendida la naturaleza de los sucesos investigados, es procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar crímenes contra la humanidad.

Efectivamente, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los Derechos Humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas(...)”

“Quincuagésimo séptimo: 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”.

#### b.4.9. Carácter permanente del delito.<sup>148</sup>

Otra justificación que se comenzó a usar con más fuerza durante este período fue la caracterización de “el secuestro como delito permanente”. A través de la construcción doctrinaria de este argumento, se entiende que la consumación del delito no ha finalizado hasta que aparezca la víctima, por lo que no es posible encuadrar las desapariciones forzadas dentro del período de aplicación del DL amnistía, ni declarar la prescripción de la acción por extenderse el delito en el tiempo.

En el fallo en análisis, una vez esgrimido todos los argumentos antes expuestos, y como argumento subsidiario, pues el fallo entiende que el DL de amnistía es inaplicable por la primacía del derecho internacional sobre el nacional, se explica que la prescripción de la acción penal tampoco sería aplicable porque el delito de secuestro reviste el carácter de permanente.

“Octogésimo quinto: Que, con todo, cabe advertir que el tipo penal de secuestro en que se encuadra la actividad criminal de los hechores, corresponde a lo que

---

J68892/2009, Rol 1984-2009.

<sup>148</sup> En el mismo sentido: (i) C.S., 11.10.2007. Legal Publishing N° 37573, Rol 2370-2007; (ii) C.S., 11.10.07, Westlaw Chile J6670/2007, Rol 2370-2007; (iii) C.S., 29.10.2008, Westlaw Chile J68123, Rol 6112-2007.

se denomina un delito permanente, noción que si bien es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva(...) Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede perdurar más o menos según la voluntad del hechor(...)”

“Octogésimo Octavo: (...) Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en el evento de haber ocurrido ésta, por lo que se denegará el recurso intentado en este sentido.”

Durante el capítulo IV, se ha observado, que, calificar el secuestro como delito permanente<sup>149</sup>, es uno de las argumentaciones que la Corte Suprema ha utilizado para desestimar la aplicación de la ley de amnistía.

No me detendré a realizar un análisis pormenorizado de la caracterización del delito, sin embargo, es necesario poner atención en la figura del secuestro. Esta figura se ha aplicado, en la mayoría de los casos bajo el supuesto de que al no existir pruebas del paradero de la víctima, el delito continúa en ejecución. Es decir, al no haber pruebas respecto del término o continuidad del delito se presume que continúa existiendo y por medio de esta presunción se invierte la carga de la prueba. Lo anterior no es menor, porque viola las garantías de un debido procedimiento, el que por cierto también es garantizado por el derecho internacional. Ocurre que se presume culpable al imputado salvo que él pruebe que no es así.

¿Se está defendiendo la aplicación de la ley de amnistía?- nuevamente no- solamente

---

<sup>149</sup> Mañalich, *op. cit.* en 44. Sostiene que: “El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía”, podemos realizar ciertas observaciones a las caracterizaciones que ha hecho al Corte respecto del delito de secuestro.1) Hablar de Delito como secuestro permanente es una redundancia, ya que es posible hablar de delitos permanentes como una estructura de injusto, dentro de los cuales estaría el secuestro. Es decir al decir solamente secuestro se entiende que estamos refiriéndonos a un injusto que está dentro de aquellos delitos clasificados como permanentes.2) Según una doctrina minoritaria, es equivocada la distinción que se sostiene entre delitos permanentes y delitos instantáneos de acuerdo al momento de consumación, pues el delito de secuestro se consuma al perfeccionarse el tipo del injusto, esto al momento de “encerrar o detener a otro privándole de su libertad. Es así que todos los delitos son susceptibles de prolongarse en el tiempo.3) En el secuestro la consumación es instantánea, sin embargo el ilícito puede repetirse, continuar ejecutándose, pero se consideran las acciones como una sola acción o “unidad jurídica de acción”

pareciera que el Estado no debe incurrir en procedimientos viciados que no cuenten con garantías judiciales básicas, tales como las que el mismo derecho internacional, en especial los Convenios de Ginebra promueven.

Por último, para terminar este análisis jurisprudencial, durante al año 2009 la Corte Suprema emite un fallo que aplica la prescripción de la acción penal absolviendo a los responsable del secuestro de Jacqueline Binfa y 3 fallos que reconocen la institución de la media prescripción, lo que para muchos contradice la jurisprudencia que parecía asentada

### c. Conclusiones

Del análisis realizado de los fallos emitidos por la Corte Suprema en los últimos 19 años, podemos concluir que existe una jurisprudencia marcada por etapas. Se observan dos etapas. La primera comprendida desde el año 1990 al 1998 en la cual existió una aplicación del DL 2191 del año 1978. Dentro de esta etapa también observamos sub etapas argumentativas:

1º) Desde el año 1992-1993 la Corte Suprema ocupa un criterio “formal”<sup>150</sup> que se caracteriza por verificar que se cumplan los requisitos estipulados por el DL 2191, y una vez que es posible subsumir el hecho a la norma, es procedente la aplicación del DL amnistía.

2º) Desde el año 1993-1998, la Corte Suprema le otorga a la amnistía un carácter objetivo de causal de extinción de responsabilidad, señalando la compatibilidad del DL con el derecho internacional, resaltando la soberanía de Chile y la primacía de la constitución sobre los tratados internacionales y descartando la aplicación de los Convenios de Ginebra.

---

<sup>150</sup> Al hablar de carácter formal, no quiero señalar que la Corte Suprema, en este período, haya ocupado un criterio formalista al aplicar el derecho, sino que de conformidad a una de las tantas interpretaciones que se le han dado a la norma, esta se caracterizaba por revisar si se cumplían con las condiciones de aplicabilidad, tales como tiempo, lugar y delitos comprendidos. Es una caracterización de la etapa, quizás no tan afortunada, pero útil para efectos de dividir los periodos o etapas jurisprudenciales.

En la segunda etapa, que comienza desde el año 1998 en adelante, se sostiene que no procede la Ley de Amnistía. Dentro de este período se observan, igualmente, sub etapas.

1°) Desde el año 1998 al 2003 se observa que la Corte Suprema otorga un carácter subjetivo al DL amnistía, es decir, es necesario acabar la investigación, determinar al responsable de los hechos para que proceda posteriormente la aplicación de exoneración de responsabilidad por la amnistía. Lo que se condice con la denominada "doctrina Aylwin". De esta manera fueron abiertos numerosos procedimientos que habían sido sobreesidos.

2°) Desde el año 2004 hasta el 2008: Se observa cómo, con posterioridad al fallo de Miguel Ángel Sandoval, la jurisprudencia se unifica en torno a la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, la incompatibilidad y contradicción del DL 2191 con el derecho internacional y la superioridad del último respecto del derecho nacional.

Finalmente, respecto del año 2009 podemos señalar que es un año irregular, caracterizado por pronunciar fallos que acogen la institución de la prescripción, lo que contradice la jurisprudencia que se estaba asentando.

De la observación cronológica de la jurisprudencia se desprenden bastantes observaciones:

- En primer lugar, existió una evolución jurisprudencial, en los 20 años examinados, que comenzó con una aceptación total a aplicar la ley de amnistía hasta fallos como el de Miguel Ángel Sandoval que han rechazado la validez de dicha norma y han decidido que no es procedente. Pese a todo no podemos sostener que existe una jurisprudencia clara y que por la vía de los tribunales se ha resuelto el problema de la aplicabilidad o no de la amnistía.
- Los organismos internacionales y la doctrina ha influido sobre la jurisprudencia,

sosteniendo que no es procedente la aplicación de la ley de amnistía.

- Entre los argumentos utilizados por la Corte Suprema para no aplicara el DL 2191 se citan los **Convenios de Ginebra**. Uno de los artículos más debatidos es el **artículo 3** común a los cuatro tratados

Se discutió durante largos años, respecto de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra y del artículo 3 de estos, lo particular de está discusión radica en que ha sido materia de debate y argumento para ambos lados. Es decir, aquellos que están a favor de aplicar la ley de amnistía sostenienen que el artículo tres no es aplicable. Aquellos que estan en contra de la aplicación de la amnistía sostienen que es procedente su aplicación.

Lo cierto es, a mi parecer, que dicha discusión carece de sentido, porque Chile vivio un conflicto de carácter no internacional, lo que implica.-de conformidad a la historia de la elaboración del artículo 3 y de lo señalado por la CRI, como se describió en el capítulo II del presente trabajo-que es aplicable el artículo 3 de los Convenios de Ginebra. Para lo único que es útil dicha discusión es para determinar si el conflicto reviste ciertas características, tales, que le es aplicable el protocolo II.

El tenor del artículo 3 implica que deben establecerse principios mínimos de respeto en caso de conflictos internos. Es importante destacar , como se ha hecho a lo largo del trabajo, que el artículo tres representa un pequeño texto resumen de principios, creado para aplicarse a conflicto locales y que pese a estar inserto en todos los Convenios es la única disposición de ellos que se aplica en el ordenamiento local.

Es decir, cuando los fallos de la Corte Suprema extienden la aplicación a otros articulos de cualquiera de los Convenios están excediendo el ámbito de aplicación, por cuanto el único artículo aplicable es el artículo 3 común.

La Corte Suprema ha sostenido que es procedente la aplicación de los artículos 146 y 147 que obligan a sancionar a los culpables de infracciones a los derechos establecidos en el tratado. Lo que me parece incorrecto, porque las partes al suscribir el artículo tres fueron especialmente cuidadosas en

establecer que no se aplicaría toda la convención. La intención no fue pactar una obligación de perseguir y sancionar en casos de conflictos internos, sino establecer principios rectores determinados en el mismo artículo 3.

- Otro Aspecto llamativo de los fallos en estudio fue que la Corte Suprema sostuvo en algunos casos **la superioridad del derecho internacional sobre el nacional**. Para lograr lo anterior la jurisprudencia se valió de diversos argumentos.

Se interpretó el artículo 5 de la Constitución, sosteniendo que el derecho interno no puede ser contrario a los tratados internacionales, porque estos se incorporan al derecho local formando parte material de la Constitución. Sostener esta interpretación del artículo 5 de la Constitución, me parece algo tendencioso por cuanto no existe norma alguna en el ordenamiento legal chileno que le otorgue jerarquía superior a los tratados sobre la ley interna. El artículo 5, como se sostuvo en el trabajo tiene por objeto sostener que todos los derechos que asegura la Constitución tienen carácter de derechos esenciales, no establece la superioridad suprallegal de los tratados.

Igualmente se han citado el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados para sostener que no es posible invocar el derecho interno para infringir el derecho internacional. Claramente, dicha apreciación no está considerando la naturaleza de la norma, que no es que una más que una regla de responsabilidad de los Estados y que en caso alguno puede sostenerse que mediante ella, el derecho internacional prima sobre el nacional.

Se ha sostenido que la superioridad de derecho internacional sobre el local es tan patente que los jueces locales deben fallar de conformidad al derecho internacional antes que el local, es decir deben ejercer “control de convencionalidad”, función que es propia de la Corte Interamericana y no de los organismos locales.

- No deja de ser particular que el **ius cogens** haya sido utilizado por los órganos judiciales como la perfecta excusa en caso de vacíos, mediante el se han

agumentados como válidos tratados no vigentes y se han incluido en él prohibiciones como la de amnistiar o la de aplicar la institución de la prescripción, entre otras. Me parece desafortunados dichos actos del poder judicial, por cuanto se trata de instituciones que han sido contempladaS por los ordenamientos jurídicos desde antaño e incluso aceptadas por los organismos internacionales, en esas circunstancias, mal podría existir una prohibición absoluta sobre la prescripción o de amnistiar.

- Pero sin duda, el punto más llamativo, y que apunta hacia el objeto de este trabajo y además resume bien un conflicto generalizado, es como se efectúa constantemente **non sequitur** por parte del órgano judicial. Es decir, la Corte Suprema a fin de no aplicar la ley de amnistía, deduce, equivocadamente una prohibición de aplicar leyes de amnistía de el derecho a la vida, a la prohibición a la tortura, al genocidio, etc.

Las normas que ha utilizado pueden provenir del derecho convencional o del ius cogens, pero siempre derivan en que ambos ordenamientos existe una prohibición absoluta de leyes de amnistía.

A mi parecer del derecho a no ser torturado no se sigue –logicamente- la prohibición de aplicar la leyes de amnistía o prescripción.

- Por último, me parece importante hacer una observación muy personal respecto de lo expuesto en el presente capítulo.

Creo que ante la importancia del problema, este no puede quedar entregado al poder judicial, se trata de un asunto que involucra a la sociedad completa por lo que es esta la llamada a solucionarlo.

Por otra parte, ante la influencia política que revierte los hechos, no podemos desconocer que los sentenciadores se ven influenciados por sus convicciones políticas, sociales y personales. Es cierto que la labor de los jueces es imparcial, y le obliga a fallar de conformidad a la ley y no a la opinión personal, también es correcto señalar que jueces y ministros estan acostumbrados a ejercer dicha función de esta manera. Pero no es menos cierto, que frente a la cuestión en estudio existen peculiaridades que influyen en lo sustancial.

Ejemplo de ello es el Ministro Correa, quien en forma constante a través de los años apoyó la no aplicación del DL amnistía. Si observamos en la gran mayoría de los casos en los cuales se fallaba a favor de la aplicación de las amnistías, él manifestaba su voto en contra.

Existe, también, una omisión del Poder Legislativo en otorgar una solución legal a la discusión normativa. Por otro lado existe una gran presión social en relación a las violaciones a los Derechos Humanos y la existencia o no de sanciones a los responsables. Por último existe la exigencia constante de los organismos internacionales que no sólo se ejerce sobre el Estado sino especialmente y directamente sobre los jueces. Respecto de esto se puede observar la exigencia a los jueces de ejercer el “control de convencionalidad” desde el año 2006, con el fallo de Almonacid Arellano.

Entonces, si no es posible sostener que los ministros de la Corte Suprema han logrado escapar de las presiones sociales, políticas, internacionales, y de las consideraciones personales, parecería desafortunado que sean ellos quienes tengan que decidir respecto de la aplicación del DL 2191, sin embargo lo que es aún más complicado es que en esta situación sea el juez el llamado a resolver un conflicto que debiese ser resuelto por el legislativo. A mi parecer aquí estamos frente a un conflicto más político que jurídico, en consecuencia no son ellos los llamados a decidir respecto del destino del DL 2191 y su aplicación, sino la sociedad en conjunto.

## CONCLUSIONES GENERALES

Las amnistías decretadas en Latinoamérica durante la década del setenta en adelante han presentado un problema para el derecho internacional y el derecho nacional, pues son un ejemplo latente del conflicto que actualmente se presenta entre ambos sistemas jurídicos.

Es cierto, que quizás no son el mejor ejemplo, pues hablamos de violaciones a los derechos humanos, resultando extremadamente complicado presentar imparcialidad frente a sistemáticas violaciones al derecho a la vida, a la integridad física y torturas,



entre otras.

Pero, por lo mismo es más latente la intervención que el derecho internacional ha logrado frente a la legislación nacional en este tema. La Fuerza con la que el derecho internacional influye en el derecho nacional mediante el tema de los derechos humano es inmensa.

El objetivo de la tesis ha sido intentar esclarecer si existe una prohibición absoluta en el derecho internacional de aplicaciones de leyes de amnistía en las legislaciones nacionales, y tras el desarrollo del trabajo, es posible sostener que no existe una norma internacional que prohíba la aplicación de dichas leyes

No es posible sostener una prohibición en términos absolutos, no sólo porque no existe norma alguna que así lo señale, sino porque ha quedado en evidencia que existe una discusión inconclusa, presentándose diversas posiciones frente al tema, muchas de las que han variado a través de los años, sin que, ni la doctrina, ni la jurisprudencia hayan podido sanjar el debate.

Respecto de las normas positivas, se observa que existe un gran conjunto de tratados que obligan a Chile a garantizar Derechos Humanos tales como, la vida ,la seguridad, la integridad física, e incluso existen tratados que imponen a Chile la obligación de adaptar la legislación interna a fin de tipificar delitos como la tortura, sin embargo, de aquellos no puede inferirse una prohibición de aplicación de leyes de amnistía, tal como se señalo latamente en el capítulo II.

Por su parte en el *Ius Cogens* encontramos una amplia gama de principios y normas, sin embargo, de ninguna de ellas es posible derivar, una prohibición de aplicar leyes de amnistía o la institución de la prescripción.

Una de las características más importantes del *Ius Cogens* es la generalidad, lo que apunta a valores e intereses comunes y fundamentales para todas las sociedades. Un ejemplo de ello es el derecho a la vida, que es universalmente valorado. Las

sociedades en general concuerdan en lo anterior y consagran este derecho, sin embargo, dependerá de cada estado como decida defenderlo. Del derecho a la vida no es posible realizar deducciones más allá que la antes señalada. Sería artificial deducir del derecho a la vida, la obligación de sancionar y luego la prohibición de aplicar leyes de amnistía.

Podríamos entrar en una discusión al respecto; ¿Un estado que permite la eutanasia, esta violando el derecho a la vida o estamos frente a distintos niveles de resguardo de este derecho? esta pregunta se podría aplicar al aborto, o a países que carecen de un sistema de salud público que cubra las necesidades de toda la población, incluso a países en que las drogas son legales a sabiendas de las dañinas consecuencias que estas producen.

Se trata entonces de niveles de cuidado, la gran mayoría de las normas contenidas en los tratados estudiados en este trabajo son normas programáticas. Las políticas y en consecuencia los niveles de cuidado que el estado decida implementar dependerá del derecho interno. Está es la razón de porqué no es posible deducir del reconocimiento del derecho a vida, más que un compromiso programático de respetarlo de conformidad a estándares que serán definidos posteriormente al interior de cada Estado.

Por cierto, existe una mala praxis jurisprudencial, respecto de deducir de normas convencionales o de ius cogens, prohibiciones de aplicar leyes de amnistía, como ya lo hemos sostenido durante el trabajo, de la prohibición de torturar no se sigue la prohibición de perdonar.

Respecto de los tratados que imponen la obligación de modificar la legislación interna, el asunto es un poco más sencillo, pues la única obligación contraída por el Estado es la de tipificar en la legislación nacional el contenido de la norma internacional. Es decir, el Estado incumple el tratado si no tipifica y al tipificar deberá compatibilizar la normativa interna con la internacional. De estos tratados que contienen una obligación determinada es mucho más clara la imposibilidad de deducir la prohibición de leyes de

amnistía, pues se satisfacen en la medida que se cumple con la obligación.

Otro argumento para sostener la existencia de una prohibición en el derecho internacional de aplicación de leyes de amnistía en el derecho local es sostener que, existe una contravención al derecho internacional con la aplicación de leyes de amnistía, porque éstas, contradicen los principios generales del derecho internacional. Pues bien, parece que esa aseveración no es del todo errada, en el entendido que el derecho internacional no puede servir como una herramienta para encubrir o fomentar crímenes contra la humanidad, sin embargo, es necesario hacer precisiones.

En primer lugar, es necesario distinguir entre los tipos de amnistías existentes. Como se ha demostrado a lo largo del trabajo, no todas las amnistías son iguales. Existen algunas llamadas auto-amnistías, o amnistías al revés, que son aquellas que buscan consagrar la impunidad de quienes ostentan el poder y han cometido flagrantes violaciones a los Derechos Humanos, se caracterizan por ser dictadas por los mismos sujetos que han cometido las violaciones a los derechos fundamentales para evitar que exista una investigación de los hechos y reparaciones a las víctimas. Es decir, son amnistías que buscan borrar los hechos, los responsables y las víctimas.

Por el contrario, existe otro tipo de amnistías, que son aquellas que buscan fomentar la estabilidad al interior de los estados y restablecer la paz. Este tipo de amnistías han sido reconocidas por la doctrina que las ha caracterizado como amnistías otorgadas por gobiernos democráticos o mediante procedimientos democráticos y que no buscan la impunidad sino la paz.

El derecho humanitario nos ofrece un ejemplo de la existencia y validez de leyes de amnistías en el derecho internacional, al establecer en el artículo 6(5) del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, que “a la cesación de las hostilidades, las autoridades procurarán conceder la amnistía más amplia posible...”. La interpretación de la CRI señala que esta norma no busca fomentar la amnistía de crímenes contra el derecho humanitario, sino por el contrario busca propiciar la reconciliación nacional después de un conflicto armado al interior de los Estados.

Además, la Comisión Interamericana, en un comienzo aceptó ciertos tipos de leyes de amnistías bajo determinados supuestos, esto es, que fueran leyes de amnistías dictadas de forma democrática, que fueren decretadas por autoridades distintas de aquellas a las cuales les será aplicada la ley, que existiera un proceso de investigación para esclarecer los hechos ocurridos, ya sea judicial o por medio de comisiones, y que existiera reparación a las víctimas.

Todo lo anterior permite aseverar, con bastante certeza, que existen ciertos tipos de amnistías que están permitidas en el derecho internacional y que, en consecuencia, no existe una prohibición absoluta en el derecho internacional de aplicar de leyes de amnistía en el derecho interno. Lo que está en contradicción con el espíritu del sistema de derecho internacional e interamericano de derechos humanos son las leyes de amnistía que buscan dejar impune, entendiendo por impune sin sanción, ni investigación de las violaciones a los derechos humanos.

El problema respecto de Chile es que el DL 2191 de 1978, es a todas luces una amnistía que busca la impunidad de las violaciones a los derechos humanos. Pues, es un Decreto Ley dictado por un gobierno ilegítimo, que busca auto favorecerse, e impedir la investigación de los hechos y la reparación a las víctimas.

Entonces, cabe preguntarse respecto del cómo solucionar este problema, pues como vimos no existe una obligación, ni convencional ni en el *Ius Cogens*, que prohíba la aplicación de leyes de amnistía, y en Chile este es un problema abierto, que continúa sin solución cierta.

Hasta la fecha en nuestro país se ha dejado en manos de los tribunales locales resolver respecto de la aplicación del DL 2191. Esta situación, lejos de ser una solución, ha permitido una serie de irregularidades y ha motivado la vulneración y adaptación de las normas de acuerdo a la conveniencia del criterio del juzgador. Se podría decir que se ha desvirtuado el objeto, fin y estructura de la normativa nacional e internacional.

Según lo observado en el trabajo, en mi opinión, la única manera de lograr una solución certera del conflicto de aplicabilidad del DL 2191, es sustrayendo de las manos de los tribunales nacionales la determinación acerca de la superioridad del derecho internacional o nacional a raíz de la vigencia del decreto ley de amnistía y entregando la resolución del asunto al poder legislativo, que es a quien le corresponde.

Mientras continúen siendo los tribunales locales los llamados a resolver, seguirá existiendo una constante inestabilidad en torno al tema, pues continuarán produciéndose vicios o irregularidades y existiendo diferentes líneas jurisprudenciales respecto del DL 2191.

De esta manera se observa que los jueces han planteado dos soluciones frente a los casos de violaciones a los Derechos Humanos durante el régimen militar. La primera alternativa, es otorgar primacía al derecho internacional, entendiendo que Chile se obligó por una serie de tratados, entre ellos, la Convención Americana y los Convenios de Ginebra a garantizar derechos entre los que está la vida y la integridad física, por lo que, al aplicar el DL 2191 de 1978 el Estado está dejando sin sanción violaciones a tales derechos, por lo que en consecuencia está incumpliendo con su obligación de garantizarlos, por lo que no es procedente la aplicación del DL 2191.

La segunda alternativa, es dar prioridad al derecho nacional y aplicar el DL 2191. Esta interpretación se ha levantado sosteniendo que no eran aplicables los Convenios de Ginebra, pues en Chile no existió un conflicto armado con las características necesarias para su aplicación, y que, a modo general, no existían a la fecha en que ocurrieron los hechos, tratados que impidan su aplicación, por lo que no se incurre en responsabilidad internacional al aplicar el decreto de amnistía.

Sin embargo, como ya hemos señalado en las conclusiones del capítulo IV, el artículo 3 común a los cuatro tratados es aplicable a todos los tipos de conflictos internos, la distinción en intensidad y características se aplica para ver si, además, es aplicable el protocolo II. En Chile existió un conflicto interno al que es aplicable el artículo 3 de los

Convenios de Ginebra. Sin embargo, sólo el artículo 3, no todas las convenciones, no los artículos 146 y 147 del Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra, como ha sostenido alguna doctrina y jurisprudencia.

Es cierto que la Corte Suprema ha creado jurisprudencia frente al caso, fallando en los últimos años por la no aplicabilidad de la ley de amnistía, pero no es menos cierto que esa certeza se puede hechar por tierra, mediante el simple cambio de integración de la sala penal. Es decir, es suficiente que exista una conformación que opine distinto al criterio jurisprudencial que se ha venido sentando hasta ahora para que nuevamente se comience a aplicar el DL 2191. El Decreto Ley está vigente y no hay certeza acerca de lo que nos depara el futuro, sobre todo en época de cambios.

Lo anterior queda de manifiesto con el fallo de Jacqueline Contreras, en el que no se aplicó el DL amnistía pero se aplicó la prescripción, por lo que se absuelve a los secuestradores de la joven. El día en que se dictó dicho fallo, la Segunda sala penal de la Corte Suprema no sesionó con todos los ministros titulares, el abogado integrante fue decisivo. Los absueltos fueron, nada más ni nada menos que Manuel Contreras Sepúlveda, Marcelo Moren Brito, César Manríquez Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko y Ciro Torrè Sáez, todos pertenecientes a la cúpula de la Dina. La sala estaba conformada por Nilbaldo Segura y Rúben Ballseteros, ministros que a través de los años han fallado por la aplicación del DL amnistía o de la prescripción, por Julio Torres y por los ministros Dolmestch y Rodríguez que estuvieron, como habitualmente están, a favor de confirmar la sentencia condenatoria.

Otro ejemplo de lo complejo que es no otorgar una solución definitiva a este asunto, es que la Corte Suprema, para justificar la no aplicación de la ley de amnistía ha debido implementar diversas medidas tales como sostener la superioridad del derecho internacional sobre el nacional, la autoejecutabilidad de los tratados, ha confiado en la idea del “secuestro permanente”, ha otorgado la facultad de obligar a tratados solamente suscritos, entre otras tantas prácticas.

La doctrina también ha tratado de otorgar una solución al conflicto, ya sea en contra o

en favor de la aplicación del Decreto Ley Amnistía. Algunos autores han planteado alternativas originales, distinguiendo entre los distintos estadios de sancionar y los conceptos de amnistía. Otros han propuesto salidas alternativas que permitan cumplir con el derecho internacional y nacional, como es llevar adelante los procesos, determinar los hechos y atribuir la responsabilidad a los culpables, pero sin aplicar una sanción penal, cumpliendo de esta manera con las exigencias del derecho internacional.

Esta última solución me parece normativamente viable, sin embargo, no toma en consideración el problema social del que estamos hablando, y es que para las víctimas y sus familiares, la vigencia de la norma “no matarás” o “no secuestrarás” no se satisface, o no queda establecida de manera indubitada, no se restablece su imperio, con una solución de esa naturaleza. Por último, esta solución deja nuevamente entregado el conflicto a los tribunales, lo que no me parece adecuado.

El resumen es que a la fecha no se ha logrado llegar a una solución al respecto y queda el problema en manos de los tribunales, sin muchos resultados.

Son los gobiernos democráticos, desde el año 1990 hasta ahora quienes han mantenido vigente la ley de amnistía. No se ha cuestionado en forma abierta la validez del decreto en cuestión, es más, los gobiernos desde 1990 en adelante no han cuestionado la validez de los 3660 decretos leyes dictados por la dictadura militar.

Los argumentos, al principio eran evidentes, existía temor por romper la estabilidad lograda con el retorno a la democracia, pero en el año 2010 las justificaciones se desvanecen.

Es cierto que el gobierno ha tomado medidas administrativas de reparación e investigación, no podemos desconocerlo, pero tampoco podemos conformarnos con medidas paliativas mientras el fondo del asunto sigue sin solución.

El problema que se ha dejado en manos de los tribunales es realmente un problema

nacional, que debería ser solucionado o bien por el parlamento, o bien por la comunidad toda. Actualmente existen cuatro proyectos de ley en el parlamento, sin embargo, no hay avances al respecto.

Como señalé en el capítulo IV, al parecer estamos frente a un conflicto con una gran carga política, que dada la intensidad del tema debe ser solucionado por el órgano representativo. La única vía posible, entonces, es asumir las responsabilidades necesarias entre el poder ejecutivo y legislativo. Es hora de que el Poder Legislativo solucione el asunto y que la sociedad entera se atreva a dar el debate que tanto temor suscita respecto de la solución que el país y las víctimas requieren, en relación con las violaciones de derechos humanos cometidas por la dictadura militar.

Nosotros como ciudadanía, no podemos permitir que cuestiones tan importantes queden entregadas a soluciones parciales, debemos exigir a nuestros representantes una discusión abierta y una solución cierta que termine con la incertidumbre de los vaivenes jurisprudenciales. Esperemos que las autoridades esten a la altura de las circunstancias.



## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- (i) Alexy, Robert, "Teoría de los derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1º edición. Madrid, 1993.
- (ii) Alexy, Robert, "El concepto y la Validez del derecho", Editorial Gedisa, 2º edición, Barcelona, 1997.
- (iii) Ambos Kai, "Impunidad y derecho penal internacional", editorial Ad Hoc., 2º edición actualizada y revisada, Buenos Aires, 1999.
- (iv) Benadava, Santiago; Duran, Samuel; Grossman, Claudio; León, Avelino y Orrego, Francisco, "Nuevos Enfoques del derecho internacional", Editorial Jurídica de Chile, 1º edición, Santiago, 1992.
- (v) Garrido Montt, Mario "Derecho penal", parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Tomo I.
- (vi) Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Editorial Losada, Buenos Aires, año 1951, Tomo III.
- (vii) Hart, Herbert, "El Concepto de Derecho", *traducción* de Genaro. R Carrio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- (viii) Kelsen, Hans, "Teoría pura del Derecho: introducción a la ciencia del derecho", Eudeba, décima edición, Buenos Aires, 1971.
- (ix) Novoa M, Eduardo, "Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966, tomo II

(x) Politoff L, Sergio, “Derecho Penal”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997, Tomo I.

(xi) Veloso, Paulina, “Justicia, Derechos Humanos y el Decreto Ley amnistía”, (editora Paulina Veloso) ISBN: 978.

#### Artículos

(i) Aguilar C, Gonzalo, “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional publico”, en Revista lus et Praxis, Universidad de Talca: derecho en la Región, facultad de ciencias jurídicas y sociales, año 12 número 1, pág 117 a 154.

(ii) Aguilar C, Gonzalo, “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, en Revista lus et Praxis: derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, año 14 número 2, pág 147 a 207.

(iii) Bascuñan R, Antonio, “Derechos fundamentales y derecho Penal”, en Revista de Estudios de la Justicia N° 9, 2007, pág. 47 a74

(iv) Bustos Valderrama, Crisologo, “La incorporación de los tratados en el derecho Interno Chileno. Análisis desde la perspectiva del derecho Internacional”, en Revista lus et praxis: derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, Año 2, n°2, pág 73 a 80.

- (v) Bustos Juan, "Inadmisibilidad de autoamnistías en el derecho penal", Gaceta Jurídica, N° 326, Pág. 7.
- (vi) Cassese, Antonio, "International criminal law, International versus National jurisdiction", en Oxford University Press, 2° edición, capítulo 16, 2008, p 336 y ss.
- (vii) Cebada R, Alicia. "Los conceptos de obligaciones Erga Omnes, Ius Cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos", en Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2002.
- (viii) Cumplido C, Francisco, "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia", en Revista Ius et Praxis: derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, año.9 n1, pág 3 y ss.
- (ix) De la Cruz, Alicia, "Uso y abuso de los derechos fundamentales", Gaceta Jurídica, n° 345, n° pág 7.
- (x) Douglas, Cassel. "Lecciones de las Américas: Lineamientos para una respuesta internacional ante la amnistía de atrocidades", en Revista de IIDH, Vol. 24 del año 1996.
- (xi) Fuentes T, Ximena, "Los peligros de la globalización: Nuevos desafíos para el concepto de soberanía", en Ramírez, Mario et al. La Soberanía en el mundo actual, Lom Ediciones, Santiago, 2000, pág. 78 a 97.
- (xii) Fuentes T, Ximena, "Aplicación de Tratados Internacionales en el Derecho Interno", en Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, Número 2-2005, Comentario de la jurisprudencia del año 2004, Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Tribunal Calificador de elecciones, año 2004.
- (xiii) Gamboa S, Fernando, "La reserva de los tratados en Chile y la participación"

Parlamentaria”, en Revista Ius et Praxis: derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, año 7, n° 2, pág. 461 a 468.

(xiv) Gavron, Jessica. “Amnesties in the Light of developments in international Law the establishment of the international criminal court”, en ICLQ Vol. 51, January 2002 pp. 91 a 117.

(xv) Henderson, Humberto, “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de America Latina.”, en revista IIDH, ISSN 1015, N° 43, 2006, pág. 181 a 298.

(xvi) Horvitz , María Inés, “Amnistía y prescripción en causas sobre violaciones de derechos humanos en Chile” en Anuario de Derechos Humanos 2006, pp 217-225.

(xvii) Insulza, José Miguel, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: presente y futuro”, en Anuario de Derechos Humanos, 2006, pp 120 y ss.

(xviii) Irigoien B, Jeannette y Espaliat L, Astrid, “Las Normas de derecho humanitario que rigen los conflictos armados sin carácter internacional: su aplicación en Chile, en Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, Lecciones y Ensayos n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), en Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág 349 a 360.

(xix) Keiseng, Phenyó, “Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction in South Africa- A responses to Garth Meintjes & Juan Méndez. International Law FORUM du droit international, 2001,3, 42-26.

(xx) Kumm, Mattias, “The legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, en EJIL (2004), Vol.15 N° 5, pág 907 a 931.

(xxi) Mañalich, Juan Pablo. “El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía”, en Revista de estudios de la justicia, N°5, Santiago, 2004, pág 11 a 23.

(xxii) Meisenberg, Simon, "Legality of amnesties in International humanitarian law The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone", en RICR, diciembre 2004, Vol. 86 N ° 856, pág 837 a 851.

(xxiii) Meintjes,G-Mendez, J, "Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction", en International Law FORUM du droit international, año 2000, 2:76-97,

(xxiv) Nogueira, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico Chileno", en Revista lus et praxis: derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, año 2, N° 2 .pág. 9-61.

(xxv) Nogueira A, Humberto, "Decreto Ley de amnistía 2191 de 1978 y su armonización con el derecho internacional de los Derechos Humanos", en Revista de derecho de Valdivia, v.18, n° 2, 2005, pág 107 a 130. Versión On line, ó "Amnistía, prescripción y su armonización con el derecho internacional de los Derechos Humanos vigente en Chile", en Gaceta Jurídica, N° 301, N° Pág 40 y ss.

(xxvi) Nogueira A, Humberto, "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", en Revista lus et praxis: derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, año 9, N° 1, pág. 403 a 466.

(xxvii) Nogueira A, Humberto, "Una senda que merece ser transitada: La sentencia definitiva de casación de la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 11.821-2003, caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez", en Revista lus et praxis: derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, año 9, n° 2.

(xxviii) Norris, Robert, "Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: Una respuesta legal", en Revista IIDH, Vol.15, 1992, pág 47 a 121

(xxix) Orentlicher F, Diane, "The duty to prosecute human Rights Violations of a Prior Regime", en Yale Law Journal, June 1991.

(xxx) Quiroga L, Aníbal, "Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: Nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano", en Revista Ius et Praxis: derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, año 11, N°1, Pág. 243 a 267.

(xxxi) Rossel C, Mario, "Constitución y tratados de derechos humanos", en Revista Ius et Praxis: derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, año 2, n° 12, pág. 113 a 119.

(xxxii) Tapia V, Jorge, "Efecto de los tratados sobre Derechos Humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la CPR de 1980", en Revista Ius et Praxis derecho en la Región, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, v.9, n.1, pág 351 a 364.

(xxxiii) Tasioulas, John, "La realidad moral de los Derechos Humanos", en Anuario de Derechos Humanos, Santiago, 2008, N° 4, pág 1.

(xxxiv) Toledo T, Enrique, "Fundamento obligatorio y consentimiento del Estado en la costumbre Internacional", en Revista de Derecho. Vol. II año 1991.

(xxxv) Szaczaranski Cerda, Clara. "El perdón Social", en Revista de Derecho n° 10, diciembre 2003.

(xxxvi) Vasquez, Carlos Manuel, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", en The American Journal of international Law", [Vol. 89, 659].

(xxxvii) Yuval, Shany, "The prohibition against torture and cruel, inhuman, and degrading treatment and punishment: can the absolute be relativized under existing  
174

international, law?", en Catholic University law review N° 837, 2007.

(xxxviii) Weelzel V, Alex, "Inadmisibilidad de las leyes interpretativas", en Gaceta jurídica numero 323, número Pág 14.

### Ponencias

(i) Bazan Víctor, "La relación derecho Internacional de los derechos humanos- derecho interno, desde un prisma iuscomparado y algunos retos que afronta el sistema Interamericano". Ponencia del IX Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. 2006.

(ii) Correa, Jorge, "¿Castigo o perdón para los violadores de los derechos humanos?", presentado en SELA, año 2000, disponible en [http:// islandia.law.edu](http://islandia.law.edu).

(iii) Correa, Rodrigo, "Tratados internacionales bajo el embrujo de Brown", presentado en SELA, año 2000, disponible en [http:// islandia.law.edu](http://islandia.law.edu).

(iv) Fuentes T, Ximena, "El derecho Internacional y el derecho Interno: definitivamente una pareja dispareja", presentado en SELA, año 2007, disponible en [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu)

(v) Gunther Jacobs, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional". Ponencia presentada en las jornadas Alemanas del Derecho Penal en Rostock el 28 de mayo de 1995.

(vi) Günther Klaus, "Un concepto Normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", versión ampliada y revisada de una conferencia pronunciada por el autor en el simposio "the legitimacy of law" celebrado en Murikka-Institut.

(vii) Kahn, Paúl, "El derecho internacional y la comunidad", presentado en SELA, año 2000, disponible en [http:// islandia.law.edu](http://islandia.law.edu).

(viii) Pinto, Mónica, "Las instituciones Supralegales y El rule of law", presentado en SELA, año 2000, disponible en <http://islandia.law.yale.edu>.

#### Paginas en internet.

- (i) [www.icr.org](http://www.icr.org).
- (ii) [www.reei.org](http://www.reei.org).
- (iii) [www.legalpublishing.cl](http://www.legalpublishing.cl)
- (iv) [www.westlaw.cl](http://www.westlaw.cl)
- (v) [http:// islandia.law.edu](http://islandia.law.edu)
- (vi) <http://cidh.oas.org>
- (vii) [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)
- (viii) [www.dippublico.com.ar](http://www.dippublico.com.ar)
- (ix) [www.corteidh.org](http://www.corteidh.org)

#### Otros documentos.

- (i) Carta ONU de 1945
- (ii) Carta OEA de 1953
- (iii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976
- (iv) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969
- (v) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- (vi) Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985
- (vii) Convención para prevenir y sancionar el delito de Genocidio de 1946
- (viii) Convención contra la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes de



1984

(ix) Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994

Anexo.

Cuadro de Jurisprudencia-material complementario

El cuadro que se presenta a continuación, tiene por objeto, agrupar los fallos por períodos anuales, y exponer de qué manera se fallaba por cada período. El cuadro es sencillo y la información que contiene es genérica, porque los detalles de cada fallo están explicados en el literal b. El cuadro se limita a sostener, por cada fallo, si se votó a favor o en contra de la ley de amnistía o la prescripción y quienes fueron los ministros en cada caso.

Año	Rol causa/ Datos	Caratulada	Integración de sala	Voto a favor de aplicar de decreto ley amnistía o la prescripción	Voto en contra de aplicar el decreto ley amnistía o la prescripción
1990	27640 G.J. 131 Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad	Insunza Bascuñan	Luis Maldonado Rafael Retamales Enrique Correa Emilio Ulloa Marcos Aburto Hernán Careceda Enrique Zurita Osvaldo Faundez Roberto Davila Lionel Béraud Efrén Araya Germán Valenzuela Hernán Alvarez	Luis Maldonado Rafael Retamales Enrique Correa Emilio Ulloa Marcos Aburto Hernán Careceda Enrique Zurita Osvaldo Faundez Roberto Davila Lionel Béraud Efrén Araya Germán Valenzuela Hernán Alvarez	
1991	2943 N°LP 11529. Recurso de Queja	Tongola Paola Canales	Arnaldo Toro Éfren Araya Eugenio Valenzuela Fernando Torres	Arnaldo Toro Éfren Araya Eugenio Valenzuela Fernando Torres	Silva Bascuñan

			Marco Perales Silva Bascuñan	Marco Perales	
<b>1992</b>	28941 N° LP 11912 Recurso de Amparo	Gajardo Leopold Raúl; Con Juez del crimen de Castro.	Éfren Araya Eugenio Valenzuela Fernando Mujica Osvaldo Faúndez Servando Jordan	Éfren Araya Eugenio Valenzuela Fernando Mujica Osvaldo Faúndez Servando Jordan	
<b>1993</b>	29285 N° LP12541 Contienda de competencia	Sin caratula	Éfren Araya Enrique Zurita Fernando Torres Hernán Alvarez, Lionel Béraud Osvaldo Faúndez Roberto Davila Victor Hernandez Adolfo Bañados Guillermo Navas Luis Correa Mario Garrido Montt Oscar Carrasco	Éfren Araya Enrique Zurita Fernando Torres Hernán Alvarez Lionel Béraud Osvaldo Faúndez Roberto Davila Victor Hernandez	Adolfo Bañados Guillermo Navas Luis Correa Mario Garrido M Oscar Carrasco.
	4771 N° LP 12661	Saavedra	Éfren Araya Fernando Torres	Éfren Araya Fernando Torres	Luis Correa.

	Recurso de Queja		German Valenzuela Servando Jordan Luis Cousiño Luis Correa	German Valenzuela Servando Jordan Luis Cousiño	
<b>1995</b>	5661-1994 N° LP13671 Recurso de Queja	Desconocido con Corte Marcial (secuestro de Eugenia Martínez Hernández- causa caratulada en la C.S. Dte.: heriberto martinez hernandez)	Adolfo Bañados Fernando Torres Luis Correa Mario Verdugo Roberto Davila Vivian Bullemore	Adolfo Bañados Fernando Torres Luis Correa Mario Verdugo Roberto Davila Vivian Bullemore	
<b>1996</b>	5476 N° LP 13786 Recursos de Queja	Lumi Videla Moya (caratulada C/Osvaldo Romo Mena)	Adolfo Bañados Eleodoro Ortiz Emilio Pfeffer Guillermo Navas Roberto Dávila	Adolfo Bañados Eleodoro Ortiz Emilio Pfeffer Guillermo Navas Roberto Dávila	
<b>1998</b>	247-1998 N° LP 15683 Recurso de Casación en el Fondo	Gomez Segovia, Fernando	Alberto Chaigneau Enrique Cury Fernando Castro José Luis Pérez Vivian Bullemore	Fernando Torres	Alberto Chaigneau Enrique Cury Fernando Castro José Luis Pérez Vivian bullemore

	469-1998 N° LP 15523 Recurso de Casación en el Fondo	Poblete Córdova, Pedro.	Arturo Montes Enrique Cury Fernando Castro Guillermo Navas José Pérez Fernando Torres	Fernando Torres	Arturo Montes R Enrique Cury, Fernando Castro Guillermo Navas José Luis Pérez
	3831-1997 LP 15297 Recurso de Casación en el Fondo.	Jorge Moraga (Caratulada Ortiz Moraga)	Alberto Chaigneau Enrique Cury Luis Correa Arturo Montes Vivian bullemore Fernando Torres	Fernando Torres	Alberto Chaigneau Enrique Cury, Luis Correa, Arturo Montes, Vivian bullemore.
	2725-1996 N° LP 15061 Recurso de casación en el fondo	Andrés Pereira Salaberg y otros (23 personas)	Adolfo Bañados Fernando Torres Guillermo Navas Luis Correa Roberto Davila Vivian Bullemore Fernando Torres Eliodoro Ortiz	Adolfo Bañados Fernando Torres Guillermo Navas Luis Correa Roberto Davila Vivian Bullemore Fernando Torres Eliodoro Ortiz	
	28-1997 N°LP 15455	Juan Antonio Paredes Sarmiento	José Luis Perez Luis Correa	Adolfo Bañados Fernando Torres	José Luis Perez Luis Correa

	Recurso de Casación en el Fondo	(Caratulado Contra N/N.)	Adolfo Bañados Fernado Torres Guillermo Navas Roberto Davila	Guillermo Navas Roberto Davila Guillermo Navas	
	614-1997 N° LP 15527 Casación en el fondo	Antequera Latrille Herminia	Fernado Torres Guillermo Navas Luis Correa Roberto Davila José Luis Perez Vivian Bullemore.	Fernado Torres Guillermo Navas Luis Correa Roberto Davila José Luis Perez Vivian Bullemore	
	973-1997 N° LP 15476 Recurso de casación en el fondo	Con Osvaldo Romo y otros.	Alberto Chaigneau Enrique Cury Vivian Bullemore Alvaro Rencoret Orlando Alvarez Fernando Torres	Alvaro Rencoret Orlando Alvarez Fernando Torres	Alberto Chaigneau Enrique Cury Vivian Bullemore

<b>2001</b>	4135-2001 N° LP29413 Recurso de Casación en el fondo	Héctor Contreras Cabrera	Alberto Chaigneau Adalis Oyarzún Enrique Cury Jose Luis Perez Milton Juica Juan Romero	Juan Romero	Alberto Chaigneau Adalis Oyarzún Enrique Cury Jose Luis Perez Milton Juica
<b>2002</b>	1359-2001 N° LP 25690 Recurso de apelación	Ricardo Weibe Navarrete (caratulada)	Alberto Chaigneau Milton Juica Nilbaldo Segura Fernando Castro Alvaro Rencoret Juan Romero	Juan Romero	Alberto Chaigneau Milton Juica Nilbaldo Segura Fernando Castro Alvaro Rencoret
<b>2003</b>	4053-2001 N° LP 26195 Recurso de Casación en el fondo	Detención ilegal de Roberto Aranda Romero (caratulada)	Juan Romero AlbertoChaigneau Enrique Cury Jose Luis Perez Milton Juica Adalis Oyarzún	Juan Romero	AlbertoChaigneau Enrique Cury Jose Luis Perez Milton Juica Adalis Oyarzún
<b>2003</b>	4054-2001 N° LP 26665 Recurso de Casación en el	Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación	Alberto Chaigneau Enrique Cury Jose Luis Perez Milton Juica	Juan Romero	Alberto Chaigneau Enrique Cury Jose Luis Perez Milton Juica

	fondo	“Nelson Almendras y otros” (caratulada)	Adalis Oyarzún Juan Romero		Adalis Oyarzún
<b>2003</b>	4209-2001 J.G 273, p 116 Casación en el fondo.	Reinaldo Poseck Pedreros (caratulada)	Alberto Chaigneau Enrique Cury José Luis Pérez Milton Juica Adalis Oyarzún Juan Romero	Juan Romero	Alberto Chaigneau Enrique Cury José Luis Pérez Milton Juica Adalis Oyarzún
<b>2003</b>	2231-2001 JG 278, p 196 Casación en el fondo	Fuentes Alarcon Jorge (caratulada)	Alberto Chaigneau Enrique Cury José Luis Pérez Milton Juica Adalis Oyarzún Juan Romero	Juan Romero	Alberto Chaigneau Enrique Cury José Luis Pérez Milton Juica Adalis Oyarzún
<b>2004</b>	517-2004 N° Westlaw J13527-2004 Recursos de casación en la forma y fondo	Miguel Ángel Sandoval (caratulada contra Juan Contreras Sepulveda y otros)	Alberto Chaigneau Enrique Cury Jaime Rodriguez Fernando Castro Luz María Jordán		Alberto Chaigneau Enrique Cury Jaime Rodriguez Fernando Castro Luz María Jordán



<b>2005</b>	457-2005 N° LP 32543 Recurso de Casación en el Fondo	Con Joaquin Leon Rivera (caratulado)	Enrique Cury Jaime Rodriguez Espoz Jose Fernandez Luz María Jórdan Nibaldo Segura.	Jose Fernandez, Luz María Jórdan Nibaldo Segura	Enrique Cury Jaime Rodriguez E
	3783-2003 Westlaw N° J6352/2005 Recurso de casación.	Detención ilegal de Patricio Munita y otro (caratulado)	Nibaldo Segura Jaime Rodriguez Alberto Chaigneau Enrique Cury Rúben Ballesteros Juan Romero	Juan Romero	Nibaldo Segura Jaime Rodriguez Alberto Chaigneau Enrique Cury Rúben Ballesteros
	695-2003 N° LP 33523. Recurso de Casación en el Fondo	N.N. C/ Exequiel Ponce Viveros. (caratulado)	Juan Romero Adalis Oyarzún Emilio Pfeffer Nibaldo segura René Abeliuk Rúben Ballesteros	Juan Romero	Adalis Oyarzún Emilio Pfeffer Nibaldo segura René Abeliuk Rúben Ballesteros
<b>2006</b>	559-2004 Westlaw N°	Paulino Flores y otros	Alberto Chaigneau Torres Allú	Rúben Ballesteros	Alberto Chaigneau Torres Allú,

	J 3751/2006 Recurso de Casación en el Fondo	(caratulado)	Oscar Herrera Domingo Hernandez Rúben Ballesteros		Oscar Herrera Domingo Hernandez
<b>2007</b>	3452-2006 Westlaw N° J4850/2007  Recurso de Casación en el Fondo	Contra Krassnoff Martchenko, Moren Brito, Zapata Reyes y Romo Mena. (caratulado)	Rúben Ballesteros Alberto Chaigneau Jaime Rodriguez Espoz Nibaldo Segura Fernando Castro		Alberto Chaigneau Jaime Rodriguez E Nibaldo Segura Fernando Castro Ruben Ballesteros(5)
	1427-2005 JG 329 P 172 Consulta	Contra Santiago Fernandez Espinioza (caratulada)	Nibaldo segura Jaime Rodriguez Fernando Castro Carlos Künsmüller Rúben Ballesteros	Rúben Ballesteros	Nibaldo segura Jaime Rodriguez Fernando Castro Carlos Künsmüller
	2666-2004 Westlaw N° J4015/2007	C/ Sergio Hector Rivera Bozzo y otros.es parte: el Ministerio del Interiorde Chile (caratulada)	Alberto Chaigneau Jaime Rodríguez Espoz Fernando Castro Carlos Künsemüller Nibaldo Segura	Nibaldo Segura	Alberto Chaigneau Jaime Rodríguez E Fernando Castro Carlos Künsemüller

	6188-2006 Nº LP 37800 Casación en la forma y fondo	Contra Freddy Ruiz Bunger y otros. (caratulada)	Nibaldo Segura Alberto Chaigneau Jaime Rodriguez Espoz Rubén Ballesteros Hugo Dolmestch.	Nibaldo Segura.	Alberto Chaigneau Jaime Rodriguez E Rubén Ballesteros Hugo Dolmestch.
	3125-2004 GJ Nº 321 Nº 228 Recurso Casación	Caso Chena (caratulada C/Pinto Perez Victor)	Nibaldo Segura Jaime Rodriguez Espoz Rubén Ballesteros Domingo Hernández Carlos Künsemuller.		Nibaldo Segura(6) Jaime Rodriguez E Rubén Ballesteros Domingo Hernández Carlos Künsemuller.
<b>2008</b>	2370-2007 Nº Westlaw J6670/2007 NºLP 37573 Recurso de casación.	Victor Retamal Carrasco (caratulada)	Nibaldo Segura Jaime Rodriguez Espoz Alberto Chaigneau Domingo Hernández Rúben Balleteros.	Rúben Balleteros	Nibaldo Segura Jaime Rodriguez E Alberto Chaigneau Domingo Hernández
	3872-2007 Nº Westlaw	Pinochet Ugarte, Augusto y otros	Rúben Balleteros Ricardo Valenzuela	Rúben Balleteros Ricardo Valenzuela	Dolmetsch Urra Carlos Kunsemuller.

	J 9107/2008 Recurso de casación.	(caratulado)	Hernán García Dolmetsch Urra Carlos Kunsemuller.	Hernán García	
<b>2009</b>	4961-2007 N° Westlaw J12574-2009 Recurso de casación en el fondo	Pinochet Ugarte, Augusto y otros (caratulado)	Nibaldo Segura Rúben Balleteros Hugo Dolmestch Carlos Kunsemuller Oscar Herrera.	Nibaldo Segura Rúben Balleteros	Hugo Dolmestch Carlos Kunsemuller Oscar Herrera.
	1984-2009 N° Westlaw J68892-2009 Recurso de casación en el fondo	C/ Juan Manuel Sepulveda Contreras y otros. (caratulado)	Jaime Rodriguez Hugo Dolmestch Haroldo Brito Nibaldo Segura Rúben Balleteros	Nibaldo Segura Rúben Balleteros	Jaime Rodriguez Hugo Dolmestch Haroldo Brito

	6212-2007 N° Westlaw J68123-2008 Recurso de Casación en el fondo	Contra Contreras Sepulveda Juan y otros. (caratulado)	Jaime Rodriguez Espoz Rúbén Balleteros Hugo Dollmestch Carlos Kunsemuller	Rúbén Balleteros	Hugo Dollmestch Carlos Kunsemuller Jaime Rodriguez E
	696-2008 N LP 42059 Recurso de casación en el fondo	Pinochet Ugarte Agosto y Otros (caratulado).	Nibaldo Segura Jaime Rodriguez E Rúbén Balleteros Carlos Kunsemuller Domingo Hernandez	Nibaldo Segura Rúbén Balleteros	Jaime Rodriguez E Carlos Kunsemuller Domingo Hernandez