

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL



Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

**AMNISTÍA, INDULTO, PRESCRIPCIÓN
Y DELITOS UNIVERSALES**

Memoristas: Carolina Ogas Cabrera
Alejandra Soto Nilo
Profesor Guía: Hernán Salinas Burgos

Santiago - Chile

2007

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN

Amnistía, Indulto y Prescripción Como Causales de Extinción de la Responsabilidad Penal	5
---	---

II.- LA AMNISTÍA Y EL INDULTO

La amnistía y el indulto como Institutos de Gracia o Clemencia	7
---	---

La Amnistía	
<i>Concepto</i>	11
<i>Naturaleza jurídica de la Amnistía</i>	13
<i>Finalidades o fundamentos de la Amnistía</i>	
<i>Características de la Amnistía</i>	15
<i>Efectos de la Amnistía</i>	19
<i>Clasificación de la Amnistía</i>	24
<i>Consagración positiva de la Amnistía</i>	25

- Constitución Política de la República
25
 - Código Penal
 - El Decreto Ley 2.191
 - 26
- Texto del Decreto Ley
- 2.191.....26

- Principales Criticas al decreto ley 2.191	28
.....	
- La jurisprudencia frente al Decreto ley 2.191	41
.....	
- El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (el caso Garay Hermosilla)	53
.....	
- La actual visión sostenida por la Presidenta del Consejo de Defensa del Estado doña Clara Szczaranski Cerda respecto de la aplicación del Decreto Ley 2.191.....	70

El Indulto	83
<i>Concepto</i>	83
<i>Fines del Indulto</i>	85
<i>Consagración positiva del Indulto</i>	87
• Constitución política de la República	87
• Código Penal	89
• Ley 18.050 de 1981	90
<i>Características del Indulto</i>	91

	<i>Clasificación del indulto</i>	93
	<i>Efectos del Indulto</i>	95
	La Amnistía y el Indulto	
	ante el Derecho Internacional	102
III. LA PRESCRIPCIÓN		
	Concepto y Evolución Histórica de	
	La Prescripción	111
	<i>Conceptos Doctrinarios</i>	111
	<i>Evolución Histórica</i>	113
	<i>Fundamento</i>	114
	<i>Consagración de la Prescripción</i>	
	<i>en la Legislación Positiva</i>	118
	• Prescripción en materia penal	
	en la legislación chilena	118
	<i>La Prescripción en el Derecho Penal Internacional</i>	129
	• Convención Sobre la Imprescriptibilidad	
	de los Crímenes de Guerra	
	y de los crímenes de Lesa Humanidad	130
	<i>Posición de la Doctrina frente a la</i>	
	<i>Prescripción en el derecho Internacional</i>	140

IV. LOS DELITOS UNIVERSALES

	Introducción	
145		
	Contexto Histórico	
147		
	Los Delitos Universales en Particular	
150		
	<i>Los Crímenes de Guerra</i>	
	• Contexto Histórico	
	150	
	• El Derecho de La Haya	
	151	
	• Derecho de Ginebra	
	154	
	• Concepto de Crímenes de Guerra	
	156	
	• Recepción de los Crímenes de Guerra por el Derecho Chileno	
	166	
	<i>Los Crímenes de Lesa Humanidad</i>	
	• Antecedentes Históricos	
	172	
	• Características de los Crímenes de Lesa humanidad	
	175	
	• Recepción de los Crímenes de Lesa Humanidad Por el Derecho Chileno	
	176	
	<i>Los Crímenes Contra la Paz</i>	
	• Características de los Crímenes Contra La Paz	
	179	
	• Definición de los Crímenes Contra La Paz	
	182	
	• Recepción de los Crímenes Contra la Paz por el Derecho Chileno	
	183	
	<i>El Delito de Genocidio</i>	
183		

- Definición del Delito de Genocidio
155
- Recepción del Crimen Internacional
de Genocidio por el Derecho Chileno
186

V. LA IMPUNIDAD

	Concepto de impunidad	
188		
	Las Distintas Formas de Impunidad	
189		
	Otros aspectos de la Impunidad	
193		
	Análisis Comparativo de la Situación de	
	Impunidad en América Latina	
196		
	• Argentina	
	198	
	• Chile	
	204	
	• Colombia	
	206	
	• Perú	
	211	

VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

	Perú	
	<i>El caso Barrios Altos</i>	
218		
	Chile	
	<i>La Caravana de la Muerte</i>	
259		
	<i>Extradición de Walter Rauff</i>	
264		

VII. CONCLUSIONES	
284	

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

AMNISTÍA, INDULTO Y PRESCRIPCIÓN COMO CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

La amnistía, el indulto y la prescripción corresponden en términos amplios a tres de las formas de extinción de la responsabilidad penal. La *responsabilidad penal* no es sino la natural consecuencia que debería presentarse al reunir un hecho todos aquellos elementos que lo califican como delito, y que redundan en la aplicación de la sanción que la ley penal señala para la perpetración de ese hecho. Cuando existe un motivo jurídicamente reconocido que determina que habiendo nacido la responsabilidad penal ésta no llegue a concretarse -es decir que cese la pretensión punitiva del Estado en ese caso- nos encontramos frente a una causa de extinción de la responsabilidad penal.

Las causales de extinción de la responsabilidad penal no hacen más que evitar el castigo de un individuo que fue responsable penalmente, operando con posterioridad a la comisión del delito, a diferencia de las eximentes que hacen que la responsabilidad penal no llegue a generarse¹.

Como se dijo más arriba estas causales de extinción de la responsabilidad penal son motivos jurídicamente reconocidos, es decir, es el legislador quien, por necesidades de carácter jurídico o de política criminal, les

¹ **Juan Enrique Vargas Vivancos**, "La Extinción de la Responsabilidad Penal". Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2ª edición, Santiago de Chile, 1994, Pág. 1.

otorga la facultad de terminar con la sanción punitiva que debería aplicarse. Estas circunstancias se caracterizan además por ser totalmente extrañas al delito.

En nuestra legislación positiva las causales que extinguen la responsabilidad penal, se encuentran consagradas en el artículo 93 del Código Penal. Desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional las más relevantes son la amnistía, el indulto y la prescripción, ello porque como sostienen la mayoría de los autores éstas serían inaplicables a los delitos internacionales de mayor gravedad.

Si bien tanto amnistía, indulto y prescripción corresponden a causales de extinción de la responsabilidad penal su naturaleza es diferente, en cuanto responden a motivaciones o causas distintas. Mientras que las dos primeras corresponden a causales de la extinción de la responsabilidad penal fundadas en El Perdón, y materializadas en este caso en una renuncia de la pretensión punitiva por parte del Estado, la prescripción obedece a la necesidad de consolidar las situaciones jurídicas habiendo transcurrido cierto período de tiempo. Debido a ello y por razones metodológicas, la amnistía y el indulto se tratarán conjuntamente y en forma separada de la prescripción.

II. LA AMNISTIA Y EL INDULTO

LA AMNISTÍA Y EL INDULTO COMO INSTITUTOS DE GRACIA O CLEMENCIA.

Uno de los atributos de la soberanía es el llamado derecho de gracia o de clemencia, el cual consiste en la renuncia de la pretensión punitiva por parte de quien tiene la facultad de ejercitarla o hacerla efectiva, de este derecho son manifestaciones la amnistía y el indulto. Se señala por la doctrina que estos institutos son residuos del poder absoluto subsistentes en el Estado Constitucional, ya que históricamente se originan como atribución del monarca en una época en que la soberanía recaía exclusivamente en su persona.

En cuanto a los antecedentes históricos de institutos de clemencia (concebido modernamente como "derechos" de la soberanía), dan cuenta antecedentes remotos, a saber: libros sagrados de la India, tratado entre Faraón Ramses II y el rey hitita, leyes helenas etc., como dan cuenta Linde y Sánchez Viamonte². En el Derecho Romano imperial la *Indulgentia Principis* y la *Abolitio Pública* son formas de amnistía y en

² **Linde Paniagua E.** "Amnistía e Indulto en España", y **Sánchez Viamonte C.** "Las Instituciones Políticas en la Historia Universal", ambos citados por **Francisco Zúñiga Urbina** en "Amnistía ante la Jurisprudencia (Derechos Humanos como Límite a la Soberanía)", Revista Ius et Praxis, Año 2 N°2, Talca Chile, 1997, Pág.,169.

el Derecho Hispánico medieval los antecedentes fidedignos son el Fuero Juzgo y Partidas de Alfonso X ³.

Durante la Edad Media la prerrogativa de gracia del monarca se circunscribe a delitos cometidos contra su persona, familia u orden público. En el régimen feudal la prerrogativa de gracia era compartida por el Soberano, los grandes señores y las municipalidades, es decir, por aquellos que tenían la facultad de imponer penas. En el siglo XII se encuentran ejemplos claros de algunas amnistías en las "Cartas de Abolición General" y, otorgaban los reyes para borrar singularmente crímenes de Majestad, rebeliones y motines populares. ⁴

Debido al origen monárquico del derecho de gracia, éste no ha estado exento de crítica ya desde la época de la ilustración, tampoco ha sido un punto pacífico en quien debe recaer este derecho.

Cesare Beccaria en su "Tratado de los Delitos y de las Penas", sostiene: "Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debiera ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fueren menores y el método de juzgar arreglado y corriente"⁵.

Por su parte el profesor Enrique Cury señala: "La facultad de gracia ha sido usualmente mal mirada por los juristas, en especial a partir del entronizamiento de las ideas liberales y el imperio consiguiente del principio de

³ **Cuello Calon Eugenio.** "Derecho Penal", Citado por **Francisco Zúñiga Urbina.** Op. Cit., Pág. 169.

⁴ **Francisco Zúñiga Urbina.** Op. Cit., Pág. 170.

⁵ **Cesare Beccaria.** "Tratado de los Delitos Y de Las Penas". 5ª edición facsimilar., Editorial Porrúa S.A. México D.F., 1992. Pág. 205-206.

separación de los poderes del Estado. Los ataques se han dirigido sobre todo contra el indulto, en el cual se aprecia una subsistencia del arbitrio gubernamental para crear delitos e imponer o excluir penas, o bien una fórmula discriminatoria destinada a atenuar los excesos de un régimen punitivo inmoderadamente severo. Esta actitud es comprensible desde el punto de vista histórico, pero me parece que hoy no puede ser comparada legítimamente, porque está basada en la idea equivocada de que la ley puede hacerse cargo de todas las situaciones posibles y ofrecer una solución satisfactoria para cada una de ellas. La realidad demuestra, en cambio, que esto dista de ser así. La legislación solo contiene normas generales que muchas veces son incapaces de plegarse adecuadamente a las intrincadas particularidades de los casos concretos o de la coyuntura social (política, económica, religiosa, etc.) sobre la cual le toca regir. En estas hipótesis, la gracia es una de las más valiosas herramientas político criminales de que puede disponer para efectuar los ajustes necesarios; y aunque naturalmente introduce un cierto grado de indeterminación del derecho vigente, pudiendo prestarse incluso para abusos, es dudoso que renunciando a ella se consigan mejores resultados"⁶.

El profesor Gustavo Labatut, nos señala, que el derecho de gracia: "Es una potestad del poder público que se funda en consideraciones de justicia y de utilidad social, y que se ejercita de acuerdo a la ley"⁷

⁶ **Enrique Cury Urzúa.** "Derecho Penal", 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, Tomo II, Pág.,420.

⁷ **Gustavo Labatut.** "Derecho Penal", Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, Santiago, 1976, Tomo I, Pág.517.

EL derecho de gracia concretado en los institutos de amnistía e indulto actualmente se inserta en el Estado de Derecho, y dependiendo de la legislación de que se trate, dicha facultad pertenecerá al Jefe de Estado y en ocasiones al Parlamento.

Los institutos de clemencia; el indulto y la amnistía, han tenido históricamente un significado y funcionalidad política. El significado político de los institutos de clemencia está dado por emanar de "derechos" (prerrogativas) de la soberanía; con independencia del órgano en que quede radicada la prerrogativa. En cuanto a su funcionalidad política, ésta es resultante de que el campo de delitos y penas que comprende son de contenido político o bien sus motivaciones son de esa índole, funcionalidad que incluso cierta doctrina y jurisprudencia han estimado propia de los institutos.⁸

En términos generales podemos señalar que la amnistía y el indulto se han usado históricamente como instrumentos de política criminal, ya que contarían con la característica de ayudar en procesos de pacificación, y por otro lado podrían eventualmente ocuparse como un método de corrección ante un posible error judicial, funcionando también como un posible medio de adecuación de la norma legal a una coyuntura histórica.

⁸ **Francisco Zúñiga Urbina.** Op. Cit., Pág. 172.

LA AMNISTÍA.

CONCEPTO

Para definir este instituto se han dado numerosas nociones tanto doctrinarias como jurisprudenciales.

Etimológicamente la palabra amnistía proviene del griego, significando la privación del recuerdo, el olvido.

Para el profesor *Alfredo Etcheberry* la amnistía es "la extinción de la responsabilidad penal por disposición de una ley, que extingue la pena y todos los efectos de ésta".⁹

Don *Rafael Fontecilla* puntualiza: "La amnistía es un acto de alta política, por el que los gobiernos después de las perturbaciones y trastornos de los pueblos, hacen nula la acción de las leyes, echando el velo de un eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan el orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado".¹⁰

⁹ **Alfredo Etcheberry** (1). "Derecho Penal", 2ª Edición, Carlos E. Gibbs A, editor, Santiago de Chile, 1965, Tomo II, Pág., 274.

¹⁰ **Rafael Fontecilla Riquelme**. "Tratado de Derecho Procesal Penal", citado por **Kléber Morlezum Cunliffe**, en "Alcances al Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 a la Luz de los Derechos Humanos", Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1992, Pág., 22.

Juan Enrique Vargas Vivancos define la amnistía como "el perdón concedido por el Estado a quienes hayan cometido determinados delitos, suspendiendo la aplicación del precepto penal que sancionaba esa conducta".¹¹

Enrique Evans de la Cuadra señala: "Amnistía es la gracia que otorga la autoridad a los autores, cómplices o encubridores de un delito, y que consiste en el olvido de su comisión, y en la consiguiente ausencia de pena".¹²

Carlos Rodríguez Mejía entiende como amnistía "toda medida jurídica que se toma por un Estado en el orden interno mediante la cual se quita carácter delictivo a unos hechos y, por lo tanto, sus autores y partícipes no pueden ser objeto de procedimientos ni sobre ellos recaer pena alguna; cuando hay procedimientos en curso éstos se terminan y, en el caso de penas ya establecidas o en fase de ejecución, éstas quedan sin efecto o dejan de aplicarse".¹³

Nuestra jurisprudencia por su parte ha dicho que la amnistía es "el perdón que el Jefe de Estado o gobierno otorga a los que han atentado contra las leyes fundamentales

¹¹ **Juan Enrique Vargas Vivancos.** Op. Cit., Pág. 31.

¹² **Enrique Evans de la Cuadra.** "Relación de La Constitución Política de la República de Chile", Editorial Jurídica de Chile, 1970.

¹³ **Carlos Rodríguez Mejía.** Amnistía, gracia y toda otra medida similar. En "Encuentro Internacional Sobre la Impunidad de Los Autores a Violaciones Graves a los Derechos Humanos/ organizado por la Comisión Nationale Consultative des Droits de l'homme y la Comisión Internacional de Juristas", Editorial Abrax, Francia, 1992, Pág., 179-180.

del Estado, su organización, el orden social y los derechos y deberes que de él se derivan".¹⁴

El ministro de la Corte Suprema *Eleodoro Ortiz Sepúlveda*, en el marco del Caso Soria, señaló "que la doctrina penal coincide en señalar que la dictación de una ley de amnistía es una renuncia del Estado que la promulga al uso de su poder punitivo, movido por circunstancias políticas o sociales que hacen aconsejable promover la pacificación de la respectiva comunidad nacional".¹⁵

NATURALEZA JURÍDICA DE LA AMNISTÍA

La naturaleza jurídica de este instituto ha sido vista desde diferentes perspectivas. Para ciertos autores como el profesor *Eduardo Novoa Monreal* la amnistía no es sino una derogación de ley que incriminaba el hecho punible respectivo.¹⁶

Para el autor *Enrique Cury* la amnistía importa una revaloración de los hechos a los cuales se refiere, en virtud de la cual, por consideraciones prácticas de índole político criminal, se les concede una excusa absolutoria que determina su completa impunidad, e incluso, la imposibilidad de

¹⁴ **Corte Suprema.** "Revista de Derecho y Jurisprudencia", 7 de diciembre de 1966 Tomo 63 2ª Parte, Pág. 362.

¹⁵ Ministro de la Corte Suprema **Eleodoro Ortiz Sepúlveda**, "Revista de Derecho Y Jurisprudencia", 4 de junio de 1996, Volumen XCIII, Tomo II, Segunda parte, Sección Cuarta, Pág. 117.

¹⁶ **Eduardo Novoa Monreal.** "Curso de Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo II, Pág. 440.

examinar la responsabilidad penal de aquellos a quienes se imputan cuando aún no ha sido declarada.¹⁷

En este mismo sentido el se ha concebido a la amnistía como un óptimo medio de pacificación social, después de períodos turbulentos que trastornan la vida nacional y son ocasión de inevitables delitos.¹⁸

FINALIDADES O FUNDAMENTOS DE LA AMNISTÍA

Parece claro que desde sus más remotos orígenes el objetivo de la consagración de la amnistía ha sido la búsqueda de la tranquilidad social.

Toda sociedad a lo largo de su historia ha atravesado situaciones de gran turbulencia o agitación. Ejemplo de ello son las guerras civiles, situaciones sin duda propicias para la perpetración de delitos. Frente a esto la amnistía se ha alzado como un útil instrumento de pacificación social, tiene entonces -como ya lo hemos analizado- este instituto un fundamento político, que podría simplificarse diciendo que mediante la amnistía se pretende evitar la intranquilidad de la sociedad renunciando a la persecución de ciertos crímenes, ello por considerarse a la paz social como un bien jurídico de nivel superior. El Estado entonces renuncia a su facultad de perseguir determinados crímenes, al *ius puniendi*.

¹⁷ Enrique Cury Urzúa. Op. Cit., Pág. 421.

¹⁸ Giuseppe Maggiore. "Derecho Penal", Citado por Francisco Zúñiga Urbina. Op. Cit., Pág. 174.

No obstante lo señalado no es un misterio que la institución de la amnistía ha sido criticada. En primer lugar porque haría perder el efecto intimidatorio de la norma penal, ante la posibilidad de que ésta no será en definitiva aplicada.

Por otro lado y desde el punto de vista de su aplicación práctica esta institución no ha estado ajena a abusos, amnistiando delitos que carecen de carácter político, o dictando las llamadas "auto-amnistías".

Una visión crítica de la amnistía y también del indulto ha surgido fundamentalmente desde el ámbito del Derecho Internacional, punto que será revisado al final de este capítulo.

Eduardo Novoa Monreal ha señalado al respecto: "La amnistía hace perder efecto a lo que disponen las leyes penales (...) Así la amnistía es considerada como una medida de benignidad, que tiende a apaciguar los ánimos después de períodos de turbulencia política o como medio extremo para resolver imperfecciones manifiestas de una ley penal de la que resulten condenas injustas".¹⁹

CARACTERÍSTICAS DE LA AMNISTÍA

De forma coincidente la doctrina ha señalado la amnistía debe tener un **carácter general**, ello significa que deberá dictarse para todos aquellos individuos que se encuentren en una misma situación, es decir, debe ser impersonal, no

¹⁹ Eduardo Novoa Monreal. Op. Cit., Pág. 443.

pudiendo dictarse para el beneficio de personas determinadas. Como señala Vargas Vivancos la amnistía más que dirigida a las personas va dirigida a los hechos; son éstos los que se quiere olvidar para la tranquilidad social, y para que realmente se logre esa calma esperada, no puede ir dirigida en beneficio de personas determinadas".²⁰

En su característica de generalidad la amnistía podrá referirse también a una pluralidad de hechos. Cabe destacar que no obstante lo recién señalado, nuestra legislación nacional no ha formalizado la exigencia de generalidad para la amnistía, por ello no debe extrañar encontrar casos en que se han dictado amnistías dirigidas a individuos en particular, o como es el caso del D.L. 2.191 de 1978, que hace una exclusión de los beneficios que contiene, en cuanto señala en su artículo 4° "tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1° las personas que aparecen responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en el proceso rol N°192-78 del Juzgado Militar de Santiago, fiscalía Ad Hoc".

El profesor Alfredo Etcheberry sostiene que la amnistía **no es personal**, "Esto es, que no se concede para beneficiar a determinadas personas, sino que afecta a las consecuencias penales de determinados hechos, las que hace desaparecer. Como consecuencia basta que se hayan realizado determinados hechos para que pueda dictarse una ley de amnistía a su respecto, aunque no se haya pronunciado sentencia, o ni siquiera se haya iniciado procedimiento judicial. Corolario

²⁰ **Juan Enrique Vargas Vivancos.** Op. Cit., Pág. 32.

de ésta misma característica es la circunstancia de que una amnistía, contenida en una ley, no pueda ser rechazada por los eventuales beneficiarios que no deseen ser alcanzados por ella".²¹

Se ha señalado también como característica de la amnistía, que esta debe tener un **carácter objetivo**, de este - como sostiene Vargas Vivancos- se deriva su comunicabilidad a todos los intervinientes en el delito.²² Por ello si mediante una ley de amnistía desaparece la responsabilidad penal del autor de un delito, deberá desaparecer también la de los que cooperaron con él en la perpetración de éste, aunque no se les haya considerado de manera expresa en dicha ley, ya que en nuestro derecho la participación delictual es accesoria a la responsabilidad del autor principal. Además carecería de todo sentido el pretender exonerar al autor de un delito, cuyo actuar es a todas luces de mayor relevancia o entidad que el de sus eventuales cómplices o encubridores.

Aunque no se trata de un punto pacífico en la doctrina, también puede señalarse como una característica de la amnistía el que ésta deba **referirse de manera exclusiva a delitos políticos**, ello porque como ya se ha señalado la amnistía tiene un fundamento político, cual es la necesidad de evitar la intranquilidad social, mediante el olvido de ciertos hechos delictuosos. No debe olvidarse que desde sus orígenes se concibió como un método de extinguir la responsabilidad penal en esa clase de delitos, éste era el primitivo sentido de los institutos de clemencia.

²¹ **Alfredo Etcheberry.** Op. Cit., Pág., 275.

²² **Juan Enrique Vargas Vivancos.** Op. Cit., Pág. 33.

Nuestra legislación no ha definido que se entiende por delito político. Como ha señalado el profesor Enrique Cury, este tipo de delitos, obedece por regla general a móviles ideológicos elevados y apunta a propósitos altruistas. Desde un punto de vista subjetivo: "Es delito político todo aquel que obedece al propósito de alterar, modificar o sustituir la institucionalidad política imperante en un Estado determinado". Desde un punto de vista objetivo, el autor señala: "Delito político es aquel que, por la índole misma del injusto correspondiente, lesiona fundamentalmente la organización institucional del respectivo Estado o los otros derechos de los ciudadanos".²³

En general puede afirmarse que definir con precisión este concepto resulta bastante difícil, por lo que pareciera que los criterios para determinar cuando estamos frente a este tipo de hechos estarán dados por la coyuntura en que éstos se produzcan.

Enrique Cury no concuerda con la idea de que la amnistía debe aplicarse únicamente a esta clase de hechos delictivos, señalando: "Es frecuente sostener que la amnistía debe destinarse principalmente -sino de un modo exclusivo- a los delitos políticos. En la práctica es posible que de hecho sean esos los casos en que con más frecuencia y de manera más aparente se requiere acudir a ella. Sin embargo no debe descartarse *a priori* la posibilidad de que en otras

²³ **Enrique Cury Urzúa** (2). "Derecho Penal", Parte General, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1982, Tomo I, Pág.180, 181.

oportunidades ocurra así. Por eso me parece inconveniente presentar esa afirmación como una regla general".²⁴

Por último la amnistía posee la característica de que **debe operar siempre respecto de situaciones pasadas, y no puede por tanto extender sus efectos hacia futuro.** La amnistía opera como una *abolitio praeteritum* (abolición del pretérito) y no obra sobre lo futuro, como lo indica su raíz etimológica (olvido o ἀμνησις). Por lo tanto, el delito permanente no puede ser beneficiado por la amnistía, cuando se prolonga más allá de la fecha del decreto. En el delito continuado, que consta de una pluralidad de delitos, la amnistía extingue las violaciones anteriores no las posteriores a la fecha.²⁵

EFFECTOS DE LA AMNISTÍA

Los efectos de la amnistía son de carácter muy amplio. De las causales de extinción de la responsabilidad penal que la doctrina califica como tipos de "perdón", es la más radical en sus efectos puesto que *extingue completamente la pena y todos sus efectos*, como lo establece expresamente el artículo 93 de nuestro Código Penal, por lo tanto, pondrá término a la obligación de cumplir materialmente la pena, además de eliminar la calidad de condenado de su beneficiario para efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento, de aquellos derechos de que haya sido privado por penas

²⁴ Enrique Cury Urzúa. Op. Cit., Pág. 421.

²⁵ Giuseppe Maggiore. "Derecho Penal", Citado por Francisco Zúñiga Urbina. Op. Cit., Pág. 174.

accesorias, e incluso pone término a la posibilidad de pronunciar una sentencia condenatoria con respecto a los hechos sobre los cuales haya recaído la amnistía.

De manera más específica podemos señalar que los efectos que produzca la amnistía en cada caso dependerán del momento en que ésta sea dictada, ya que, por ser un acto legislativo y una reevaluación de los hechos a que se refiere, la amnistía puede ser otorgada en cualquier momento.²⁶ Ello podría ser discutible, debido a que el artículo 93 del Código penal señala que la amnistía extingue "la pena y todos sus efectos", por lo que podría pensarse que este cuerpo legal razona sobre la base de una amnistía otorgada después de impuesta una pena. No ocurre así en otras legislaciones como la italiana que señala que la amnistía extingue el delito y si ha mediado condena, hace cesar su ejecución y las penas accesorias (artículo 51 del Código Penal Italiano).

En términos generales podemos señalar lo siguiente:

- Si la amnistía es dictada con anterioridad al inicio del proceso, ésta impedirá intentar la acción penal. El juez deberá en tal caso negarse a dar tramitación a la causa debiendo con antelación pronunciarse sobre este punto, así lo establece el artículo 107 de nuestro Código Penal.
- Si la amnistía es dictada encontrándose un proceso en curso, deberá ponerse término a éste, extinguiendo la posibilidad de determinar la responsabilidad penal.
- Dictada la amnistía habiéndose ya declarado la responsabilidad penal de un individuo ésta se vera extinta, impidiendo la ejecución de la pena.
- Incluso -como señala el profesor Novoa Monreal-²⁷ podría dictarse una amnistía una vez cumplida la pena por un

²⁶ Enrique Cury Urzúa. Op. Cit., Pág. 422.

²⁷ Eduardo Novoa Monreal. Op. Cit., Pág., 441.

individuo, en tal caso éste podrá verse igualmente beneficiado, ya que el delito amnistiado no será considerado para efectos de la reincidencia.

Resulta interesante preguntarnos sobre el efecto que tendrá la amnistía respecto de la eventual responsabilidad civil que emane del delito, y que ocurre con la restitución de los derechos políticos de que haya sido privado el condenado.

Respecto del primer punto, la doctrina y la jurisprudencia²⁸ concuerdan en que la amnistía no extinguiría la responsabilidad civil emanada del delito -ya que como es conocido-, dicha responsabilidad deriva del carácter de ilícito del hecho, y no de su punibilidad. La amnistía elimina únicamente las consecuencias penales del hecho y no su ilicitud. La obligación de indemnizar que puede emanar de la comisión de un hecho ilícito nace con el hecho mismo, y desde el momento en que éste se comete se incorpora el derecho a la indemnización en el patrimonio del afectado, es por ello que la doctrina ha señalado que considerar que la amnistía extingue la responsabilidad civil que emana del delito sería inconstitucional, ya que se vulneraría la garantía consagrada en el artículo 19 N°24 de nuestra Carta Fundamental.

El profesor Vargas Vivancos agrega como argumentos que: "solo puede disponerse de los derechos de que se es titular. El Estado al amnistiar no puede incluir la responsabilidad civil, puesto que ésta pertenece al perjudicado. El Estado solo puede disponer del *ius puniendi* de que es titular"

²⁸ En este sentido, **Corte Suprema**, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo LIX, sección 4ª, 30 de marzo de 1962, Pág., 25.

(...)“Las acciones civiles y penales son completamente distintas, por lo cual no pueden verse afectadas las primeras por una ley de carácter penal” (...)“En la sesión 21 de la Comisión Redactora del Código Penal, se dejó constancia de que no se trataría de la responsabilidad civil, que está regulada en el código del ramo”(...)“El fin de la amnistía es el lograr la paz social mediante la no sanción de determinadas conductas. Ese fin nada dice en relación con las indemnizaciones civiles que se deban”.²⁹

Con relación a la restitución de derechos políticos debemos mencionar que según dispone nuestra Constitución Política en su artículo 17: *“La calidad de ciudadano se pierde; N°2, Por condena a pena aflictiva, y N°3, Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva. Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el N°2, la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que la hubieren perdido por las causales previstas en el N°3 podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena”*. Cabe destacar que esta corresponde a la actual redacción del precepto en nuestra Constitución, que fue modificada en el mes de septiembre del año 2005.³⁰

²⁹ **Juan Enrique Vargas Vivancos.** Op. Cit., Pág. 52.

³⁰ Antes de su modificación el precepto rezaba: *“La calidad de ciudadano se pierde: N°2 Por condena a pena aflictiva, y N°3 Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista. Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal señalada en el N°2 podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal prevista en el N°3 sólo podrán ser rehabilitados en virtud de una ley de quórum calificado, una vez cumplida su condena”*.

Respecto de la recuperación de derechos políticos de aquellos que habiendo sido condenados por pena aflictiva se ven beneficiados por la dictación de una amnistía, no parece existir mayor dificultad, en razón de que dicha amnistía deberá dictarse por medio de una ley cumpliendo con la exigencia constitucional. De este modo que al desaparecer la pena y con ella todos sus efectos desaparecerá consecuentemente la inhabilitación para derechos políticos, pereciendo la pena principal es de toda lógica que deberá suceder lo propio con la pena accesoria (debe tomarse en cuenta que la actual redacción del precepto constitucional elimina la antigua exigencia de solicitar rehabilitación del Senado para el N°2 de la norma).

La situación es distinta respecto de los delitos contemplados en el N°3 del artículo 17, ya que en tal caso si bien se terminó con la exigencia de una ley de quórum calificado, se exige solicitar rehabilitación del Senado "una vez cumplida la condena", en todo caso nos parece que al dictarse una ley de amnistía que libere a un individuo de cumplir dicha condena, y en concordancia con lo anteriormente expuesto, en el sentido de que extinguida la responsabilidad penal -y por ende la eventual pena a que fuese condenado-, no podría subsistir la pena accesoria. En relación con la exigencia de solicitar rehabilitación del Senado parece suficiente el hecho de que la promulgación de una ley de amnistía ha supuesto su aprobación previa por parte de éste órgano.

En relación con la recuperación de derechos políticos, la Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciándose sobre un

recurso de protección con fecha 24 de septiembre de 1991, ha señalado: "Que en el acta de la sesión 22 de la Comisión Redactora (de la Constitución), se aprobó un texto según el cual la amnistía produce el efecto de borrar el delito, dejando al autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiere cometido" (considerando décimo). "Que aparte de lo anterior en cualquier caso tendrá los siguientes efectos (refiriéndose a la amnistía), según lo precisa Del Río: a) la recuperación de los derechos políticos que el individuo hubiese perdido, b) la reintegración de los cargos y oficios públicos y profesiones titulares de que hubiera sido privado según se explicó (...)"³¹

CLASIFICACIÓN DE LA AMNISTÍA

La doctrina distingue entre la amnistía propia e impropia desde el punto de vista de los efectos que ésta produce, y en cuanto a si extinguirá la acción penal o la pena.

De esta manera se entiende que la amnistía es **propia** cuando tiene lugar antes del pronunciamiento de una sentencia firme, es decir, antes de la condena extinguiendo en tal caso la acción penal. Estamos frente a una amnistía **impropia** cuando ésta se dicta con posterioridad al pronunciamiento de una condena extinguiendo la pena.

³¹ **Corte de Apelaciones de Santiago.** "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Vol. LXXXVIII, tomo II, Segunda parte, Sección Quinta, 1991, Pág., 325.

La diferencia práctica entre uno y otro tipo de amnistía es importante, puesto que la amnistía impropia, -dictada con posterioridad a la condena- beneficiará a personas determinadas, es decir, a aquellas respecto de las cuales se haya dictado la condena, lo que otorgaría un derecho personal al beneficiado. En cambio la amnistía propia solamente importa una renuncia del Estado a la persecución de los delitos de que trate, tiene un carácter solamente procesal, y no otorga derecho personal alguno.

La redacción del Código Penal, en cuanto señala que la amnistía extingue la *pena* y todos sus efectos hace pensar que en nuestro derecho solo se contemplaría la amnistía impropia, a diferencia - como lo señala el profesor Etcheberry³² de otras legislaciones como el Código Penal Italiano que señala que la amnistía extingue el *delito* y si ha mediado condena, hace cesar su ejecución y las penas accesorias. A pesar de lo dicho se ha señalado como compatible con nuestra Constitución la dictación de una amnistía propia.

CONSAGRACIÓN POSITIVA DE LA AMNISTÍA

i. Constitución Política de La República.

En su actual artículo 63, nuestra Carta Fundamental señala: *"Sólo son materias de ley, N°16 las que concedan indultos generales y amnistías (...) Las leyes que concedan indultos generales y amnistías requerirán siempre de quórum calificado. No obstante este quórum será de las dos terceras*

³² **Alfredo Etcheberry** (2). "Derecho Penal", 3ª edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo II, Pág. 246.

*partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9º".*³³

Este precepto eleva a la amnistía a una materia de dominio legal señalando que requiere siempre de quórum calificado, quórum que se eleva en el caso en que nos encontremos frente a los llamados "delitos terroristas". Constituye entonces una facultad constitucional del Poder Legislativo.

Por otro lado esta ley de amnistía deberá siempre tener su origen en el Senado, según lo dispone el artículo 65 inciso segundo de la Constitución Política: "(...) *Las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales sólo pueden tener origen en el Senado*".

ii. Código Penal

Como ya se ha mencionado el Código Penal Chileno en su artículo 93, contempla a la amnistía como una causal de extinción de la responsabilidad penal señalando; "*La responsabilidad penal se extingue: N°3 Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos*".

iii. El Decreto Ley 2.191 de 1978

Este decreto que fue dictado en el año 1978 durante el militar, señala expresamente que su finalidad es "Alcanzar la unidad nacional".

Debido a las numerosas discusiones a que ha dado lugar este cuerpo legal, y que son de fundamental importancia para el desarrollo del tema principal de este trabajo, a continuación se reproduce su texto completo, para

³³ Con anterioridad esta disposición figuraba en el artículo 60 de la Constitución.

posteriormente realizar un análisis pormenorizado de éste y de las polémicas a que ha dado lugar.

- Texto del Decreto Ley 2.191 de 1978

Vistos: lo dispuesto en los decretos leyes Nos 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 *Concédese 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 Amnistíase, 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 cosas, o con violencias 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; 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.

- Principales críticas al Decreto Ley 2.191

En abril de 1978 el gobierno militar al dictar este decreto, liberó de responsabilidad penal a todas las personas que cometieron crímenes o encubrieron crímenes perpetrados entre el 11 de septiembre de 1973, hasta el 10 de marzo de 1978, fecha en que se levantó el estado de sitio. Durante la vigencia de dicho estado de sitio se cometieron crímenes catalogados como graves violaciones a los Derechos Humanos.

Desde la fecha en que fue dictado este cuerpo normativo ha sido objeto de enconadas críticas, principalmente por parte de organismos de defensa de los Derechos Humanos, quienes han cuestionado duramente la legitimidad del decreto tanto en su origen como en sus aspectos de fondo.

Uno de los principales aspectos de este cuerpo normativo que ha sido cuestionado, es el que dice relación con su legitimidad o validez. En su origen, el Decreto Ley 2.191 fue dictado por un gobierno de facto, por tanto, al no tener su fuente en el poder legislativo, no constituiría una expresión de la voluntad soberana.

El decreto Ley 2.191 fue dictado por La Junta de Gobierno en ejercicio de las facultades legislativas que ésta misma se había otorgado. Mediante el Decreto Ley 788 del año 1974, se estableció que la mencionada Junta de Gobierno conservaría tanto la potestad constituyente como la legislativa, ambas se ejercerían en la forma de Decretos Leyes. Se determinó también que al ejercer la facultad constituyente sería requisito que se realizara una declaración explícita de La Junta de Gobierno en ese sentido, o sea, el decreto Ley que

se dictara en ejercicio de las facultades constituyentes debería señalarlo expresamente. El decreto ley en comento no fue dictado en virtud de las facultades constitucionales, ya que no hace la mención antes señalada.

A este respecto se ha dicho: "En su origen (el D.L 2.191) no es un acto de un Poder Legislativo legítimo por expresión de la voluntad soberana sino de un legislativo usurpado, expresado por la vía de un instrumento normativo típico de los regímenes de fuerza, como son los Decretos Leyes, teniendo el carácter de una imposición de fuerza que vulnera la voluntad de la nación".³⁴

"En primer lugar, se cuestiona desde el punto de vista formal si el Decreto Ley 2.191 es una ley en el sentido del art. 60 de N°16, en concordancia con el art.62 de la Constitución. Como ya se analizó, la Constitución presupone la participación del Senado, esto es, exige una ley formal. El Decreto Ley 2.191 fue dictado, empero, por la Junta Militar, esto es por un gobierno *de facto* compuesto por militares. En realidad, la Junta se apropió, al momento de su conformación, mediante los dec. Leyes 126/1973 y 527/1974, de competencias legislativas y constitucionales, a pesar de carecer de la necesaria legitimación democrática para dictar una ley formal, especialmente una amnistía. Si el ejercicio de potestades excepcionales de carácter legislativo era ya dudosa desde el punto de vista constitucional, el dictado

³⁴ Informe elaborado por CODEPU "Sobre la Impunidad en Chile", www.derechos.org, 18/11/05.

dec. Ley 2.191 sin la participación del Senado, no deja lugar a duda sobre su inconstitucionalidad".³⁵

Desde una perspectiva de fondo, el Decreto Ley 2.191 ha sido censurado, en cuanto se le considera una auto amnistía o amnistía de auto favorecimiento, ya que habría sido dictada por las mismas personas quienes cometieron horrorosos crímenes contra los derechos humanos, para eximirse de la responsabilidad que les cabría por ello, esto a pesar de que el mismo Decreto Ley contempla beneficios para opositores al régimen militar.

El ex presidente del Consejo de Defensa del Estado, don Manuel Guzmán Vial señala a este respecto: "No resulta temerario afirmar que en su gran mayoría, los beneficiados no son otros que el personal de seguridad militar y paramilitar, ya que gracias al régimen de impunidad que los amparaba, en su enorme mayoría no habían podido ser procesados ni menos condenados por esos delitos"³⁶.

No obstante las impresiones expuestas, no debe olvidarse que la aplicación del referido cuerpo normativo benefició también a ciertos presos políticos.

" (...) Aunque la Ley de Amnistía benefició también a varios cientos de presos políticos que quedaron en libertad, Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas consideran que esta ley constituyó, en realidad, una maniobra del gobierno militar para proteger a sus propios

³⁵ **Kai Ambos**, "Impunidad y Derecho Penal Internacional" Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, Pág. 168 - 169.

³⁶ **Manuel Guzmán Vial**. "Decreto Ley N°2.191 de 1978 sobre Amnistía", Revista Chilena de Derecho, Vol.18 N°1, 1991, Pág. 117.

miembros de la posibilidad de ser enjuiciados en el futuro por la comisión de violaciones de derechos humanos".³⁷

"Este D.L se dictó con el manifiesto propósito de extinguir la responsabilidad penal de los miembros de aparatos represivos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto basta para negarle jurídicamente la calidad de amnistía que abusivamente se asigna, reduciéndolo a lo que en realidad es: un auto perdón por las violaciones referidas".³⁸

Además de los puntos referidos más arriba el Decreto ley 2.191, en su contenido mismo atentaría contra las características de objetividad e imparcialidad que como ley de amnistía debería presentar. Según analizamos anteriormente una ley de amnistía se dicta en consideración a determinados hechos delictivos y no en consideración a personas, lo contrario importaría una violación a la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Analizando el articulado del Decreto ley 2.191 vemos que en su artículo primero excluye de los beneficios de la aplicación de la amnistía a aquellas personas que hubieren cometido hechos delictuosos durante el período que abarca la amnistía, pero que se encontraren procesados o condenados. Cabe preguntarse en este caso cual es la motivación del

³⁷ **Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas**, "Informe en Derecho sobre la Incompatibilidad del Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 de Chile con el Derecho Internacional", web.amnesty.org, 18/11/05.

³⁸ Informe elaborado por **CODEPU** "Sobre la Impunidad en Chile", www.derechos.org, 18/11/05.

distingo que hace este cuerpo legal, aparentemente no tiene razón alguna, no se aprecia motivo para no amnistiar a quienes hubieren cometido los delitos que contempla el Decreto Ley y que se encuentren siendo procesados o condenados, y si hacerlo con aquellos que estén fuera de esas situaciones. De esta forma, por ejemplo, si se cometió un delito contemplado en el Decreto Ley por varios individuos y solamente respecto de uno de ellos se ha dictado auto de procesamiento al momento de otorgarse la amnistía, solamente éste deberá asumir la responsabilidad penal, quedando sus coautores liberados de ella.

Por su lado el artículo segundo de este cuerpo normativo - haciendo una excepción al artículo primero-, establece que aquellos individuos que a la fecha de dictarse el decreto de amnistía hayan sido condenados por tribunales militares si serán beneficiados por éste, excluyendo del beneficio a los inculcados y procesados.

El artículo tercero del Decreto ley 2.191 es el que ha merecido más críticas. Este artículo es el que establece que delitos se exceptuarán de la aplicación de la amnistía.

Se ha dicho que existen inconsistencias en el criterio usado para determinar qué crímenes serían objeto de amnistía. En una carta abierta presentada a la Corte Suprema en 1978, cuatro abogados de la Vicaría de la Solidaridad criticaron lo que ellos llamaron la "incomprensible distinción" entre los crímenes que perdona la Ley de Amnistía y los que no. Señalaron como ejemplos, que la Ley de Amnistía:

Perdona todas las formas de falsificación y estafas de cheques, pero castiga el fraude y otras prácticas corruptas.

Perdona todos los crímenes cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, con la sola excepción de malversación y fraude.

Perdona el homicidio y a quienes infringen lesiones físicas, pero castiga el robo armado y la intimidación.

Perdona el daño a la propiedad, pero castiga el incendio provocado y otro tipo de destrucción a la propiedad.

Perdona el aborto, el abandono de menores y la bigamia, pero castiga la corrupción de menores, la violación y el incesto.

Hay que hacer notar que esta lista de crímenes comunes protegidos por la Ley de Amnistía contiene algunas de las herramientas que fueron comúnmente usadas por la policía secreta, la DINA y la CNI: Homicidio, lesiones físicas y daño a la propiedad.³⁹

Los delitos de carácter tributario se excluyen expresamente de la amnistía, pero como señala Kléber Morlezum, parte de la doctrina y la jurisprudencia estimó, que debía haber acción penal vigente dirigida contra el contribuyente para que operara esta exención.⁴⁰

³⁹ Extracto del texto "Impunidad y Ley de Amnistía, ¿Qué es la Ley de Amnistía?", Humans Rights in Chile, www.chipsites.com, 18/11/05.

⁴⁰ Kléber Morzelum Cunliffe. Op. Cit., Pág. 57.

El artículo cuarto del Decreto Ley 2.191, excluye de la aplicación de la amnistía a un proceso específico que se ventilaba en aquella época ante los tribunales militares. Este proceso es el referido al homicidio del ex canciller Orlando Letelier, y su secretaria Rony Moffitt, crimen perpetrado en la ciudad de Washington DC el 21 de septiembre de 1976 por la DINA.

En esta exclusión pareciera que el régimen militar cede a las fuertes presiones internacionales -especialmente de los Estados Unidos-, surgidas frente a este caso.

Para finalizar el análisis del texto mismo del Decreto Ley 2.191, diremos que en su último artículo éste hace referencia a los beneficiados por la amnistía que se encontraban en ese tiempo fuera de la República. Estas personas que se hallaban fuera de Chile, sea porque habían salido vía asilo político, o aquellas que hubiesen sido expulsadas, o estuviesen cumpliendo pena de extrañamiento en el exterior, para regresar al país debían ser autorizadas por el Ministerio del Interior de la época (según disponía el decreto Ley N°81 de 1973). De este modo quedaba al arbitrio de dicho organismo la decisión de si una persona favorecida por la amnistía podía regresar a Chile y disfrutar de sus beneficios, por ello en esta parte la gracia para quienes estaban en ese entonces fuera de Chile resultaba en la práctica inoperante si el Ministerio del Interior no daba su venia para el retorno de esas personas. Acerca de este punto se ha manifestado: "(...)Otras 1.180 personas que antes de 1978 habían sido condenadas por Tribunales Militares de Tiempo de Guerra y cuyas penas habían sido a esa época conmutadas por el extrañamiento, por efectos de éste D.L ellas debían ser

beneficiadas pudiendo volver al país. Sin embargo, respecto de todos ellos se dictaron los correspondientes decretos de prohibición de ingreso a la patria indefinidamente".⁴¹

Queda entonces planteada la interrogante de si los fines que pretendía alcanzar el Decreto Ley y que se enuncian en su mismo texto, pueden ser alcanzados bajo el prisma de las críticas que se le han realizado, las que fueron expuestas más arriba.

Casi unánimemente los estados han condenado las violaciones a los derechos humanos, considerándolas como crímenes de la más alta gravedad, y han tenido el firme propósito de proscribir este tipo de conductas, sobre todo cuando son cometidas por los aparatos estatales. Para la consecución de estos fines se han suscrito numerosos tratados internacionales, de los cuales Chile ha formado parte, y que consecuentemente debe respetar.

Finalizada la segunda guerra mundial, el tribunal internacional de Nuremberg declaró que: "El Derecho Internacional impone deberes y responsabilidades sobre los individuos y sobre los Estados. Los individuos pueden ser castigados por violaciones al Derecho Internacional. Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, y no por entes abstractos, y solo mediante el castigo de los individuos que cometieron tales delitos puede

⁴¹ Informe elaborado por CODEPU "Sobre la Impunidad en Chile", www.derechos.org, 18/11/05.

asegurarse el cumplimiento de las disposiciones del Derecho Internacional".⁴²

A pesar de que parece existir un consenso sobre la idea de la primacía de estos compromisos internacionales por sobre nuestra legislación interna, no puede negarse que ha sido un tópico discutido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Ello sucede esencialmente al relacionar estos cuerpos normativos con el concepto de soberanía.

Al respecto se ha señalado que "La soberanía es el principio esencial de la Nación, que el Estado y sus autoridades no pueden legítimamente dejar de resguardar, de cumplir y hacer prevalecer en el ejercicio de sus atribuciones. Por ende, las normas legales positivas que dicte el poder legislativo, que ejecute el Poder Ejecutivo; o los tratados que negocie y firme el Gobierno, que apruebe el Congreso y que ratifique el Presidente de la República, debe ser siempre consistentes con los principios esenciales de la Nación; y particularmente estrictos con el principio de la Soberanía Nacional. Si contradicen dicho principio esencial, tales actos carecen de legitimidad y, absolutamente, carecen de validez (...). La Constitución de 1980 -al igual que sus modificaciones- recoge principios esenciales. Uno de ellos, muy principal, es el de la Soberanía. Y en resguardo de la necesaria legitimidad y coherencia con tales principios en el ejercicio de la Soberanía, impone la nulidad de todo acto, toda ley o todo tratado, que exceda los límites que la Constitución establece. La ley es inválida; y el tratado no

⁴² **Marie Claude Plumer y Andrés Culagovsky.** "La Amnistía frente al Derecho Interno y el Derecho Internacional"., Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales., Universidad de Chile, 1993, Pág. 37.

puede ser aprobado válidamente por el Congreso, ni ratificado por el Presidente de la República. Si lo fuere, sigue siendo nulo, ilegítimo, carente de validez.⁴³

El artículo 5° de la Constitución Política de la República en su inciso final reafirma como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales de la persona humana. Estos derechos fundamentales se encuentran garantizados en la misma Constitución y también en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana constituyen un límite al ejercicio de la soberanía.

La Corte Americana de Derechos Humanos, en opinión consultiva del 24 de diciembre de 1982 expresó: "la Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos en general y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independiente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".⁴⁴

⁴³ **Mario Arnelo Romo**, "Corte Penal Internacional: Un Tratado Inadmisibile para Chile"

⁴⁴ Texto citado por **Kléber Morlezum Cunliffe**. , Op. Cit., Pág. 114.

"El decreto ley 2191 chileno no exime de la impunidad dispuesta ninguna violación grave de los derechos humanos, con excepción del delito de violación. Más aún se garantiza un tipo de amnistía general para todos los hechos cometidos en la lucha contra los enemigos del golpe militar, durante el estado de excepción. De ahí que esta norma se encuentre en abierta y crasa oposición con el deber de penalización del derecho internacional y viola especialmente el derecho a un recurso efectivo".⁴⁵

Desde la perspectiva del Derecho internacional el Decreto Ley 2.191 es cuestionable en cuanto su aplicación contravendría a los deberes internacionales que pesan sobre el Estado de Chile de investigar y juzgar los graves crímenes que tuvieron lugar durante el régimen militar que se impuso desde 1973.

Doctrinariamente se señala que el Derecho Internacional de Derechos Humanos impone dos grandes ordenes de obligaciones al Estado: uno un deber de abstención de conculcar los derechos humanos y otro un Deber de Garantía respecto de estos derechos. El primero, esta integrado por aquel conjunto de obligaciones que tienen que ver directamente con el deber de abstención del Estado de violar - por acción u omisión - los derechos humanos, que implica así mismo asegurar, mediante las medidas necesarias, el goce y disfrute de estos derechos. Mientras que el segundo se refiere a las

⁴⁵ **Kai Ambos.** Impunidad y Derecho Penal Internacional, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1999., Pág. 44.

obligaciones del Estado de *prevenir las violaciones, investigarlas, procesar y sancionar* a sus autores y reparar los daños causados. En ese orden de ideas el Estado se coloca en una posición jurídica de garante de los derechos humanos, de la cual emergen obligaciones esenciales para la protección y garantía de estos. Es sobre esta base, que la jurisprudencia y la doctrina han elaborado el concepto de Deber de Garantía, como noción nuclear de la posición jurídica del Estado en materia de Derechos Humanos. En esa relación jurídica individuo-Estado, propia del Derecho Internacional de Derechos Humanos, la posición jurídica del Estado se caracteriza fundamentalmente de garante. El Deber de Garantía puede sintetizarse como el conjunto de "obligaciones de garantizar o proteger los derechos humanos... [y] consiste en su deber de prevenir las conductas antijurídicas y si éstas se producen, de investigarlas, de juzgar y sancionar a los culpables y de indemnizar a las víctimas"⁴⁶.

La obligación de juzgar y sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos, como expresión del deber de garantía, tiene su asidero jurídico en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁶ **Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador**, ONUSAL, Informe de 19 de febrero de 1992, documento de las Naciones Unidas A/46/876 S/23580, párrafo 28. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citado en el "Informe en Derecho sobre la Incompatibilidad del Decreto Ley 2.191 de 1978 de Chile con el Derecho Internacional", elaborado por **Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas**, Enero, 2001.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado - en el marco de los conocidos casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz- que, a la luz de sus obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "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".

El D.L. de amnistía infringe el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues este artículo le impone a los Estados partes de la Convención la obligación de investigar y juzgar a los autores de violaciones de derechos humanos, imponiéndoles a los Estados partes "la obligación de que en el ejercicio el poder público sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos", según ha quedado establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia.⁴⁷

Según esta línea de argumentación, el Decreto Ley 2.191 sería incompatible con la explicada obligación de investigar y juzgar las graves violaciones contra los derechos humanos que tuvieron lugar en nuestro país, en especial tomando en consideración la aplicación que le ha dado a este cuerpo normativo la jurisprudencia de nuestros tribunales.

⁴⁷ Informe elaborado por CODEPU "Sobre la Impunidad en Chile", www.derechos.org, 18/11/05.

Recordemos también que en materia de Derecho Internacional, los Estados deben respetar el principio de *pacta sunt servanda*. Es un principio general de derecho internacional e universalmente reconocido que los Estados deben ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales que dimanen de estos.

Lo anterior tiene una importante consecuencia, los Estados que voluntaria y soberanamente suscriban un tratado internacional, no pueden excusarse de no darle el debido cumplimiento aduciendo la existencia de disposiciones de su derecho interno que se lo impedirían. Esta obligación tiene su fuente en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados que ha sido ratificada por Chile.

- La jurisprudencia frente al Decreto Ley 2.191.

Sin duda un aspecto que resulta interesante analizar en relación con el Decreto Ley 2.191, es el desarrollo la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, que deja de manifiesto una disparidad de criterios al momento de aplicarlo. Resulta además ilustrativo, en cuanto los fallos pronunciados se hacen cargo de uno de los principales conflictos de opiniones que ha suscitado en la práctica de tribunales el Decreto Ley comentado, en cuanto a si les serían aplicables distintos instrumentos internacionales, los cuales estaría violando, y que por tanto constituirían una limitación, o incluso una derogación tácita del Decreto Ley 2.191.

Nos parece relevante traer a colación en el análisis de este tema, la opinión manifestada por Amnistía Internacional junto a la Comisión Internacional de Juristas en su Informe en Derecho Sobre la incompatibilidad del Decreto Ley de Amnistía 2.191 con el Derecho Internacional: "Aplicando la Ley de Amnistía de 1978, los tribunales chilenos -tanto civiles como militares- han archivado sistemáticamente las actuaciones judiciales que se tramitaban en cientos de casos relacionados con violaciones de derechos humanos cometidas durante los primeros cinco años del gobierno del general Pinochet. No obstante, hay casos que continúan abiertos y los tribunales han pronunciado fallos contradictorios sobre la aplicabilidad de la Ley de Amnistía de 1978. Durante la década de 1970 se iniciaron centenares de investigaciones judiciales sobre denuncias presentadas por familiares de personas «desaparecidas». La mayoría de los casos han estado estancados durante años por falta de pruebas, pero los familiares de los «desaparecidos» han continuado esperando que salieran a la luz nuevos datos que condujeran al esclarecimiento de la suerte corrida por sus seres queridos.

Un aspecto que sigue siendo objeto de importante controversia es el de en qué fase de las investigaciones se puede aplicar la ley de Amnistía de 1978. Inmediatamente después de la promulgación de esta ley, algunos tribunales militares trataron de archivar casos sin investigarlos. Estas decisiones fueron impugnadas y algunos casos se volvieron a abrir. Los defensores de los derechos humanos chilenos y algunos jueces opinaban que la Ley de Amnistía de 1978 no debía aplicarse antes de que hubiera finalizado una investigación y se hubiera establecido claramente en todos sus aspectos la responsabilidad penal de cualquier

sospechoso. En 1979, la propia Corte Suprema de Justicia falló que, pese a la existencia de la Ley de Amnistía de 1978, debían continuarse las diligencias en las investigaciones de los casos de «desaparición». No obstante, no se hicieron grandes avances en las investigaciones, excepto en muy pocos casos en los que se siguió adelante gracias al valor y la determinación de algunos jueces civiles.

A partir de 1985, la Corte Suprema comenzó a confirmar fallos de tribunales inferiores en los que éstos se pronunciaban en favor de la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978 –incluso en casos de «desaparición»– antes de la determinación completa de los hechos. Una de estas decisiones fue adoptada en octubre de 1986 tras una importante investigación llevada a cabo por el juez Carlos Cerda, de la Corte de Apelaciones de Santiago, sobre el caso de 10 opositores al gobierno que «desaparecieron» tras su detención en 1976. La investigación culminó en la formulación de cargos contra 38 miembros de las fuerzas armadas y dos colaboradores civiles. La Corte Suprema cerró la causa, y en 1986 y 1991 sancionó al juez Cerda con sendas medidas de dos meses de suspensión porque había impugnado el sobreseimiento de la causa y la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978 por un tribunal inferior.

En varias ocasiones, la Corte Suprema ha adjudicado casos a la competencia de los tribunales militares cuando éstos han solicitado la habilitación de la jurisdicción. Los tribunales militares han archivado sistemáticamente esos casos mediante la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978. Por ejemplo, en 1989 se cerraron 100 casos de «desaparición»

cuando un tribunal militar resolvió aplicarles esta ley. Igualmente, en agosto de 1990, la Corte Suprema confirmó la decisión de los tribunales inferiores de cerrar un caso que había tenido su origen en la presentación en 1978 de una querrela criminal contra altos cargos de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) en relación con su responsabilidad por la «desaparición» de 70 personas entre 1974 y 1976. En 1983, la Corte Marcial (tribunal militar de apelaciones) había ordenado que se volviera a abrir la investigación de 35 de estos casos, pero éstos se archivaron definitivamente durante el primer año de gobierno civil. También en 1990, los tribunales militares impugnaron con éxito la pretensión jurisdiccional de un tribunal civil para llevar a cabo investigaciones a raíz del descubrimiento de una fosa clandestina en Pisagua, en el norte de Chile".

A continuación comentaremos algunos de los fallos pronunciados por nuestros Tribunales de Justicia que se han pronunciado sobre la aplicación de distintos instrumentos internacionales en relación con el Decreto Ley 2.191.⁴⁸

El año 1949 Chile suscribió los **Convenios de Ginebra**, que comenzaron a regir desde su publicación en el Diario Oficial en el año 1951. Los Convenios de Ginebra constituyen el moderno Derecho Internacional Humanitario, entendido como un conjunto de reglas y de principios aplicables en el marco de un conflicto armado para la protección de las personas y bienes eventualmente afectados por éste.

⁴⁸ Los fallos en comento fueron recopilados por **Rodrigo Saffirio López**, "Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en torno a la aplicación del Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 durante los años 1990-2000"., Monografía obtenida del curso de Derecho de los Tratados, Universidad de Chile., 2004.

Existen cuatro Convenios de Ginebra, a los que se suman dos Protocolos Adicionales del año 1977:

- I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para Aliviar la suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.
- II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para Aliviar la suerte que corren los Heridos, los Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.
- III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra.
- IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra.

Respecto de la aplicación de los Convenios de Ginebra, debemos desde ya señalar que no cabe duda de que estos se encontraban plenamente vigentes en nuestro país al momento de dictarse el Decreto Ley 2.191. Es así como el principal tema que ha motivado conflicto a este respecto es si la situación vivida en Chile durante los años cubiertos por la amnistía, corresponde o no a un conflicto armado de las características de los que regulan estos convenios.

Los Convenios de Ginebra son aplicables a conflictos de carácter internacional, y también a conflictos de tipo interno. En este último caso, deben cumplirse ciertos requisitos para que dicho conflicto interno sea considerado de una magnitud tal que haga aplicables los convenios, es decir, no cualquier conflicto armado que no tenga el carácter de internacional es alcanzado por éstos.

Según establece en el Protocolo Adicional N°II de 1977, los conflictos armados que se verifiquen dentro del Estado de una de las Altas Partes Contratantes deben verificarse

1."(...)entre Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados, que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo" 2."El presente protocolo no es aplicable a tensiones internas y disturbios interiores tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia, y otros análogos que no son conflictos armados"⁴⁹

No debe olvidarse por otro lado, que el mismo Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra establece en el numeral 5 de su artículo 6° que; "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado."

Recordemos también que durante el período de tiempo que cubre la Amnistía del Decreto Ley 2.191, Chile se encontraba inmerso en el "Estado de Sitio", que comenzó a regir en septiembre de 1973, y que fue decretado en virtud de la causal de "Comoción interior".

Nuestros Tribunales de Justicia en reiteradas oportunidades optaron por no dar aplicación a los Convenios de Ginebra. Ejemplo de ello es el *pronunciamiento de fecha 24 de agosto de 1990*, donde, la Corte Suprema, pronunciándose sobre un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en contra del Decreto Ley 2.191, negó toda

⁴⁹ Artículo primero del II Protocolo Adicional de 1977.

posibilidad de dar aplicación a los convenios. En este caso en particular, el recurso buscaba dejar sin aplicación el artículo primero del decreto ley en razón de que éste vulneraría distintas disposiciones constitucionales (artículos 5, 19 N°1, 2, 7, 23 y 24 de la Constitución). Se trataba de la detención y secuestro agravado de setenta personas, hechos ocurridos entre septiembre de 1973 y el año 1977. Este pronunciamiento tiene importancia por asentar una interpretación mantenida durante mucho tiempo por nuestros tribunales.

La Corte en definitiva rechazó el recurso de inaplicabilidad, a pesar de reconocer que los Convenios de Ginebra se encontraban comprendidos en el artículo 5 de la Carta Fundamental.

El considerando N°26 de la sentencia expresa que "de acuerdo con sus textos, tales Convenios de Ginebra se refieren a medidas de mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas de Mar, sobre tratamiento de prisioneros de Guerra y Protección de los Civiles en tiempo de guerra. Ahora, de conformidad a lo que disponen los artículos 2° y 3° que son comunes a los 4 convenios promulgados, resulta manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter Internacional y sobre situaciones de conflictos armados que surjan dentro del territorio de algunas de las Altas Partes Contratantes y dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un efectivo conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligarán sus disposiciones.

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

A raíz de este fallo de la Corte Suprema, que declaró constitucional el Decreto Ley de 1978 sobre amnistía, se recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, instancia internacional contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por Chile en 1990.

También referido a la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, pero pronunciándose esta vez en el fondo sobre el tema de la prescripción penal, encontramos un reciente fallo de la Segunda Sala de la Corte Suprema de fecha 13 de diciembre de dos mil seis, la cual conociendo de un recurso de casación respecto de la causa por el delito de homicidio de los miembros del M.I.R Hugo Vásquez Martínez y Mario Supervy Jeldres, hechos ocurridos el 23 de diciembre de 1973 en su voto de mayoría -que da lugar a la casación deducida- señala como aplicables los referidos convenios. Nos parece

interesante, sin embargo, señalar los razonamientos expresados en el *voto disidente del Ministro Rubén Ballesteros* quien considera que los Convenios de Ginebra no son aplicables en la especie argumentando; << 7º Que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. Nº 952 de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril del mismo año, encontrándose vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa.

En general, se aplican a conflictos armados que surjan en el territorio de una de las altas partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido (artículo 2 del IV convenio de Ginebra). Excepcionalmente se aplican en el caso de "conflicto armado sin carácter internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3 común para todos los convenios de Ginebra.

El Sr. Jean Pictet, jurista internacional, a quien se considera uno de los autores principales de los Convenios de Ginebra, en comentario del protocolo 8 de junio de 1977, adicional a los convenios de 12 de agosto de 1949, citado por el voto de mayoría del fallo de esta Excelentísima Corte Suprema rol Nº457-05, deja constancia que en lo concerniente a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, el protocolo II y el artículo 3 de esos convenios, reconocen que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de "Conflicto Armado No Internacional" ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado

de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y que tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; b) que el gobierno este obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; c) que el gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante, o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de Naciones Unidas, como constitutivo de amenaza par a la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión; y, d) que los insurrectos tengan un régimen que presentan las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a la órdenes de una autoridad organizada, y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y a las costumbres de la guerra, y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del convenio.

Hernán Montealegre, en la página 48 de su libro "La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos", Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento del Comité Internacional de la Cruz Roja de 1972, que expresa que "para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que

haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten, sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable".

8°. El protocolo II adicional al Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1948, relativo a la protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional, aprobado por D.S. N° 752 de Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de Octubre de 1991, en su artículo 1° N°1 sin modificar las condiciones del artículo tercero común, a los Convenios de Ginebra, dispone, que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos, por el artículo 1 del protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el protocolo II. En el número 2 del aludido artículo 1° del protocolo II se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas, y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia, y otros actos análogos que no son conflictos armados.

Similar definición esta contenida, en el artículo 8.2.d del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en los siguientes términos: "El párrafo 2 c del presente artículo, se aplica a los conflictos armados que no son de índole Internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados, y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar".

Si bien los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no ha sido aún a probado por el Congreso, tales normas junto a los comentarios del jurista Jean Pictet, y lo expresado por la CICR, son ilustrativos para que esta Corte interprete que "Conflicto Armado Sin Carácter Internacional", es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados, que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados, estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de Derecho Humanitario.

9° Que el D.L. N°5 de 1973, que erróneamente se invoca de contrario para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece

el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) En el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros, y de la población en general que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; c) que era conveniente en estas circunstancias dotar de mayor arbitrio a los tribunales militares en la represión de alguno de los delitos de la ley 17.798, sobre el control de armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el Decreto Ley N°5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la junta de Gobierno se estaban ejecutando, acciones en contra de la integridad física de las fuerzas armadas, de Carabineros y de la población en general y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la ley de control de armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón a la época de perpetración de los hechos investigados para tener por establecido que en Chile existía "un conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3° común para los convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares

sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El Decreto Ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en la motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile el 5 de octubre de 1973 existía un "conflicto armado no internacional", razón por la que debe concluirse que los sentenciadores no cometieron error de derecho al no aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio>>.

*El 30 de septiembre de 1994, la Corte de Apelaciones de Santiago en un importante giro a una tendencia jurisprudencial que parecía asentada, dio aplicación a los mencionados Convenios de Ginebra. Nos referimos aquí a la causa sobre secuestro y tortura de Bárbara Uribe y Edwin Van Jurick, ocurridos en el mes de julio de 1974.*⁵⁰

En esta sentencia, la Corte da aplicación a los Convenios de Ginebra, señalando en su considerando quinto: "c) Que, entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de septiembre de 1974 rigió el Estado de Sitio, ello significa que hubo conmoción interior provocadas por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas que operaban en forma abierta o clandestina y durante todo el periodo rigieron los

⁵⁰ Este fallo fue revocado con posterioridad por la Corte Suprema en el mes de agosto de 1998.

tribunales, los procedimientos y las penalidades de tiempo de guerra, como asimismo, había una acción militar al mando de un jefe especialmente nombrado al efecto, con atribuciones para dictar bandos.

d) Que, la Corte Suprema de Justicia, en el caso Chanfreau, concluyó que durante 1974 en Chile hubo una situación de guerra.

e) Que en tal realidad, son plenamente aplicables los convenios de Ginebra de protección de los derechos humanos de las fuerzas enemigas organizadas y de la población civil afectada y se sancionan los crímenes de guerra, los cuales constituyen una forma de abuso de la fuerza producida dentro de una situación material creada por un conflicto armado, pudiendo ser éste interno o internacional".

Además de lo anterior, en este caso la Corte de Apelaciones de Santiago reconoce la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la legislación interna diciendo: "e)Que para la doctrina nacional los Tratados o Convenios Internacionales están ubicados necesariamente en una jerarquía superior a la ley, en la medida que el Estado al incorporar el tratado a su ordenamiento interno, de acuerdo al procedimiento previsto por la Carta Fundamental, quiere que sus órganos cumplan los tratados mientras no exista voluntad de denunciarlos; que, en tal sentido, se expresaron en la Comisión de Estudios de la Constitución en su sesión el 20 de junio de 1974, los comisionados Alejandro Silva Bascuñan y Jaime Guzmán Errázuriz, sin que la comisión llegara a establecer una norma expresa que determinara la jerarquía de los tratados en la Constitución"(considerando sexto, letra e).

La Segunda Sala de la Corte Suprema, con fecha 9 de septiembre de 1998, pronunciándose sobre un recurso de casación en el fondo interpuesto en el marco del caso del detenido desaparecido Pedro Poblete Córdova, Varió totalmente su doctrina de fallos anteriores declarando la supremacía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre la ley interna.

La Corte Suprema revirtió en su pronunciamiento las interpretaciones del tribunal de primera instancia y de la Corte Marcial. Ésta última abogó por la inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra, señalando que la magnitud del conflicto vivido en Chile a la época en que sucedieron los hechos investigados no de la dimensión requerida por los mencionados convenios.⁵¹ En lo tocante a éste último punto la Corte Suprema indicó en sus considerandos noveno y décimo: "9º Que, en el siguiente punto a considerar, ha de tenerse presente que luego del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas destituyeron al gobierno y asumieron el poder, el que expresaron comprendía el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo; se dictó así por la Junta de Gobierno, a la sazón, el 12 de septiembre de 1973 el Decreto Ley N° 5, que en su artículo 1º declaró interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmoción interna (situación que regia al 19 de julio de 1974), 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

⁵¹ Este fallo fue acordado con el voto en contra del Auditor General del Ejército, Señor Fernando Torres Silva, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo.

efectos de dicha legislación. Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial de 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 de 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, entre otros:

- a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y
- b) los atentados a la dignidad personal. 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 obligan 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. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo 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 de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio adrede, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente

a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

10° Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido "Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos."

"En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados; de lo que se colige que el Derecho Interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus

principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos."

El 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, publicado en Chile en el año 1989.⁵² La aplicación de este tratado también ha sido discutida en el marco de la jurisprudencia relativa al Decreto Ley 2.191.

Se ha señalado por la jurisprudencia que el decreto de amnistía no se opone al mencionado pacto, en razón del principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en la Constitución Política y en el Código Penal. Lo anterior dada la fecha de publicación de este instrumento en Chile y la época en que se cometieron los hechos amnistiados por el decreto⁵³.

De esta manera en el ya comentado fallo pronunciado por la Corte Suprema con fecha 24 de agosto de 1990, ésta, refiriéndose al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: "(...)en virtud de que el principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en la propia Carta Fundamental y que contempla el artículo 18 del Código Penal, impiden que tenga aplicación a situaciones y hechos acaecidos con anterioridad a su incorporación a la legislación interna (...)"

El Ministro de la Corte Suprema **Rubén Ballesteros** en su voto disidente expuesto en el fallo de casación de fecha 13

⁵² Publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

⁵³ En este sentido se pronunció también la Corte Suprema en fallo del 4 de junio de 1996 en el marco del *Caso Soria*.

de diciembre de dos mil seis anteriormente comentado, basándose en los razonamientos jurídicos que se expondrán a continuación aboga por la inaplicabilidad de este Pacto. Dicho pronunciamiento resulta interesante debido a que en éste el Ministro hace referencia además a la Convención de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y al Estatuto de la Corte Penal internacional; <<10° Que, la recurrente rechaza también la aplicación de la prescripción de la acción penal, lo que ratifican los sentenciadores de mayoría invocando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convención que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, siendo depositado el instrumento de ratificación correspondiente el 10 de febrero de 1972 y mandado a cumplir y llevar a efecto como la ley de la república por D.S N°778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, realizándose su publicación en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989. Comenzó a regir entonces, el 23 de marzo de 1976 según lo previsto en el artículo 49 de la misma convención, en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, aún no se encontraba en vigor porque no se había cumplido con la norma citada, ni se había ordenado cumplir como ley de la República a través de la publicación del correspondiente decreto promulgatorio en el Diario Oficial. Sostener lo contrario significa crear e invocar otra forma de ficción jurídica, que se pretende se constituya en la creencia sin discusión en contrario, de la existencia y presencia de hechos y situaciones que no tienen sustento en la realidad, como si realmente lo fueran. El decreto Ley en referencia no ha podido tener la virtud de producir esa transformación;

11° Que, los recurrentes sostienen, además que en virtud de la aplicación del Pacto en referencia, los hechos investigados deben ser calificados como crímenes de guerra y de lesa humanidad, que por lo tanto son imprescriptibles "conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". Aducen que la sentencia omite señalar cuales son los criterios que emplearon para determinar que los hechos investigados en esta causa no eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad;

12° que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de la Crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de Noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo VII.1, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, sin embargo "no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, y en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por consiguiente, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal;

13° Que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, según el acta final de dicha conferencia y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7° y 8° las definiciones de crímenes de guerra y en su artículo 29

dispone que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, no prescribirán.

El estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, aplicadas por los sentenciadores de segundo grado;

14° Que los hechos de la causa dicen relación con la realización de acciones que miradas imparcialmente, sin los extremos de las ideológicas, son ciertamente graves y reprochables, y desde luego, merecen las sanciones que la ley nacional contempla, y aún de la ley internacional cuando ella haya sido admitida legal y constitucionalmente e incorporada al derecho nacional, pero sin que ello implique el quebrantamiento de los principios que informan y reglan la aplicación del Derecho Penal, entre ellos el de reserva o legalidad que garantiza que solamente la ley puede crear figuras delictivas y determinar sus penas, que los hechos imputados sólo pueden sancionarse como determinados delitos siempre que hayan sido establecidos con anterioridad a la época en que ocurren y que la ley penal al configurar y establecer delitos y penas, debe referirse a los hechos que los constituyen. Fluyen de estas reglas los principios de legalidad, irretroactividad y de tipicidad. Esta reflexión se formula por este disidente, en vista que pareciera que lo perseguido en materias como las que provocaron la presente causa, es que debe imponerse sanción a toda costa, y que quienes quebrantan la ley penal pueden verse expuestos a ser sancionados mediante estatutos diferentes, unos en una forma y otros con normas diversas, con grave quebrantamiento del

principio de igualdad que informa tanto al derecho nacional como al derecho internacional."

En un sentido contrario al de estos fallos el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago del 30 de septiembre de 1994 ya mencionado, valida la aplicación del pacto en cuestión señalando en sus considerandos undécimo y duodécimo respectivamente: "Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se ha incorporado al derecho interno con fecha 29 de abril de 1989, el que en su artículo 5 párrafo 2, establece el deber de los Estados Partes del Pacto de no admitir restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes internas, convenciones, actos administrativos o costumbres, lo que hace inaplicable la prescripción de la acción penal o crímenes graves de guerra o delitos de lesa humanidad que violen derechos humanos esenciales, como son el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, los que se encuentran garantizados por la Constitución y reforzados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 6, párrafo 1 y artículo 7".

"Que si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce la amnistía, esta la circunscribe sólo al ámbito de quienes fueren condenados a muerte, con el objeto de preservar el bien jurídico de mayor valor que es la vida humana. De acuerdo a este razonamiento, no puede ser invocada la amnistía para impedir la sanción de individuos o agentes del Estado que, debiendo proteger y garantizar la vida y la integridad física y psíquica de las personas, hubieren actuado violentando tales derechos. A ello debemos agregar el principio de que las normas jurídicas deben ser interpretadas

en la manera que mejor favorezca a la protección de los derechos, por tanto, las excepciones deben ser siempre consideradas en sentido restrictivo”.

Cabe destacar que este último fallo, además de aplicar el mencionado convenio, se pronuncia en el sentido de dar total aplicación a otro importante instrumento internacional, como es la **Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes**⁵⁴, en su considerando décimo determina: “(...)Así de acuerdo a las disposiciones citadas, no cabe la prescripción de la acción penal ni la amnistía sobre los delitos de tortura, ya que existe la obligación impuesta por el Tratado, que forma parte del ordenamiento jurídico interno, con un valor superior a la ley, que obliga a los órganos del Estado, y especialmente a los tribunales de justicia de respetar y promover los derechos y obligaciones contenidas en el Tratado para el Estado de Chile, quien no puede dejar de investigar ni de ejercer jurisdicción sobre los delitos de tortura que se hayan determinado y en los cuales existen personas individualizadas como autores, cómplices o encubridores del delito analizado, el cual está suficientemente acreditado en los autos, como lo determina el propio juez a quo, en su resolución de fojas setecientos doce y siguientes de fecha diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro”.

- El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (el caso Garay Herмосilla).

El año 1991 en representación de un numeroso grupo de personas afectados por delitos perpetrados durante el

⁵⁴ Esta convención se publica en Chile en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988.

gobierno militar, los cuales fueron amnistiados por los tribunales chilenos haciendo aplicación del Decreto Ley 2.191, se concurrió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizando una denuncia contra el Estado de Chile por violación del derecho a la justicia y por la situación de impunidad en que quedó la detención y desaparición de setenta personas⁵⁵. Nos referimos al caso conocido como **Garay Hermosilla**, donde el mencionado organismo, realiza análisis criticando el Decreto ley 2.191, a su utilización por parte de los tribunales chilenos, y al incumplimiento del Estado de Chile representado por su gobierno de los compromisos internacionales suscritos por éste en relación con la protección de los derechos humanos.

La resolución de la Comisión instituye en sus consideraciones preliminares, respecto de la *legitimidad de origen del Decreto Ley*: "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

⁵⁵ En la denuncia los peticionarios dan cuenta de las gestiones, recursos y trámites judiciales efectuados dentro de la jurisdicción interna de Chile, de la siguiente manera: en agosto de 1978, en representación de varios familiares de estas setenta personas, la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, patrocinó una querrela criminal contra el General de Ejército Manuel Contreras Sepúlveda, Director de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), por la detención y posterior desaparición de estas personas entre los años 1974 y 1976. La querrela se interpuso ante el Juzgado del Crimen competente, por el delito de secuestro agravado, que tipifica el artículo 141 del Código Penal. El Juez a cargo de la investigación inmediatamente se declaró incompetente, sobre la base de que los inculcados en la querrela estaban afectos al fuero militar. La parte querellante apeló dicha resolución ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que confirmó dicha incompetencia. La querrela fue remitida al Segundo Juzgado Militar de Santiago, tribunal que aceptó la competencia, ordenando instruir sumario conforme lo dispone el Código de Justicia Militar. En diciembre de 1989, el Segundo Tribunal Militar de Santiago, a petición del Fiscal Militar General decretó el sobreseimiento definitivo de la causa, en aplicación del D.L. 2.191. En enero de 1990 se presentó un recurso de inaplicabilidad, por inconstitucionalidad del D.L. ante la Corte Suprema. El 24 de agosto de 1990, el Pleno de la Corte Suprema, por unanimidad, decidió rechazar el mencionado recurso y confirmó, en consecuencia, la constitucionalidad del D.L. Los agraviados presentaron ante la misma Corte Suprema un recurso final de aclaración del fallo y solicitaron reposición del mismo. El 28 de septiembre de 1990 la Corte Suprema por unanimidad confirmó su decisión de constitucionalidad del D.L.

o derecho pues no fueron elegidas ni designadas de manera alguna, sino que se instalaron en el poder por la fuerza, después de deponer al gobierno legal, en violación de la Constitución". "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".

La Comisión considera este cuerpo normativo como una *auto amnistía*, lo que la hace reprochable desde un punto de vista jurídico. Señala al respecto: "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". "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”.

Dentro de sus consideraciones generales la Comisión establece que la aplicación del Decreto Ley 2.191, y su falta de derogación por el Estado de Chile importan *denegación de justicia*: “ En consecuencia, el Estado chileno por órgano de su Poder Legislativo, es responsable por la no adecuación o derogación del Decreto-Ley de facto No. 2191 del 19-4-78, lo cual resulta violatorio de las obligaciones asumidas por dicho Estado, de adecuar sus normas a los preceptos de la Convención (refiriéndose a la Convención Americana de Derechos Humanos), con lo que se violó sus artículos 1.1 y 2”

Además de anterior la Comisión señala que el Decreto Ley 2.191 es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos en los siguientes aspectos:

- *La violación del derecho a las garantías judiciales* (artículo 8): “En Chile la posibilidad de iniciar una acción civil no está necesariamente vinculada al resultado del procedimiento criminal. A pesar de ello la demanda civil debe ser interpuesta en contra de una persona determinada para que se pueda establecer la responsabilidad por los hechos alegados y determinar el pago de las indemnizaciones. La falta de investigación por parte del Estado hizo virtualmente imposible establecer la responsabilidad ante los tribunales civiles. No obstante que la Corte Suprema subrayó el hecho que los procedimientos civiles y penales son independientes, la manera como la amnistía fue aplicada por los tribunales claramente afectó el derecho de obtener reparación en los tribunales civiles, ante la imposibilidad de individualizar o identificar a los responsables”.

El referido artículo 8 de la Convención dispone, refiriéndose a las Garantías Judiciales que;

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

- *La violación al derecho de la protección judicial (artículo 25):* "La auto amnistía fue un procedimiento general por el cual el Estado renunció a sancionar ciertos delitos graves. Además, el decreto, de la manera como fue aplicado por los tribunales chilenos, impidió no solamente la posibilidad de sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino también aseguró que ninguna acusación fuera hecha y que no se conocieran los nombres de sus responsables (beneficiarios) de forma que, legalmente, éstos han sido considerados como si no hubieran cometido acto ilegal alguno. El Decreto ley de amnistía dio lugar a una ineficacia jurídica de los delitos, y dejó a las víctimas y a sus familias sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiesen identificar a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura militar, e imponerles los castigos correspondientes".

El artículo 25 de la Convención, refiriéndose a la Protección Judicial señala que;

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

- *El incumplimiento de la obligación de investigar:* "El reconocimiento de responsabilidad realizado por el Gobierno, (haciendo referencia a la labor realizada por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación) la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones no son, por sí mismas, suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. Según lo dispuesto en el artículo 1.1 de ésta, el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación".

- *La responsabilidad internacional del Estado:* "El Estado chileno no puede justificar, desde la perspectiva del Derecho internacional, el incumplimiento de la Convención alegando que la auto amnistía fue decretada por el gobierno anterior o que la abstención y omisión del Poder Legislativo de derogar dicho Decreto-Ley, o que los actos del Poder Judicial que confirman su aplicación, nada tienen que ver con la posición y responsabilidad del Gobierno democrático, ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 27 que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." "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".

No puede desconocerse entonces, la total condena que realiza la Comisión del decreto que venimos comentando, coincidiendo totalmente con las críticas que desde mucho antes venían haciéndose por los abogados de las víctimas de

violaciones a los derechos humanos y organismos de defensa de éstos en Chile⁵⁶

- La actual visión sostenida por la Presidenta del Consejo de Defensa del Estado doña Clara Szczaranski Cerda⁵⁷ respecto de la aplicación del Decreto Ley 2.191.

En el año 2003 en el documento titulado "El Perdón Social"⁵⁸, la Presidenta del Consejo de Defensa del Estado

⁵⁶ En definitiva la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluye: "Con fundamento en las consideraciones formuladas en el presente Informe, la Comisión llega a las siguientes conclusiones":

"Que el acto de poder mediante el cual el régimen militar que se instaló en Chile, dictó en 1978, el denominado Decreto-Ley No. 2.191 de auto-amnistía, es incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ese Estado el 21 de agosto de 1990".

"Que la sentencia de la Corte Suprema de Chile, dictada el 28 de agosto de 1990 y su confirmatoria de 28 de septiembre del mismo año, que declara constitucional y de aplicación obligatoria por el Poder Judicial el citado "Decreto-Ley" No. 2191, cuando ya había entrado en vigor para Chile la Convención Americana sobre Derechos Humanos, viola lo dispuesto por los artículos 1.1 y 2 de la misma".

"Que las decisiones judiciales de sobreseimiento definitivo dictadas en las causas criminales abiertas por la detención y desaparición de las 70 personas a cuyo nombre se inició el presente caso, no sólo agravan la situación de impunidad, sino que, en definitiva, violan el derecho a la justicia que les asiste a los familiares de las víctimas, de identificar a sus autores y de que se establezcan sus responsabilidades y sanciones correspondientes, y obtener reparación judicial por parte de éstos".

"Que respecto de las 70 personas en cuyo nombre se promueve el presente caso, el Estado de Chile ha dejado de cumplir con su obligación de reconocer y garantizar los derechos contenidos en los artículos 8 y 25, en conexión con los artículos 1.1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Chile es Estado parte".

"Que el Estado de Chile no ha dado cumplimiento a las normas contenidas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de que no ha adaptado su legislación sobre amnistía a las disposiciones de dicha Convención. Sin perjuicio de ello, la Comisión valora positivamente las iniciativas del Gobierno tendientes a que, por los órganos competentes, adopten con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivo el derecho de las mencionadas personas a obtener justicia".

⁵⁷ Doña Clara Szczaranski, se mantuvo en el cargo de Presidenta del CDE, hasta el 30 de noviembre del año 2005.

⁵⁸ **Clara Szczaranski Cerda.** "El Perdón Social", Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N°10, diciembre 2003 (versión electrónica)

doña Clara Szczaranski **abogó por la legitimidad y necesidad de dar aplicación a este decreto de amnistía.** En su exposición, la autora se hace cargo de aquellos fundamentos que se han venido señalando sobre la ilegitimidad del decreto, y de la necesidad de su derogación.

Hemos señalado ya, que una de los primordiales reparos que se han hecho al Decreto Ley 2.191, es haberse originado en un gobierno de facto, al respecto la autora señala: " si bien la amnistía que nos ocupa surge de un poder de hecho, cabe tener presente que todo nuestro ordenamiento positivo actual presenta como vértice la Constitución Política elaborada por la misma dictadura militar, y sobre esta 'institucionalidad' de muy dudosa legalidad y legitimidad, se restableció en Chile el imperio del Estado de Derecho, se eligieron los actuales poderes del Estado y se regulan hasta hoy, diversas materias por 'leyes' de idéntica génesis a la llamada de amnistía (...) ¿Es legítimo sustraer sólo una norma de este todo dejando las demás 'vigentes'? . Creo que el país aceptó mayoritariamente la vigencia de las normas emanadas de la dictadura militar (...)"⁵⁹.

El punto más comentado de este documento y que ha sido más debatible, es aquel donde su autora clasifica al decreto comentado como uno que concede un tipo de amnistía específica. La presidenta del CDE sostiene que el Decreto Ley 2.191 debe clasificarse como uno que concede el tipo de amnistía *Impropia*, que es aquella que tiene lugar una vez dictada una sentencia en un proceso criminal, y cuyo efecto será el de extinguir la pena impuesta en ese proceso. Señala

obtenida en la página web del Consejo de Defensa del Estado, www.cde.cl, 28/09/05).

⁵⁹ Clara Szczaranski Cerda. Op. Cit., Pág. 4.

la autora en el mencionado artículo que este cuerpo legal "no se refiere a hechos, sino a personas", desde que en su artículo primero dispone: *Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos...*, de ello se desprendería que la disposición exige la determinación como sujetos de culpables respecto de un ilícito penal específico en calidad de autores, cómplices o encubridores.

Doña Clara Szczeranski deduce de ello que en vista de que el grado de participación en un delito solo puede determinarse una vez que se ha agotado el proceso penal respectivo mediante una sentencia ejecutoriada, estaríamos frente a una amnistía impropia que exime de la pena al condenado sin extinguir la acción penal.

Con esta aseveración se trata de otorgar validez al Decreto Ley señalando que su aplicación por los Tribunales no significaría denegación de justicia como lo han sostenido unánimemente las organizaciones de defensa de los Derechos Humanos, ya que al tratarse de una amnistía impropia supuestamente el estado estaría cumpliendo sus compromisos internacionales y su deber de otorgar justicia.

Para la presidenta del CDE las obligaciones de juzgar y sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos, no serían incumplidas por Chile mediante la aplicación del Decreto Ley, porque la calidad de amnistía impropia del decreto obliga a los tribunales a *investigar, juzgar e incluso sancionar* a los infractores. Ello sería así para la autora, en razón de que desde su perspectiva basta con la "determinación exacta de la *sanción jurídica* aplicable

a cada culpable", sin necesidad de *ejecutar efectivamente* la pena.

Distingue la autora los conceptos de impunidad e impunidad como cosas distintas: "(...) otorgar o hacer justicia penal, es determinar en un debido proceso la responsabilidad culpable de un acusado respecto de hechos esclarecidos, y asignarles la sanción jurídica legalmente pertinente. Esto es algo completamente distinto del cumplimiento efectivo o ejecución de la pena(...)"⁶⁰

Para reforzar el planteamiento anterior Doña Clara Szczaranski señala que la sanción penal, es decir, el castigo es un término de naturaleza jurídico penal y no de naturaleza fáctica, significando ello que la asignación judicial de una pena específica a un culpable en su condena es un *castigo jurídico*, independientemente de la eventual remisión o beneficio al que pueda, legalmente, dar lugar. La sanción penal al ser "jurídica" se produce al momento mismo de la condena y de la determinación específica de la pena aplicable al sujeto acusado. Esta opinión sería incluso avalada por convenios internacionales, como los Convenios de Ginebra que prescriben que "las altas partes contratantes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas para *fixar las adecuadas* sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves a los Convenios", para la autora fijar sanciones penales es diametralmente distinto de ejecutar penas.

⁶⁰Clara Szczaranski Cerda. Op. Cit., Pág. 3.

A pesar de lo antedicho Doña Clara Szczaranski, comentando las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre este cuerpo legal, señala que los organismos defensores de los derechos humanos al levantar sus críticas no han tomado en consideración el que se trata -en el caso del decreto en comento- de una amnistía impropia, pero al mismo tiempo reconoce que: "Lo que si es cierto -y ha creado un campo propicio para tales erradas conclusiones internacionales- es que la amnistía impropia en Chile ha sido, en la práctica de nuestros tribunales (por fortuna no obligatoria), mal aplicada, confundiéndola muchas veces con una amnistía propia y dando en consecuencia por extinguida la acción penal en diversos casos. Con esta errada convicción algunos jueces han impedido la apertura misma de los procesos, en un primer período, o los han cerrado prematuramente, en una segunda etapa de la praxis del Decreto ley 2191, bastándoles acreditar la sola fecha de los hechos"⁶¹.

Según hemos analizado anteriormente, nuestros tribunales durante años cerraron sistemáticamente procesos por violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado, haciendo aplicación del Decreto Ley 2.191 sin llegar a pronunciarse siquiera sobre la culpabilidad de sus autores, y mucho menos señalando la pena aplicable al caso.

Otro motivo por el cual la autora opina que sería innecesaria la ejecución misma de la sanción pena, sería la imposibilidad de que hubiese reincidencia de los autores de estos hechos. Hacia el final de su exposición, refiriéndose a

⁶¹ Clara Szczaranski Cerda. Op. Cit., Pág. 10.

las finalidades de la pena, se señala: "Excluida por razones de principio de respeto al ser humano, la pena como prevención general que instrumentaliza a personas para amedrentar a otras debe también coincidir, en cuanto a la prevención especial, en la inexistente peligrosidad, como reincidentes, de los condenados por estos crímenes, actores de un contexto que ya no existe e inmersos, hoy, en el Estado de Derecho democrático vigente en Chile".⁶²

Conforme vimos, la función de los Convenios de Ginebra en relación con el decreto en comento, ha sido discutida. Doña Clara Szczeranski se declara abiertamente como opositora a darle aplicación de estos Convenios, por considerar en primer lugar que no existió una guerra del modo en que se determina en éstos: "Los cuatro Convenios de Ginebra se refieren a las guerras entre los Estados y sólo el artículo 3º, común de esos Convenios, y el Protocolo Adicional N° II de 1977 (siendo este último no pertinente por su fecha con los alcances del Decreto Ley sobre Amnistía)⁶³ se refieren se refieren a conflictos armados dentro del territorio de una Alta Parte Contratante, esto es de un Estado. El Protocolo II precisa en su artículo 1º que se aplicará a los conflictos armados que se desarrollen en el territorio de un Estado *entre Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados, que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.* Agrega, además,

⁶² Clara Szczeranski Cerda. Op. Cit., Pág. 15.

⁶³ Este Protocolo rige en Chile desde la fecha de su publicación, realizada en el año 1991.

que el Protocolo no es aplicable a *tensiones internas y disturbios interiores, tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia, y otro análogos que no son conflictos armados*".

Agrega también que; "Esta precisión del Protocolo que, como veremos, complementa e interpreta los Convenios y el referido artículo 3º común sin constituir nueva normativa, excluye los hechos sucedidos en Chile entre 1973 y 1978 de su aplicación, en cuanto ninguna fuerza con dominio de parte del territorio nacional y con mando responsable capaz de asumir por su parte las obligaciones de Ginebra se enfrentó a la ocupación del país por las Fuerzas Armadas de Chile. Los hechos de violencia se llevaron a cabo en el marco de una guerra unilateral de ocupación a la cual resistieron diversos grupos, cada uno celular o pequeño, y personas aisladas. Lo dicho reitero, no obsta a que, por definición arbitraria del mando, los miembros de las Fuerzas Armadas debieran actuar como si se estuviese en guerra, cuestión no solo ordenada por los mandos sino también apoyada por el total manejo comunicacional que tuvo él gobierno militar sobre la opinión pública del país"⁶⁴

Haciéndose cargo de otra de los grandes reparos hechos al decreto comentado -en cuanto este establecería una autoamnistía-, la Sra. Szczaranski expone que al tratarse en el caso de una amnistía de carácter impropio que solamente excluiría la aplicación efectiva de la pena, pero no el proceso ni la condena "la amnistía decretada en Chile no es de aquellas que el hechor aplica a aplica a sí mismo

⁶⁴ Clara Szczaranski Cerda. Op. Cit., Pág. 6.

excluyendo la función jurisdiccional posterior. No importa, por lo mismo 'amnesia', al no extinguir la acción penal ni cercenarla".⁶⁵

En el mismo sentido, la autora argumenta que en aquellos casos que caigan dentro de las hipótesis que contempla el Decreto Ley, son los tribunales actuales quienes deberán "determinar" las penas aplicables, dentro de un clima de completa normalidad constitucional. No se trataría en el caso de una aplicación de la amnistía por los mismos culpables de las violaciones a los Derechos Humanos: "la amnistía decretada en Chile involucra condenas impuestas por un tercero, distinto de quien dictó la amnistía y distinto de los mismos infractores: el Poder Judicial del nuevo Estado y, ello, en nuestro concepto, impide considerar como autoamnistía o autoexoneración la amnistía impropia dictada en nuestro país. Por lo demás el texto expreso del Decreto Ley de amnistía dictado en Chile permite su aplicación, y se aplicó, a personas de distintas ideologías, contrarias al gobierno militar. Claro está, estos beneficiados de oposición al régimen fueron menos"⁶⁶.

A este respecto podemos citar el informe titulado *Sobre la Impunidad en Chile*, elaborado por el CODEPU⁶⁷ donde se señalan cifras de los civiles beneficiados por este Decreto Ley, respecto de los cuales cabe preguntarse cuál fue el real beneficio por ellos experimentado: "Con motivo de la

⁶⁵ Clara Szczaranski Cerda. Op. Cit., Pág. 7.

⁶⁶ Clara Szczaranski Cerda. Op. Cit., Pág. 7 y 8.

⁶⁷ Informe elaborado por CODEPU "Sobre la Impunidad en Chile", www.derechos.org, 18/11/05.

dictación de este D.L recobraron su libertad 84 personas, la gran mayoría de ellas condenadas o procesadas por Tribunales Militares de Tiempo de Guerra, quienes soportaron largos años de prisión y con absoluta carencia de toda garantía judicial en procesos llevados ante este tipo de tribunales. Debieron soportar largos períodos de incomunicación y todo tipo de apremios ilegítimos y torturas. A los pocos días de dictado el D.L la dictadura se dispuso a expulsarlos del país, mediante el Decreto 389 del 5 de mayo de 1978. Medida que se dejó posteriormente sin efecto; sin embargo, se hicieron todos los esfuerzos para forzarlos a dejar el país. Una vez en el extranjero, todos ellos fueron objeto de decretos que les prohibieron el regreso al país hasta la segunda mitad de los años 80 y algunos recién al término del régimen militar.

Se les aplicó también a otras 59 personas que habían sido condenadas sumariamente por Consejos de Guerra a muerte, siendo ejecutadas; y a los casos de otras 101 personas que se les ejecuto por aplicación de la "ley de fuga". En la gran mayoría de estos casos sus restos fueron ocultados y aun no son entregados a sus familiares.

Otras 1.180 personas que antes de 1978 habían sido condenadas por Tribunales Militares de Tiempo de Guerra y cuyas penas habían sido a esa época conmutadas por el extrañamiento, por efectos de éste D.L ellas debían ser beneficiadas pudiendo volver al país. Sin embargo, respecto de todos ellos se dictaron los correspondientes decretos de prohibición de ingreso a la patria indefinidamente.

Se les aplicó, además el decreto de ley a 1.009 detenidos desaparecidos cuya suerte se desconoce".

Otro aspecto analizado por la autora es el del reconocimiento universal de las garantías del infractor -se entiende en este caso de aquellos que cometieron diversas violaciones a los Derechos Humanos, y que estarían siendo beneficiados por el Decreto Ley-. Se refiere aquí fundamentalmente al reconocimiento de ciertas garantías procesales que benefician a todo aquel individuo que es objeto de una persecución penal, como son el principio de legalidad, el principio de la irretroactividad de la ley penal y el principio *pro reo*, todos ellos entrelazados por el derecho a la igualdad.

Explica la Sra. Szczeranski que los derechos modernamente reconocidos como Derechos humanos fueron precedidos por unos de carácter fundante, legado de las revoluciones francesa y americana. Entre ellos se consagran los derechos de los procesados y condenados.

Los mencionados derechos, por otro lado, se encuentran también reconocidos por los diversos tratados internacionales que protegen los Derechos Humanos, y que comienzan históricamente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 1948, teniendo su símil americano en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año.

El Estatuto de Roma de 1998 reconoce las garantías indiscutidas de un justo proceso, como son: la presunción de inocencia, el derecho a defensa, el derecho a los recursos, la irretroactividad de las normas penales, y el principio *pro reo e indubio pro reo*. "Las normas así incorporadas al derecho estatal chileno por el artículo 5° de la Constitución

Política complementan las garantías procesales y legales consagradas en nuestro ordenamiento jurídico y, en ningún caso, pueden implicar una merma en los derechos humanos de nuestros conciudadanos militares, y puesto que, esos derechos, y como hemos venido diciendo, se suman por los avances del Derecho Humanitario y los avances de la ciencia y el Derecho Penal⁶⁸".

Para la autora los derechos fundamentales que se han asentado modernamente van sumándose a los fundantes, en los cuales se incluyen las garantías procesales penales mencionadas. Nos referimos aquí en primer lugar a la **irretroactividad de la ley penal**, el cual al ser desconocido implicaría también desconocer principios y normas internacionales y de nuestro derecho interno. Se refuerza este fundamento con lo indicado por la *Corte Suprema* resolviendo sobre la compatibilidad del Decreto Ley de amnistía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el ya comentado fallo dictado el 24 de agosto de 1990, donde *declaró que no existía incompatibilidad con la mencionada normativa internacional*, en cuanto esta comenzó a regir en nuestro país con posterioridad a los hechos que son alcanzados por el decreto Ley 2.191. La Corte además en este caso agrega que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, establece en su artículo 28 que las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni a ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir.

⁶⁸ Clara Szczaranski Cerda. Op. Cit., Pág. 12.

En lo que respecta al **principio pro reo** que en el caso iría a favor de los culpables de violaciones a los Derechos Humanos, La Sra. Szczaranski advierte: "el principio pro reo no puede ser soslayado por acuerdos o tratados posteriores a la vigencia del Decreto Ley 2.191 de 1978, y no sólo por razones de irretroactividad. La originalmente ilegítima ley de amnistía, pero vigente desde 1978, tiene vida propia, específica, incluso más allá de una eventual derogación por normas nacionales o internacionales vigentes en Chile con posterioridad ella. Lo dicho, atendida la ultractividad que le confiere, como ley intermedia, el principio pro reo. Este principio es indiscutido en la ley y la do

ctrina nacional e internacional. En efecto, las declaraciones y pactos sobre garantías humanas de los últimos siglos, mencionadas precedentemente, lo reconocen e manera explícita".⁶⁹

En definitiva la autora concluye que en la actual y progresiva inquietud que existe sobre las garantías fundamentales asentadas modernamente se han desconocido derechos consagrados anteriormente. Señala como ejemplo de una norma de carácter internacional que arrasaría con estas garantías pretéritas el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que el principio de irretroactividad de la ley penal no se opone al *juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*. Esta norma prescindiría de del principio de

⁶⁹ Clara Szczaranski Cerda. Op. Cit., Pág. 12.

irretroactividad de la ley penal, el principio pro reo y el de legalidad de las penas.

Resultaría entonces que las modernas garantías han sido incorrectamente elevadas a un plano de superioridad respecto de los derechos de los procesados, lo que constituiría una postura sesgada y que subyuga a determinados derechos a favor de otros.

Esta tendencia ideológica e incluso afectiva según Clara Szczeranski, y no exenta de matices políticos, no debería influir en el ámbito judicial monopolizado por el Estado, a éste le correspondería aplicar sin más la normativa vigente y respetar el principio de igualdad jurídica por odiosos que sean los crímenes.

Insistiendo en la tesis de la amnistía impropia la autora señala que una aplicación efectiva de la pena en estos casos (entendiéndose por esto la ejecución misma de la pena), "lejos de obtener sus fines, tal vez, complotaría contra los mismos, disociando en *ghettos* a los sujetos que aspiramos resocializar".⁷⁰ La interpretación de la amnistía que nos ocupa como una de carácter impropio solucionaría las necesidades de justicia del Estado, de las víctimas y de los infractores.

En resumen, en opinión de Clara Szczeranski la aplicación del Decreto Ley de amnistía -siempre como una de tipo impropio-, tendría las siguientes connotaciones positivas:⁷¹

⁷⁰ Clara Szczeranski Cerda. Op. Cit., Pág. 13.

⁷¹ Clara Szczeranski Cerda. Op. Cit., Pág. 16.

- ♦ No significa denegación de justicia.
- ♦ Exige un debido proceso.
- ♦ Determina las exactas responsabilidades penales de cada infractor y la pena que le es aplicable en derecho.
- ♦ Resguarda las garantías humanas, constitucionales y universales de los imputados, procesados y condenados.
- ♦ Modifica sólo la ejecución de las penas determinando su exención para condenados que cumplen los requisitos legales.
- ♦ No interfiere con tratados internacionales de derechos humanos.
- ♦ No lesiona ningún derecho humano.

Cabe destacar que al momento de publicado este artículo, no dejó de causar una profunda polémica entre los defensores de los Derechos Humanos, quienes vieron a ésta como una postura inaceptable.

EL INDULTO

CONCEPTO

Algunas de las definiciones que se han dado de este instituto son las siguientes:

Para el jurista Eduardo Novoa el indulto se define como "aquel perdón proveniente del Estado, que exime al beneficiado del cumplimiento de la pena a que hubiere sido condenado, sin por ello ser borrado el delito ni sus efectos penales ni extrapenales"⁷². Esta definición apunta al indulto propiamente como una causal de la extinción de la responsabilidad penal.

Enrique Cury señala: "es un instrumento de política criminal, valiéndose del cual el jefe de Estado o el legislador, en su caso, conceden una excusa absolutoria de efectos restringidos a quien ha sido declarado criminalmente responsable de uno o más delitos"⁷³.

La institución del indulto es la moderna supervivencia del derecho de gracia del soberano, como lo señala el profesor Alfredo Etcheberry.⁷⁴ Desde siempre se ha concebido como una prerrogativa del soberano útil para liberar a quienes han cometido delito, en aquella época en que el poder total se concentraba en sus manos, confundiéndose la facultad de gobernar con la de juzgar.

Siguiendo al autor Vargas Vivancos⁷⁵, encontramos que en el imperio romano inicialmente el indulto fue concebido como una facultad del pueblo en los comicios, es la llamada *provocatio ad populum*. En la época de Augusto el indulto se

⁷² **Eduardo Novoa Monreal**. Citado por **Juan Enrique Vargas Vivancos**, Op. Cit. Pág., 55.

⁷³ **Enrique Cury Urzúa**. Op. Cit., Pág. 423.

⁷⁴ **Alfredo Etcheberry** (2). Op. Cit. Pág. 251.

⁷⁵ **Juan Enrique Vargas Vivancos**. Op. Cit., Pág., 56 y siguientes.

transforma en la *indulgentia principis*, vinculándose entonces al ejercicio del poder supremo.

Durante la Edad Media el uso del indulto se generaliza llegando incluso al abuso de la institución, pasando a ser empleado por todos los titulares del poder político.

Ya en la época moderna esta facultad pasa a asentarse definitivamente en manos de quien detenta el poder absoluto, es decir, el Rey. Así sucede en el Derecho Español, donde tradicionalmente se otorgó esta facultad al soberano.

En Francia -donde el indulto fue ampliamente usado por los monarcas-, se abolió por la Asamblea Nacional Constituyente de 1791, no obstante ello esta institución fue posteriormente reestablecida por el Senado Consulto Orgánico.

En nuestro país el indulto -recogido de la antigua legislación peninsular-, ha sido tradicionalmente una facultad del gobernante. Inicialmente en las Constituciones de 1818 y 1822, la facultad recayó únicamente en el Director Supremo, para luego requerir el acuerdo del Senado (Constitución de 1823). En la Carta de 1828 la facultad de indultar es entregada al Congreso, para volver en la Constitución de 1833 a manos del ejecutivo -para ese entonces la Presidente de la República-, con acuerdo del Consejo de Estado.

La Constitución de 1980, tal como lo hace su predecesora de 1925, distingue entre indultos particulares, cuyo otorgamiento es facultad del Presidente de la República, e indultos generales que son materia de ley.

FINES DEL INDULTO.

La consagración del indulto en materia penal no ha estado exenta de controversias, la primera de ellas dice relación con el origen mismo de esta institución, que se mezcla con la función jurisdiccional.

Actualmente el indulto aún pervive en las naciones democráticas, que han hecho suya la teoría de la separación de los poderes del Estado. Para cierta doctrina el indulto no hace sino lacerar la independencia del Poder Judicial, y la irrevocabilidad de sus decisiones.

La doctrina que defiende la existencia de este instituto ha señalado varios argumentos que avalan su aplicación. Se ha dicho que es una institución que al igual que la amnistía propendería al logro de la paz social, transformándose también en un conveniente instrumento de política criminal. En este orden de ideas, Enrique Cury nos dice: "Sin embargo (refiriéndose a las críticas de que ha sido objeto esta institución), la realidad demuestra que el indulto bien empleado constituye también un recurso valioso de política criminal, cuyo ejercicio puede eventualmente ser objeto de alguna regulación para evitar abusos o conflictos de poderes, pero al cual parece indeseable suprimir o limitar en exceso".⁷⁶

⁷⁶ Enrique Cury Urzúa. Op. Cit., Pág. 423.

En respuesta a estas consideraciones, se ha señalado que el indulto particular al tener un carácter personal, ya que beneficia a individuos determinados no puede ser aplicado para obtener un beneficio social. En tanto que los efectos de la amnistía, por su mayor amplitud, cumple mejor esos objetivos que el indulto general.

Otro argumento que ha servido par justificar la aplicación del indulto, es el beneficio que éste podría importar como medio de atenuar la aplicación de una ley muy severa en determinados casos, para Vargas Vivancos este argumento tampoco puede aceptarse, ya que si se estima que una norma es demasiado severa el camino a seguir sería derogarla, u otorgar al juez un amplio campo de libertad en que pueda moverse al aplicar la pena.

También se ha señalado a favor del indulto que éste es un medio adecuado para corregir errores judiciales, no obstante podemos decir que dentro del mismo ámbito jurisdiccional, pueden presentarse soluciones satisfactorias a este eventual problema, como por ejemplo los de casación y de revisión que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

Por último se han esgrimido a favor de la aplicación de este instituto, sus facultades para conseguir la enmienda del condenado que ha demostrado tener buena conducta, y el ser un medio idóneo para atenuar la aplicación de la pena de muerte. Basta con señalar al respecto que sin duda existen medios más idóneos para lograr la real rehabilitación del delincuente, y al restante argumento que el camino ha seguir debe ser la abolición de la pena de muerte, como de hecho ha sucedido en nuestro país.

CONSAGRACIÓN POSITIVA DEL INDULTO.

i. Constitución Política de la República.

El indulto particular se consagra en la Carta Fundamental como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, en su artículo 32 N°14 ⁷⁷: *"Son atribuciones especiales del Presidente de la República: N°14 Otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la cámara de diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso"*.

También refiriéndose al indulto particular, el artículo 9 de la Constitución en su inciso tercero dispone: *"Los delitos a que se refiere el inciso anterior (conductas terroristas) serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo"*.

Una interesante observación realiza a este respecto don Rodrigo Lledó Vásquez: *"la única limitación existente en la Constitución de 1980 se refiere a los delitos terroristas, los que no pueden ser objeto de indultos"*

⁷⁷ Con anterioridad a la modificación de la Constitución publicada del mes de septiembre del año 2005, esta disposición se encontraba ubicada en el artículo 32 N°16 de la C.P.R.

particulares. La Constitución declara que: <<El terrorismo en cualquiera de sus formas es por esencia contrario a los derechos humanos>>. Pese a que la disposición adolece de un serio error técnico ella nos da pie a concluir que los derechos humanos son de tal importancia para las bases de nuestra institucionalidad, que la facultad de indultar se encuentra limitada por estos derechos. Ello es absolutamente concordante con el artículo 5 inciso segundo, que señala como límites de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y la amnistía y el indulto, son manifestaciones de la soberanía (...) Concordantemente, no es posible sostener que se puedan amnistiar o indultar delitos que implican directamente una violación a los derechos fundamentales, pues, tales actos soberanos, son inconstitucionales".⁷⁸

Respecto de los indultos generales, nuestra Carta Fundamental en su actual artículo 63 N°16 ⁷⁹ señala: "*Sólo son materias de ley: las que concedan indultos generales y amnistías y las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos especiales y pensiones de gracia. Las leyes que concedan indultos generales y amnistías serán siempre de quórum calificado. No obstante, este quórum será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9*".

⁷⁸ **Rodrigo Lledó Vásquez.** "Derecho Penal Internacional", Editorial Congreso, 2000, Pág. 116.

⁷⁹ Disposición antiguamente ubicada en el artículo 60 N°16 de la C.P.R.

Por su parte se preceptúa en el artículo 65⁸⁰ inciso segundo: "(...) *Las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales sólo pueden tener origen en el Senado*".

ii. Código Penal.

En su artículo 93 N°4 se consagra al indulto entre las causales de extinción de la responsabilidad penal: "*La responsabilidad penal se extingue: Por indulto. La gracia del indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determine las leyes*".

Como puede apreciarse este artículo señala también los efectos del indulto, y los tipos de éste.

Refiriéndose también a los alcances del indulto los artículos 43 y 44 del mencionado cuerpo legal, disponen respectivamente:

"Cuando la inhabilitación para cargos y oficios públicos y profesiones titulares es pena accesoria, no la comprende el indulto de la pena principal, a menos que expresamente se haga extensivo a ella".

"El indulto de la pena de inhabilitación perpetua o temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares, repone al penado en el ejercicio de estas últimas, pero no en los honores, cargos, empleos u oficios

⁸⁰ Disposición antiguamente ubicada en el artículo 62 inciso segundo de la C.P.R.

de que se le hubiere privado. El mismo efecto produce el cumplimiento de la condena a inhabilitación temporal".

iii. Ley 18.050. de 1981.

Esta ley regula la manera en que deben ser concedidos los indultos particulares por parte del Presidente de la República, dando cumplimiento al mandato Constitucional contenido en el artículo 63 N°16 de la Carta Fundamental, que señala que tal materia debe ser reglada por medio de una ley.

En términos generales, debemos decir que esta ley hace referencia a los siguientes aspectos:

- ⇒ Reitera que la facultad de indultar pertenece al Presidente de la República, con la limitación antes señalada respecto de los delitos terroristas (artículo 1°).
- ⇒ Señala cuales son los requisitos para la aplicación de los indultos particulares, siendo el de mayor relevancia aquel que exige que se haya dictado sentencia ejecutoriada en el proceso respectivo. Esta situación deberá ser acreditada, acompañándose por el condenado copias de la sentencia respectiva en la forma que la ley señala (artículo 3°).
- ⇒ El artículo 4° establece los requisitos que debe cumplir el condenado para ser beneficiado por el indulto. Entre otros se establece que el peticionario debe estar actualmente cumpliendo su condena, no puede solicitarse por delincuentes habituales o anteriormente indultados, debe haberse ejecutado efectivamente la pena (en términos generales con más de la mitad de ella), si se hubiere formulado anteriormente una petición de indulto debe haber transcurrido a lo menos un año desde la fecha del decreto que resolvió esa petición.

⇒ Respecto de los requisitos antes mencionados, preceptúa la ley que el Presidente de la República mediante decreto fundado y en casos calificados podrá prescindir de ellos, siempre que el beneficiario se encuentre condenado por sentencia ejecutoriada, y no se trate de delitos terroristas (artículo 6°).

CARACTERÍSTICAS DEL INDULTO.

- ◇ El indulto constituye una gracia, es decir, puede ser concedido de manera arbitraria por su titular, y sin necesidad de expresión de causa por parte de éste.
- ◇ El indulto constituirá siempre una auténtica causal de extinción de la responsabilidad penal, ya que operará únicamente cuando dicha responsabilidad se encuentre establecida.⁸¹

- ◇ El indulto -a diferencia de la amnistía que debe ser siempre general-, en su otorgamiento atiende principalmente a la persona del beneficiado (cuando se trata del indulto particular. Desde esta perspectiva "el indulto no importa una reevaluación de los hechos, los cuales siguen considerándose ética y socialmente reprobables, también las circunstancias en que se ejecutaron; representa solo un acto de comprensión y benevolencia a la personalidad del autor, sus condiciones de vida, sus motivos, sus peculiaridades caracterológicas, etc."⁸²
- ◇ En principio, y en contraste con la amnistía, que como vimos debe otorgarse respecto de los llamados delitos políticos, el indulto procede respecto de todo tipo de delitos. No obstante nuestra Constitución impone una importante limitación, señalando en su artículo 9° inciso tercero: *"Los delitos a que se refiere el inciso anterior (delitos terroristas) serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto*

⁸¹ La oportunidad procesal en que puede operar el indulto ha sido un punto discutido por la doctrina, este tema se analizará con mayor profundidad conjuntamente con los efectos de esta institución.

⁸² **Enrique Cury Urzúa.** Op. Cit., Pág. 424.

particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo."⁸³

Por otro lado, y basándonos en el actual artículo 17 de la Carta Fundamental, podemos deducir que no podrá indultarse (mediante indulto particular), la pena de privación de derechos políticos referida a delitos que la ley califique como conductas terroristas y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.

Respecto de los "juicios políticos", la Constitución dispone en su artículo 32 N°14, que "(...) los funcionarios acusados por la cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso"⁸⁴. He aquí entonces, una nueva limitación impuesta al indulto particular que puede otorgar el Presidente de la República. Por lo tanto los funcionarios que han sido condenados en un juicio político, solamente pueden beneficiarse de un indulto general.

- ◊ Como última característica de este instituto cabe señalar que, todo ciudadano que pueda eventualmente beneficiarse del indulto tiene el derecho de solicitarlo, ejercitando el derecho constitucional de petición, garantizado en el artículo 19 N°14 de la Constitución Política.

CLASIFICACIÓN DEL INDULTO.

⁸³ Hasta el año 1991, se prohibía también conceder la amnistía respecto de este tipo de delitos.

⁸⁴ Esta norma aparecía antes ubicada en el artículo 32 N°16 de la Constitución.

Para comenzar, atendiendo a su origen, es decir, a la autoridad de quien emana, y al número de beneficiados por el indulto, este puede clasificarse en particular y general.

El indulto **particular**, es aquel que corresponde otorgar al Presidente de la República como una de sus atribuciones especiales, así lo dispone la Constitución Política en su artículo 32 N°14. por tanto el indulto particular se materializará con la dictación de un Decreto Supremo por parte de la antedicha autoridad.

Por otra parte el indulto particular beneficiará a uno o más individuos, nominativamente señalados, y será otorgado en la forma que determine la ley.

Actualmente la ley que regula esta materia es la N°18.050. dicha ley establece cuales son los requisitos para que proceda el indulto. En general podemos decir que: éste solo puede ser impetrado por el condenado una vez dictada la correspondiente sentencia ejecutoriada en el proceso respectivo, se exige también que el condenado se encuentre cumpliendo su pena, y en ciertos casos se exige que haya cumplido con determinada parte de la pena impuesta. Esta solicitud de indulto debe tramitarse ante la autoridad penitenciaria, administrativa y política.

El indulto **general**, es aquel que debe ser concedido mediante una ley, como lo dispone el artículo 63 N°16 de la Constitución Política, al igual que como ocurre con la amnistía, la ley que conceda un indulto general deberá originarse en el Senado, así lo dispone el artículo 65 inciso segundo de la Carta Fundamental.

El indulto general se asemeja bastante a la amnistía, en cuanto ambos beneficiarán a un número indeterminado de personas que caigan en la hipótesis que prevea el legislador, como señala Vargas Vivancos, el indulto general a semejanza de la amnistía tiene un carácter objetivo. Ello, para este autor en realidad desvirtuaría su esencia, ya que no se cumplirían los objetivos del indulto como medio para reparar errores judiciales, favorecer la rehabilitación del delincuente, o suavizar la aplicación de una ley en un caso concreto. Estos fines sólo pueden ser cumplidos por el indulto particular.⁸⁵

Para cierta doctrina además de la diferencia en cuanto a la manera en que se generan ambos tipos de indultos, no hay mayor diferencia entre una clase y otro. "Al parecer la creación del indulto general tiene por objeto conceder al legislador una posibilidad de ejercitar la facultad de gracia dentro de límites más restringidos que los supuestos por la amnistía".⁸⁶

Desde el punto de vista de sus efectos -que serán tratados con mayor profundidad en el acápite siguiente-, el indulto puede clasificarse en total o parcial.

El indulto será **total**, cuando libera al beneficiado de todas las penas, incluyendo también las accesorias de manera explícita, porque -como veremos-, el indulto de la pena

⁸⁵ Juan Enrique Vargas Vivancos. Op. Cit., Pág., 64.

⁸⁶ Enrique Cury. Op. Cit. Pág.424.

principal no las comprende, a menos que se extienda a ellas de manera expresa.

Por el contrario, si el indulto remite solamente una de las varias penas que se han impuesto al condenado, si sólo cambia la naturaleza de la pena impuesta (conmutación de la pena), o reduce la o las penas impuestas, nos encontramos frente a un indulto del tipo **parcial**. Esta clase de indulto, como salta a la vista es de efectos más reducidos que el primero.

EFECTOS DEL INDULTO.

En términos amplios, los efectos del indulto, pueden consistir en una remisión de la pena que se ha impuesto al condenado, o bien en una conmutación o reducción de la misma.

“El indulto que constituye propiamente una causal de extinción de la responsabilidad penal es el indulto que remite la pena”⁸⁷. Ello debido a que en los casos de conmutación y de reducción de la pena, siempre seguirá existiendo una pena que cumplir.

El indulto limita sus efectos remitir, conmutar o reducir la pena impuesta, pero como lo señala el Código Penal en su artículo 93, no quita la calidad de condenado a su beneficiario, liberándolo únicamente de la obligación de cumplir materialmente la pena.

⁸⁷ **Alfredo Etcheberry** (1). Op. Cit., Pág., 276.

Tiene entonces el indulto, efectos más restringidos que la amnistía, ya que al no quitar la calidad de condenado, su beneficiario seguirá siendo considerado como tal para efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento, y los demás que determinen las leyes.

Por otro lado la calidad de condenado tampoco liberará al beneficiario del indulto de la carga de cumplir con otras obligaciones de naturaleza no penal que puedan eventualmente derivarse del delito, como por ejemplo las consecuencias comerciales, civiles (indemnizaciones), y las inhabilidades dimanantes del hecho punible. A modo de ejemplo podemos señalar que el Código Civil, señala como una consecuencia en su artículo 271 N°3 dispone: *"La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez: 3° Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad"*⁸⁸

Las penas que se hayan impuesto como accesorias a la condena penal, para ser alcanzadas por los efectos del indulto deberán incluirse expresamente en éste, como se deduce del artículo 43 del Código Penal⁸⁹.

⁸⁸ En este mismo sentido el artículo 497 N°9 del Código Civil, señala como incapaces de toda tutela o curaduría a los condenados por pena aflictiva, aunque se les haya indultado de ella. El artículo 968 N°2 del mismo cuerpo legal señala como indignos de suceder como heredero o legatario, al que cometió atentado grave contra la vida, honor o bienes de la persona de cuya sucesión se trata (...) con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada.

⁸⁹ El artículo 43 del Código Penal dispone: *"Cuando la inhabilitación para cargos y oficios públicos y profesiones titulares es pena accesoria, no*

Las limitaciones más arriba descritas atañen al indulto particular, que debe ser concedido mediante decreto Supremo del Presidente de la República, y con el indulto general cuando este no señale de manera expresa consecuencias más amplias. Ello porque este último "podría" -al tener rango legal- extender sus efectos a los puntos analizados (reincidencia, penas accesorias, efectos civiles del delito etc.), siempre prescribiéndolo de manera expresa, ya que en caso contrario deben entenderse limitados sus efectos con relación a esos puntos.

Por otro lado el indulto particular, como señala Etcheberry,⁹⁰ nunca podrá extenderse a la inhabilitación para derechos políticos, ya que la rehabilitación en tales casos solo se producirá por acuerdo del Senado.

En lo que dice relación con el efecto de conmutar la pena, este mismo autor ha señalado: "Aunque la ley no lo dice expresamente, debe consistir el reemplazo de una pena por otra menos rigurosa, ya que desde luego las disposiciones legales y constitucionales, y la naturaleza misma del indulto, no cabría admitir una conmutación por una pena superior o más grave que la que impone la sentencia; y si bien es concebible la conmutación por una distinta pero igualmente grave, no se advierte en este caso como podría hablarse de 'extinción' de la responsabilidad penal, ni aun

la comprende el indulto de la pena principal, a menos que expresamente se haga extensivo a ella".

⁹⁰ **Alfredo Etcheberry** (2). Op. Cit., Pág., 253.

en parte, que es precisamente el efecto que el Código Penal atribuye al indulto."⁹¹

Se ha discutido en doctrina la oportunidad procesal en que debe operar el indulto.

En lo que dice relación con el indulto particular la discusión ha sido zanjada directamente por nuestro actual Constitución, que ha dispuesto expresamente en su artículo 32 N°14, que ha de concederse solamente una vez dictada sentencia ejecutoriada en el proceso respectivo. Durante la vigencia de la Constitución de 1925, que no hacía tal aclaración, este punto era discutido en doctrina, no obstante lo cual la mayoría de ella coincidía en que era necesaria la dictación de la condena para conceder el indulto. Esta disposición la hace suya la ley 18.050, que como se dijo antes regula la concesión de indultos particulares, señalando en su artículo 3° inciso primero: *"la gracia del indulto solo puede impetrarse por el condenado una vez que se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso, circunstancia que deberá ser acreditada"*.

La norma constitucional viene a constituir una importante limitación a la facultad de indultar concedida al ejecutivo, ya que no podrá hacerla efectiva respecto de los individuos actualmente procesados. Lo contrario implicaría una intromisión del ejecutivo en las actividades judiciales.

En cuanto a los indultos generales la situación sigue siendo polémica. En primer lugar por serles inaplicable la

⁹¹ **Alfredo Etcheberry** (3). " El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Samuel Vera Editor, Concepción, Chile, 1966, Pág., 330.

norma del artículo 32 N°14 de la Constitución, por ubicarse ésta entre las atribuciones del Presidente de la República.

La Constitución entonces, no establece una regla expresa atingente al indulto general.

Parte de la doctrina ha señalado que a pesar de que la Constitución no exige la existencia de una condena para dictar un indulto general, no sería posible dictarlo antes de ésta ya que ello importaría que el poder ejecutivo estaría infringiendo la prohibición que le veda ejercer funciones judiciales o avocarse causas pendientes⁹².

Se ha argumentado también que al disponer el artículo 93 N°4 que el indulto remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquimiento, este artículo no tendría sentido en su redacción, por cuanto sin haber condena no puede haber reincidencia.

En otro orden de cosas, si admitimos que puede dictarse un indulto general antes de la condena, no habría argumento para señalar que no podría dictarse antes que el proceso siquiera hubiese comenzado, lo que atentaría abiertamente contra los objetivos del indulto.

Alfredo Etcheberry llama la atención sobre el artículo 433 N°6 del Código de Procedimiento Penal, que autoriza al acusado a oponer como excepción de previo y especial

⁹² En este sentido **Eduardo Novoa Monreal**. Citado por **Enrique Cury**. , Op. Cit., Pág. 425.

pronunciamiento, la existencia de un indulto que lo beneficia, lo cual se hará durante el proceso, es decir antes de dictada la sentencia.⁹³ Pero por otra parte -señala- "sería difícil concebir en la práctica una ley que otorgara un indulto general antes de las respectivas sentencias. Si en algo se distingue el indulto de la amnistía, es que en aquél no quita el carácter de condenado, lo que es imposible si no se dicta sentencia. No es admisible la peregrina hipótesis de que si se dicta un indulto anticipado, sería preciso continuar (o iniciar según el caso) los procesos respectivos hasta la sentencia, y que si esta es condenatoria, los responsables se verán favorecidos por el indulto ya dictado, para los efectos del cumplimiento efectivo de las penas, y conservarán su carácter de tales para los demás efectos legales. Si el indulto general anticipado impidiera iniciar o continuar los procesos, en nada se diferenciaría de la amnistía propia"⁹⁴.

Enrique Cury sostiene que la limitación del indulto general a ser dictado antes de la condena del beneficiado, surge en realidad de la naturaleza de las cosas, ya que: "Su concesión por el legislativo antes de la sentencia condenatoria carece de un sentido aprovechable, porque no se entiende como, en tales circunstancias podría subsistir el carácter de condenado del o los beneficiarios (como lo señala

⁹³ **El Código Procesal Penal**, a diferencia del Código de Procedimiento Penal, no menciona al indulto entre las excepciones de previo y especial pronunciamiento, a deducir durante la audiencia de preparación del juicio oral (que pueden ser también planteadas durante el transcurso de éste. Señala al efecto en su artículo 264 letra e. "*El acusado podrá oponer como excepciones de previo y especial pronunciamiento las siguientes: e) Extinción de la responsabilidad penal*". No tendría lugar actualmente entonces la contradicción anotada por Etcheberry.

⁹⁴ **Alfredo Etcheberry** (2)., Op. Cit. Pág., 252.

el artículo 9. N°4 del Código Penal). Naturalmente una ley podría modificar lo preceptuado en el C.P. y dar al indulto efectos más amplios. Pero entonces lo que concedería sería realmente una amnistía. Y como la C.P.R (...), si bien no determina la naturaleza de esas instituciones, les reconoce una naturaleza diferenciada, creo que a una disposición legal de esa clase habría que tratarla constitucionalmente como lo que en sustancia sería y no como lo que nominalmente pretendiera ser"⁹⁵.

Para Vargas Vivancos como el indulto general debe necesariamente contenerse en una ley, y como ley que es, puede perfectamente modificar o derogar otras disposiciones legales dictadas con anterioridad que reglan la cuestión y que tiene similar grado de especialidad. Si la disposición del artículo 93 N°4 impide los indultos a los procesados, esa disposición podría perfectamente derogarse por un indulto general que expresamente lo contemplara.⁹⁶

LA AMNISTÍA Y EL INDULTO ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL.

En el Derecho Internacional Penal al igual que en los ordenamientos jurídicos de cada nación la perpetración de un

⁹⁵ Enrique Cury. , Op. Cit., Pág. 425.

⁹⁶ Juan Enrique vargas Vivancos. Op. Cit., Pág. 74.

delito de carácter internacional, trae aparejada la sanción sobre el responsable, mediante la aplicación de una pena.

La pena se define según el profesor Enrique Cury, como: "mal consistente en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos que ha de imponerse a quien ha cometido culpablemente un injusto de aquellos que la ley amenaza expresamente con ella, para evitar, hasta donde sea posible, su proliferación, y asegurar así las condiciones elementales de convivencia."⁹⁷

En el caso del Derecho Internacional Penal, la pena será una sanción por un delito de carácter internacional. Rodrigo Lledó Vásquez, a partir de una definición del profesor Juan Bustos Ramírez, señala: "la pena internacional, es la autoconstatación del poder de la comunidad internacional políticamente organizada."⁹⁸

El problema que acarrearán consigo la amnistía y el indulto dice justamente relación con la aplicación de las penas, ya que como hemos visto estas instituciones de una u otra manera impedirán la aplicación total o parcial de ésta.

Para comenzar debemos señalar que en principio el Derecho Internacional no se opone a la existencia de amnistías e indultos, incluso -como veremos- recomienda su uso en ciertos casos. El problema surge cuando estamos frente a aquellos crímenes internacionales de mayor gravedad, que constituyen peligrosos atentados contra los derechos humanos.

⁹⁷ Enrique Cury Urzúa (2). Op. Cit., Pág.66.

⁹⁸Rodrigo Lledó Vásquez. Op. Cit. Pág. 108.

No existen tratados sobre derechos humanos de carácter universal o especial que vedan la aplicación de indultos y amnistías. Por otro lado el Derecho Internacional Humanitario ha propendido a la aplicación de esta clase de mecanismos cuando finaliza un conflicto bélico de carácter no internacional, con la finalidad de obtener los efectos que tradicionalmente se han atribuido a la aplicación de amnistía e indultos, como son la posibilidad de lograr a través de ellos la reconciliación de las partes en conflicto y la paz interna de las naciones.

A este respecto debe señalarse que el **Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra** señala en su artículo 6.5; *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.*⁹⁹

De todas formas - como señala el profesor Kai Ambos- no se pensó en este caso en posibilitar amnistías que se refieran a violaciones del Derecho Internacional Humanitario, el artículo 6.5 antes mencionado "sólo autoriza una amnistía para aquellos hechos que, de acuerdo con el derecho internacional, especialmente las Convenciones de Ginebra, no se encuentran sometidos a un deber de penalización. Las graves violaciones a los derechos humanos (...)se encuentran por tanto excluidas de esa posibilidad"¹⁰⁰.

⁹⁹ El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra se refiere únicamente a conflictos armados de carácter no internacional.

Podemos señalar entonces, que existe un consenso en cuanto a que si bien el derecho internacional concede a las naciones un margen de apreciación en cuanto a la posibilidad de aplicar estos instrumentos para conseguir objetivos como la reconciliación nacional, no es menos cierto que el mismo Derecho Internacional impone como una limitación de carácter absoluto el aplicar amnistías o medidas similares cuando se trata de graves violaciones a los Derechos Humanos, existiendo respecto de esta clase de hechos un deber de penalización que impide en tales casos la exención total de la pena.

En este orden de cosas se ha señalado como un requisito del otorgamiento de amnistías que: "la política no debe violar el Derecho Internacional relativo a los Derechos Humanos; siempre que la política adoptada haya sido diseñada con el propósito doble de prevenir futuros abusos y reparar el daño causado, y siempre que dicha política se haya adoptado por medios que representen la voluntad nacional, y que la verdad haya sido difundida públicamente, le corresponde en principio a cada nación que enfrenta este problema decidir cuál será el contenido específico de dicha política.

Existen, sin embargo, dos excepciones a esta regla, ambas originadas en el deber de todos los estados de actuar en consonancia con el Derecho Internacional. Por una parte si la política incluye medidas de clemencia, tales medidas deben

¹⁰⁰ Kai Ambos. Op. Cit., Pág. 127.

ser concordantes con los límites impuestos a la discrecionalidad de los Estados por el Derecho Internacional. Las principales normas aplicables son las siguientes; artículos 4 y 5 de la Convención de sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio; el artículo 4 de la Convención sobre la Inaplicabilidad de la Prescripción a los Crímenes de Guerra y Crímenes Contra la Humanidad; artículo 4 sobre la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otras.

Por otra parte, si la política contiene la posibilidad de castigo, se deben respetar las normas internacionales referentes a los juicios, al tratamiento de los acusados y a las sentencias, especialmente los artículos 14 y 15 de la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos"¹⁰¹

En este mismo sentido se pronuncia Rodrigo Lledó: "Si bien no existe una convención internacional que declare la amnistiabilidad y la indultabilidad de los delitos internacionales más lesivos al ser humano, por los principios internacionales vertidos en la Carta de la Naciones Unidas, así como en las diversas declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos, particularmente la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, es posible arribar a la misma conclusión. En efecto, respecto de la criminalidad más grave como los crímenes de guerra y lesa humanidad, la comunidad internacional ha manifestado fehacientemente su deseo su deseo de represión y castigo, en cualquier parte, en

¹⁰¹ Marie Claude Plumer y Andrés Culagovsky. Op. Cit., Pág. 10.

cualquier tiempo, tal como se señala en los considerandos del preámbulo¹⁰² de la citada convención.

También, la sola aplicación de la lógica conduce al mismo resultado. Y es que, (...) aun cuando el Derecho internacional Penal se apoye en los estados a través del sistema de aplicación indirecto, la facultad punitiva, el *ius puniendi* internacional, pertenece a la comunidad internacional políticamente organizada y no al Estado. Es ella la que determina qué conductas deben ser punibles, y por tanto, es sólo ella la que eventualmente podría conceder la gracia del indulto o amnistía. Pero lejos de esto, la comunidad se ha manifestado a favor de su represión ineludible. Mal puede entonces un solo estado estos beneficios."¹⁰³

¹⁰² El preámbulo de dicha convención señala: Recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de apartheid, por otra, Recordando las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo, Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves, Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales, Advertiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes, Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal,

¹⁰³ **Rodrigo Lledó Vásquez.** Op. Cit. Pág. 117.

El autor Juan Enrique Vargas Vivancos por su parte nos dice: "a nuestro juicio, y debido al avance que ha tenido la materia en el ámbito internacional, la amnistía debería tener por objeto tan sólo aquellos delitos políticos o militares, pero limitados a aquellos que no atenten contra los derechos humanos que le corresponden a cada individuo por el hecho de ser persona, los cuales se encuentran contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Creemos que para lograr una convivencia civilizada y justa de los individuos existen conductas que jamás pueden quedar sin sanción por razones políticas. Aquellos que atentan contra la dignidad humana en sus aspectos más relevantes, no pueden ser amnistiados sin que se produzca el debacle moral de la nación."¹⁰⁴

El profesor José Zalaquett en su conferencia titulada "No hay Mañana sin Ayer", ha señalado "la comunidad internacional, después de la segunda guerra mundial, desarrollo una teoría del perdón diciendo 'hay crímenes imperdonables'. ¿Cuáles son estos? Se ha ido consolidando la noción de que estos crímenes son los que caen en dos categorías: los crímenes contra la humanidad (incluido el genocidio) y los crímenes de guerra. Estos últimos, las más graves transgresiones a las normas de la guerra, están establecidos en los Convenios de Ginebra y otros tratados de Derecho Internacional Humanitario (...) Tales crímenes de guerra o contra la humanidad no pueden estar sujetos a prescripción ni a amnistía. En realidad la 'innamnistiabilidad' no tiene un sustento en un texto expreso de derecho Internacional, pero la interpretación

¹⁰⁴ Juan Enrique vargas Vivancos. Op. Cit., Pág. 36.

crecientemente uniforme de organismos internacionales de protección de los derechos humanos y de la doctrina es que la obligación que el derecho internacional impone a los Estados de investigar, enjuiciar y castigar ciertos crímenes gravísimos implica que tales ilícitos son inamnistiables”¹⁰⁵

Desde la perspectiva del Derecho Internacional existe un segundo asunto que ha sido objeto de discusión respecto de indultos y amnistías, y que dice relación con las personas que resultan favorecidas por la dictación de estos institutos.

Puede ocurrir que aquellos individuos que dictan la normativa que da aplicación a amnistías e indultos, sean los mismos que resulten favorecidos por ellos.

La hipótesis recién descrita es aquella que la doctrina del derecho internacional conoce como *autofavorecimientos*, o sea, aquellas leyes de amnistía o indulto que favorecen de manera directa o indirecta a las mismas personas que dictan la normativa que consagra dichos institutos.

Este supuesto resulta atentatorio contra los principios del Derecho Penal Internacional, ya que se trataría de un caso en que quien dicta la normativa estaría actuando como juez de sus propias cosas. En el año 1925 la Corte Permanente de Justicia confirmó este punto de vista señalando que “nadie puede ser juez de sus propios asuntos”. En este orden de cosas, la misma Corte Permanente de Justicia ha establecido

¹⁰⁵ **José Zalaquett**. “No hay Mañana sin Ayer”. Conferencia dada en el Centro de Estudios Públicos el 26 de agosto de 2003. (versión electrónica, obtenida en la página web del Centro de Estudios Públicos, www.cepchile.cl, 20/09/05)

que las amnistías de esta naturaleza violan la exigencia de razonabilidad de la ley que deriva del conocido principio de legalidad, "si se parte del supuesto de que no se puede llegar a ninguna ley razonable orientada al bien común cuando el parlamento persigue sus propios intereses solamente¹⁰⁶".

Como ejemplo de una ley de autofavorecimiento, podemos mencionar el Decreto Ley argentino N° 22.924, donde quien dicta la norma exceptúa por motivos políticos a ciertos órganos estatales, especialmente a las fuerzas armadas de toda consecuencia penal par los hechos cometidos¹⁰⁷.

Al contrario, aquellas normas que establecen indultos o amnistías que van en beneficio de terceros, y especialmente a favor de opositores del gobierno que ha dictado la norma son completamente legítimas, ya que no importan un autofavorecimiento y cumplirán en definitiva aquellos propósitos en vista de los cuales fueron dictadas, es decir, los de pacificación y reconciliación nacional.

En este sentido se ha señalado también; "una ley de amnistía no puede referirse o cobijar hechos que signifiquen violación de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales y que hayan sido cometidos por agentes estatales (...) Una amnistía como instrumento de paz y reconciliación sólo puede tener por destinatarios a quienes se opusieron o sublevaron contra el orden establecido (...)Por lo tanto reiteramos que la amnistía no es

¹⁰⁶ Kai Ambos, Op. Cit., Pág. 130.

¹⁰⁷ Durante el desarrollo de este trabajo se analizarán con mayor profundidad normas referidas a amnistías e indultos que se han dictado en Latinoamérica, de las cuales algunas han sido consideradas como autofavorecimientos.

jurídicamente admisible por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando se trata de agentes estatales que cometen violaciones en un marco de violaciones sistemáticas y generalizadas. Asimismo, el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad y a obtener una justa y equitativa compensación y, cuando ello sea posible, a ser restablecidos en el disfrute de sus derechos, debe quedar a salvo y garantizado por los acuerdos de paz y reconciliación".¹⁰⁸

Por otro lado no debe olvidarse que además del mencionado Protocolo II de los Convenios de Ginebra, en otros instrumentos de carácter internacional se eleva a la categoría de garantía fundamental a la amnistía y el indulto en ciertos casos. Es así como el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** señala en su artículo 6º, numeral 4; "Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos".

A su vez la **Convención Americana de Derechos Humanos** prescribe en su artículo 4º numeral 6, relativo al derecho a la vida; "Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente."

¹⁰⁸ Carlos Rodríguez Mejía. Op. Cit. Pág. 181-182.

III. LA PRESCRIPCIÓN

CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRESCRIPCIÓN.

"Hay una virtualidad en el tiempo, que en su transcurso transforma todo lo que pertenece al mundo de lo finito." ¹⁰⁹

La prescripción es sin duda la más importante de las causales extintivas de la responsabilidad criminal, esta institución ha sido ampliamente investigada y estudiada, con el objeto de descifrar sus misterios y las complicaciones prácticas que presenta su diaria aplicación.

Nosotros nos avocaremos al estudio de la prescripción en el campo del derecho penal internacional, donde se presentan aún mayores complicaciones en cuanto a su aplicación, sus plazos, y muy especialmente respecto de su procedencia. También realizaremos un breve análisis de las disposiciones que se establecen en nuestro país en materia de prescripción.

CONCEPTOS DOCTRINARIOS

Para el profesor Alfredo Etcheberry, corresponde hacer una distinción y hablar de la prescripción de la acción penal

¹⁰⁹ Kostrih., Citado Por Fontecilla., Op. Cit. Página 375.

y de la prescripción de la pena. En el primer caso se trata de aquella prescripción que se produce por el transcurso del tiempo después de cometido un delito y antes de pronunciarse sentencia condenatoria. En el segundo, se produce por el transcurso del tiempo, después de dictada la sentencia condenatoria y antes del cumplimiento total de la condena.¹¹⁰

La definición doctrinaria elaborada por Vargas Vivancos, señala que la prescripción consiste en, " el olvido social del delito o de la pena, transcurrido el término legal que hace cesar su punibilidad".¹¹¹

Cuello Calón, la define de la siguiente forma," La Prescripción en materia penal consiste en el transcurso de un período en determinadas circunstancias, sin que el delito sea perseguido o sin que la pena sea ejecutada".¹¹²

Maggiore, define la prescripción como la "la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un período fijado por la Ley".¹¹³

Para Manzini, la prescripción del delito es la "renuncia legislativa y preventiva por parte del Estado a la potestad de represión, condicionada al transcurso continuado de un cierto período".¹¹⁴

¹¹⁰ **Alfredo Etcheberry.**, Op.Cit (2)., Pág. 257.

¹¹¹ **Juan Enrique Vargas Vivancos.**, Op. Cit., Pág. 110.

¹¹² Citado Por **Vargas Vivancos.**, Op Cit , pág. 110.

¹¹³ Citado por **Vargas Vivancos.**, Op Cit, Pág. 110.

¹¹⁴ Citado por **Vargas Vivancos.**, Op Cit, Pág.110

El diccionario de la Real Academia Española de La Lengua, define la prescripción en materia penal, como "la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, contado desde la comisión del delito o falta, o desde la imposición de la pena".

Como podemos observar la mayoría de los autores distinguen entre prescripción de acción penal y prescripción de la pena, y además se observa -como analizaremos más adelante- que no existe un fundamento jurídico que justifique esta institución, más bien la prescripción ha sido establecida tomando en consideración razones de política criminal, y es vista como la forma de alcanzar la paz y seguridad de la sociedad.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

El Primer derecho en consagrar la prescripción en la época antigua, fue el derecho griego.

En el derecho Romano fue desconocida la prescripción en su ámbito penal. La institución se introdujo a través de la Lex Julia Adulteris, que fijaba un plazo de prescripción de 5 años, para el estupro y el adulterio, más tarde se admitió la prescripción de la acción penal en 20 años para la generalidad de los delitos, con la sola excepción del Parricidio y la Apostasía.

En el derecho Germánico también fue contemplada esta institución fijando plazos de prescripción de 30 años.

En el Derecho Canónico no se refirió al tema de la prescripción, hasta las decretales de San Gregorio, el que las introdujo en forma similar a la establecida en el derecho Romano, o sea fijando plazos de 20 años.

Por otra parte el Fuero Juzgo estableció plazos de prescripción de 30 años. En las siete Partidas se establecieron distintos términos dependiendo del delito, 20 años para el de falsedad, 5 años para el adulterio -30 años si había fuerza-, 30 años para el estupro y el incesto.

En cuanto a prescripción de la pena, ésta se estableció por primera vez en Francia en el año 1642, fijando un plazo de prescripción de 30 años.

En la actualidad la mayoría de los Estados consideran la prescripción como la más importante causa de extinción de la responsabilidad Penal, y siguiendo el modelo de la legislación italiana, distinguen entre prescripción de la acción penal y prescripción de la pena, así ocurre en la gran mayoría de los países latinoamericanos.

FUNDAMENTO

Se han dado variados argumentos a favor de la prescripción, pero no existe una unidad de criterios en cuanto a cuales son éstos.

Uno de sus principales fundamentos radica en el simple transcurso del tiempo. Se sostiene que el tiempo explica la prescripción, pues hace caer la justicia de la pena y su adecuación a sentido; el tiempo borraría el recuerdo del delito de la conciencia del pueblo, y transformaría la

personalidad del autor, de modo que la pena no ejercería coacción psicológica alguna.

Se ha sostenido que el curso del tiempo desaparece la impresión del hecho, quedando sin objeto alguno la desvaloración que con la pena se hace del delito.

Se considera que con el tiempo pierde fuerza el sentimiento de antijuricidad, por lo cual va perdiendo sentido la necesidad de castigo, es decir, la necesidad de que la pena sea impuesta.

Si bien es cierto que el factor tiempo es determinante para los efectos extintivos de esta causal, esta tesis no soluciona el real problema en cuestión ¿Por qué el tiempo hace cesar la punibilidad del hecho?, además el tiempo por sí sólo no basta para que opere la prescripción, debe ir unido a la inactividad de la persecución, y a la buena conducta del reo, quién no puede cometer simple delito con posterioridad al que se intenta prescribir (para evitar la interrupción del término de la prescripción).

Otros la fundamentan que corresponde a una renuncia de un derecho, en el sentido de que si el titular de la acción no la ejerce en los términos legales de prescripción, ha renunciado a éste. Esto se podría sostener respecto de la acción penal privada no ejercida por el personalmente ofendido, y también respecto de la acción penal mixta, pero no respecto de la acción penal pública, que no se extingue por la renuncia de la persona ofendida, por una razón muy simple, que es que el ofendido no es el titular de la acción, porque en realidad nadie es titular de ella en forma exclusiva. La acción penal pública, por el hecho de

pertenecer a la comunidad toda, no podría ser renunciada por una persona individual.

Se justificaría en fines propios del derecho, esto es, alcanzar la paz social y la seguridad jurídica. Para Ferrer Sama la prescripción se fundamenta en "la necesidad social de eliminar un estado de incertidumbre en las relaciones Jurídico-penales entre el delincuente y el Estado."¹¹⁵ En el mismo sentido se pronuncia el profesor Etcheberry, para quien se fundamenta en la "necesidad de consolidar derechos y sanear situaciones anormales, cuando ha transcurrido un largo tiempo. No se fundamenta en justicia, sino en paz social, es imprescindible en la práctica"¹¹⁶

En definitiva la prescripción existiría exclusivamente por razones de política criminal, por las cuales se le impondría al legislador más allá de cualquier consideración de índole dogmática. Respondería a una necesidad de la sociedad de vivir en calma.

Ciertamente la prescripción cumple con este fin pacificador, reincorpora a un individuo que era prófugo a la sociedad.

Otro fundamento es que desaparecerían paulatinamente los medios de prueba. Esta teoría de la prueba se sostiene en que es imposible reunir las probanzas necesarias en un proceso penal después de transcurrido cierto tiempo. En general este argumento suele usarse como complemento de algún otro.

¹¹⁵ Citado por **Vargas Vivancos**, Op Cit Pág.114.

¹¹⁶ **Alfredo Etcheberry.**, Op. Cit (2)., Pág.258.

También por esta vía se evitaría errores en el juzgamiento, debido a una falta o destrucción de las pruebas, se sostiene que es mejor un culpable libre que un inocente preso.

Otra teoría es la del Interés disminuido, la cual se basa en que con el transcurrir del tiempo sin que sea castigado el autor de una conducta ilícita, el interés del Estado en que se aplique dicho castigo se va debilitando paulatinamente, hasta llegar un momento en que se extingue absolutamente, en resumen se extingue la necesidad punitiva.

Una aplicación de esta teoría, en parte, la encontramos en nuestra legislación, en el artículo 103 del Código Penal, que establece la llamada *media prescripción*, que consiste en haber sido el delincuente aprehendido luego de transcurrido más de la mitad del término de prescripción tanto de la acción penal, como de la pena, caso en el cual deberá considerarse el hecho como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante para efectos de la imposición de la pena o de la rebaja de la ya impuesta. Esta disposición comprobaría que el interés del Estado en la sanción ha disminuido y por lo tanto es partidario de la aplicación de una pena menor.

La teoría del olvido social, sostiene que la prescripción se justifica al constatar el hecho de que a medida que transcurre el tiempo desde la comisión de un delito, sus consecuencias y el sentimiento que despierta en la sociedad, se van desdibujando, lo cual implica

consecuentemente que también se disminuya la necesidad de aplicar sanción.¹¹⁷

Esta es una síntesis de los principales fundamentos que entregan diversos autores para justificar la prescripción, pero también existen otros autores que la critican.

Algunos la rechazan por considerarla peligrosa para la sociedad, otros consideran como una institución protectora de los criminales, en este sentido Carrara señala que la prescripción presenta el problema de poder ser considerada como un premio para el delincuente en fuga.

En general estos autores consideran que la prescripción es un premio al delincuente que huye, y no castiga la negligencia de los órganos encargados del castigo y la persecución de los criminales.

Creemos que la prescripción responde a las necesidades sociales, y emana de la naturaleza misma del ser humano, de su feble memoria, que favorece el olvido, y aún reconociendo que en muchos casos puede parecer aberrante o beneficiosa para los criminales debe aplicarse, debiendo ser regulada su aplicación por los estados. La función del derecho no se limita a la obtención de una justicia conmutativa, debe cumplir también con el fin social que se le ha impuesto.

CONSAGRACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN POSITIVA

Prescripción en materia penal en la legislación chilena.

¹¹⁷ Vargas Vivancos, Op. Cit., Pág. 118.

Para lograr un cabal entendimiento acerca de la aplicación de la institución de la prescripción en el derecho internacional, resulta necesario estudiar las normas que establecen las distintas legislaciones al respecto, ya que gran parte de los problemas que se presentan en el campo internacional dicen relación precisamente con la diversidad de normas existentes sobre la prescripción en los distintos países, que entre otras cosas establecen distintos plazos de para ella.

El objeto de realizar una revisión a las normas chilenas sobre la prescripción, es poder contar con la información necesaria que nos permita comparar nuestra realidad con la realidad internacional.

En nuestro país las normas sobre prescripción, en materia penal, se encuentran en el Código Penal, en los artículos 94 al 105.

La necesidad de considerar consolidados los derechos y saneadas las situaciones anormales, cuando ha transcurrido un tiempo suficientemente largo, es lo que ha llevado a contemplar la institución de la prescripción en materia penal.

Nuestro Código al igual que la mayoría de las legislaciones del mundo, habla de prescripción de la acción penal y de prescripción de la pena, pero en nuestro país los plazos que se establecen en ambos casos son iguales, no así en otros países en donde se establece plazos más prolongados para la prescripción de la pena.

De esta forma la prescripción puede producirse por el transcurso del tiempo después de cometido un delito y antes de pronunciarse sentencia condenatoria, en este caso hablamos de prescripción de la acción penal, o bien después de la sentencia condenatoria y antes del cumplimiento total de la

condena, en este caso nos encontramos frente a la prescripción de la pena.

- **La prescripción de la acción penal.**

Esta establecida en el artículo 94 del Código Penal y los plazos en que prescribe la acción penal proveniente de crímenes, simple delitos y faltas, comienzan a correr "desde el día en que se hubiere cometido el delito"¹¹⁸. En los delitos instantáneos la fijación del día no ofrece dificultades, pero como veremos existen otras situaciones en que no está claramente determinado el día en que se comete el delito. Esto ocurre en los llamados **delitos permanentes**, en que la actividad delictiva se prolonga en el tiempo, por lo tanto no puede decirse que se cometa el delito en un día preciso, sino que "se está cometiendo", por tanto el día que marca el comienzo de la prescripción será el día en que termine la actividad delictiva. Otro caso es el **delito continuado**, en que existen diversas acciones que no pueden ser separadas en el tiempo, ya que constituyen una sola actividad delictual, el plazo de prescripción debe comenzar a contarse desde la última acción unificada. Por otra parte en los delitos de "**efectos permanentes**", igual que en todos los delitos instantáneos, el plazo de prescripción comienza a contarse desde la acción ejecutiva. En **el delito habitual**, tratándose de la punibilidad de una serie de hechos, la prescripción se contará desde el último hecho acaecido. En los

¹¹⁸ Artículo 95 del C.P.

delitos **materiales**, sí ha mediado un plazo entre la acción misma y el resultado, debe ser considerado el momento de la comisión del delito, aquel en que se ejecuta la acción.

El artículo 94 del Código Penal, establece los siguientes plazos de prescripción de la acción penal:

- a) Crímenes sancionados con reclusión, presidio o relegación perpetuos, quince años;
- b) Demás crímenes, diez años;
- c) Simples delitos, cinco años;
- d) Faltas; seis meses.

Cuando la pena asignada al delito, sea compuesta (o sea, existiendo varias penas), se estará a la pena privativa de libertad para determinar los plazos de prescripción, y si no se impusieran penas privativas de libertad, se estará a la pena mayor que se impusiese efectivamente.

Además de estos plazos, nuestra legislación contempla *plazos especiales de prescripción* de corto tiempo, de esta forma la acción penal por injuria y calumnia prescribe en un año, contado desde que el ofendido tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa (art. 431). La acción por la celebración de matrimonio de un menor sin el consentimiento de quienes deben prestarlo, prescribe en dos meses desde que dichas personas tuvieron conocimiento del matrimonio.

La prescripción de la acción penal presenta dos modalidades la **interrupción y la suspensión**.

El artículo 96 del Código Penal, establece que la prescripción se *interrumpe*, siempre que el delincuente vuelve a cometer un crimen o simple delito. En este caso se pierde el tiempo transcurrido en el ínter tanto, y comienzan a prescribir nuevamente a partir de la misma fecha la acción penal por el delito anterior y por el nuevo.

Nos encontramos frente a la *suspensión* de la prescripción, cada vez que el cómputo del plazo se detiene, esto ocurre cuando se dirige un procedimiento judicial contra el culpable. Si el proceso termina por sentencia condenatoria ejecutoriada, comenzará a correr el plazo de prescripción de la pena. Si termina el proceso por sentencia absolutoria, se acaba la prescripción, ya que no existe responsabilidad penal que extinguir.

Puede presentarse una tercera situación, esto es, si se paraliza la prosecución del juicio por más de tres años o que se termine sin condenar al reo. En este caso continúa la prescripción, como si no se hubiera interrumpido (art.96). Se ha señalado que la ley debió decir, como si no se hubiera "suspendido" en vez de "interrumpido".

La suspensión arranca su justificación de que no puede lograrse la impunidad por medio de la prescripción cuando los órganos estatales están precisamente juzgando al hechor. En este caso se considera como superior el interés social por el castigo que el olvido del delito.¹¹⁹

- **La prescripción de la pena.**

¹¹⁹ Vargas Vivancos, Op. Cit., Pág.157.

La prescripción de la pena es la extinción de ésta, transcurrido un determinado período sin que haya sido ejecutada.

El principal efecto de la prescripción de la pena es impedir que el condenado se vea obligado a cumplir la sanción que le ha sido impuesta, luego de transcurridos los plazos legales, pero no le quita al favorecido el carácter de condenado para efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento.

La prescripción de la condena debe acarrear el sobreseimiento definitivo del proceso, aún cuando en ese caso se ha dictado sentencia definitiva. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema.

Los plazos de prescripción de la pena se encuentran establecidos en el artículo 97 del Código Penal, en los siguientes términos, "Las penas impuestas por sentencia ejecutoria prescribe:

- a) La pena de presidio, relegación y reclusión perpetua, en quince años;
- b) Demás crímenes den diez años.
- c) Simples delitos, en cinco años;
- d) Faltas, seis meses".

Severas críticas a recibido esta disposición, por establecer los mismos términos para prescribir tanto la acción penal como la pena, se ha señalado que los plazos de prescripción de la pena deberían ser mayores a los plazos de prescripción de la acción penal, puesto que en el primer caso ya existe una sentencia condenatoria que ha constatado la responsabilidad penal del sujeto, a diferencia del otro caso en que existe un imputado respecto del cual se duda su

inocencia o culpabilidad. Las legislaciones otros países establecen plazos de prescripción sustancialmente más elevados que los que establece la legislación chilena.

Para precisar el momento en que comienza a correr la prescripción el artículo 98 dispone; "los plazos de prescripción, comenzarán a correr desde la fecha de sentencia de término, o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse".

En nuestra legislación no se contemplan plazos de prescripción de la pena de corto tiempo.

La prescripción de la pena también se interrumpe, así lo establece el artículo 99 del Código Penal, que dispone: "Esta prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el imputado durante ella, cometiere un nuevo crimen o simple delito, sin perjuicio de que comience a correr otra vez". De este precepto se puede concluir que no existe en Chile causales de suspensión de la prescripción de la pena. La disposición citada expresa claramente cuáles son los efectos propios de la interrupción diciendo -a diferencia del artículo 96 que no lo menciona-, que a partir del nuevo crimen o simple delito, comienza a correr otra vez el término.

Reglas comunes a ambas clases de prescripción.

- o **Corren a favor y en contra de toda persona.**

Esta regla se establece en el artículo 101 del Código Penal, y dispone, "tanto la prescripción de

la acción penal, como la prescripción de la pena corren a favor y en contra de toda clase de personas". Esta norma trata de establecer que en esta materia no existen discriminaciones, y que todos los sujetos pueden verse beneficiados por esta causal de extinción de la responsabilidad penal.

o Declaración de oficio.

Esta regla esta contenida en el artículo 102 del Código Penal, en los siguientes términos: "La prescripción será declarada de oficio por el tribunal, aún cuando el imputado o acusado no la alegue".

De este punto se deduce el carácter de norma de orden público que tiene la prescripción. Como la mayoría de las causales de extinción de la responsabilidad penal, la prescripción se impone aún contra la voluntad del sujeto, que ve extinguida la acción penal o la pena que le ha sido impuesta. Por lo anterior la prescripción en materia penal, es absolutamente distinta a la prescripción en materia civil, donde es posible declararla solamente a petición de parte, y es renunciable una vez cumplido el término.

La declaración de oficio, entonces, es obligatoria para los que conocen de la causa con tal que el imputado o acusado se encuentre presente en ella. De ese modo constatada su presencia, el

juez deberá sobreseer la causa en el estado en que se encuentre.

La obligación de verificar si la acción esta o no prescrita comienza en el momento del inicio del proceso.

o Computo de los plazos en el extranjero.

Otra disposición común a ambas clases de prescripción es la que establece en el artículo 100 Código Penal, que dispone "Cuando el imputado o acusado se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años".

El fundamento de esta norma, sería la mayor facilidad que el acusado o imputado que se encuentra en el extranjero, para eludir la acción de la justicia. Como se comprende no existe ninguna relación con el fundamento de la prescripción, esta norma debería ser derogada por ser contraria al instituto que regula.

Debemos agregar que al disponerse el cómputo doblado, sólo tiene efecto en los términos de años, la regla no es aplicable a la prescripción de las faltas, cuyo término es de seis meses y no de años.

o Prescripción gradual o media prescripción.

Ratificando la importancia que tiene el transcurso del tiempo en la prescripción, el legislador ha establecido un importante beneficio a favor del imputado o acusado que se encontraba en vías de ser extinguida su responsabilidad penal por la prescripción, ya sea de la acción penal o de la pena, y que es capturado. El beneficio consiste en la rebaja de la pena que se le ha impuesto o se le impondrá.

El artículo 103 del Código Penal dispone: Sí el acusado o imputado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo transcurrido ya 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"

Se deduce que no todos pueden oponer este beneficio; tan sólo el que ha completado más de la mitad de los términos es considerado por el legislador, como si tuviese una especie de "derecho adquirido" sobre su futura prescripción, otorgándole la franquicia.

La media prescripción de la acción penal debe ser declarada de oficio por el tribunal (aplicándose el artículo 102 del Código Penal), o a

petición de parte a través de una excepción de fondo, no procediendo por la vía de la excepción de previo y especial pronunciamiento, puesto que el fin de éste es el sobreseimiento definitivo de la causa para el caso de ser aceptado, lo cual no ocurre en este caso.

Como lo exige perentoriamente el artículo 103 del Código Penal, es necesario que los plazos pertinentes para que proceda el beneficio hayan transcurrido con anterioridad a la presentación o captura del imputado o acusado, es decir, no se incluyen en el cómputo de los términos los días que el imputado o acusado no se ha encontrado presente en el juicio o cumpliendo la condena.

Se ha discutido acerca de la obligatoriedad de rebajar la pena, a nuestro entender se puede concluir que la aplicación de éste beneficio esta entregado a la discrecionalidad de los juzgadores, quienes pueden rebajar o no la pena impuesta, según sea su criterio, salvo en aquellos casos en que el legislador lo obliga a aplicar el mínimo de la señalada por la ley.

Por último el inciso final del artículo 103 del Código Penal, dispone: "Esta regla no se aplica a las prescripciones de faltas y especiales de corto tiempo", ello precisamente por el breve lapso de duración que tienen.

o Prescripción de la reincidencia

No es una norma que sea propiamente común a ambas clases de prescripción, se trata de la prescripción particular de uno de los efectos propios de la aplicación de una pena, que por razones de orden fue tratado en el código conjuntamente con las reglas comunes a la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena.

Se establece que lo justo es que, transcurrido un tiempo prudencial, el delito y sus consecuencias dejen de producir efectos jurídicos, pudiéndose aplicar esa regla a la acción penal, si es que no se ha iniciado; a la condena; si no se está cumpliendo con ella; o a la reincidencia, si no se ha cometido nuevo delito.

Este criterio fue el que tomo nuestro legislador, quien en el artículo 104 del Código Penal dispuso: "las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes después de diez años, a contar de la fecha que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos". A su vez, el artículo 12 establece: son circunstancias agravantes el número 15, esto es, haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena y número el 16, o sea, ser reincidente en delito de la misma especie. A esas dos agravantes les es aplicable el artículo 104.

Éste sistema ha sido duramente criticado, ya que podría perfectamente no haber jamás reincidencia, puesto que el hechor puede ser condenado con posterioridad a haberse cumplido el plazo de prescripción de las agravantes. Por otra parte, nuestra jurisprudencia le ha dado al artículo 104 una interpretación amplia, entendiendo que el legislador al establecerlo quiso evitar que las condenas surtieran efecto después de largo tiempo. Sin embargo dicha interpretación amplia, no ha alcanzado a la atenuante de la responsabilidad de la irreprochable conducta anterior, en la que tradicionalmente se han reservado nuestros tribunales extensas facultades para calificarla.

LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

Para el análisis de este tema debemos partir de la base de que existen diferencias entre una labor legislativa interna y otra legislativa internacional, de todas formas, no debemos magnificar esas diferencias, es muy útil considerar que debido a la universalidad de los fundamentos de la prescripción, sirve tanto para ensayos legislativos internos, como internacionales.

El primer gran intento por sistematizar las reglas de prescripción en el derecho internacional y unificar los criterios de aplicación, lo encontramos en la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad que entró en vigor en 1970. A continuación analizaremos este instrumento internacional, y sus principales artículos.

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.

La realidad internacional fue mostrando que la prescripción de los delitos universales, representaba un grave problema su efectiva sanción. Las dificultades radican especialmente de que los Estados establecen distintos plazos de prescripción para los delitos ordinarios, dichas normas se aplicaban en el derecho internacional, lo que llevó en muchas ocasiones a que delitos internacionales extremadamente graves, quedarán impunes.

Se ha estimado que los delitos universales de la mayor gravedad, como son los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, deben ser siempre punibles, sin importar el tiempo que haya transcurrido desde la comisión del delito. También se consideró que los responsables deben ser perseguidos siempre, cualquiera sea el lugar en que se encuentren, ya que de esta forma se contribuye verdaderamente a lograr la paz y seguridad mundial, y se asegura más efectivamente el respeto a la dignidad humana y sus derechos esenciales, entendiéndose que este es el fin último de todos los esfuerzos que se han realizado en el derecho internacional, por los distintos organismos especializados.

Frente a estos hechos, la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobó la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los

Crímenes de Lesa Humanidad", de fecha 26 de Noviembre del año 1968, convención que entra en vigor el 11 de Noviembre de 1970, de conformidad con su artículo VII.

Cabe destacar a este respecto que la convención a la que nos referimos no ha sido suscrita ni aprobada por nuestro país hasta la fecha.

Para comenzar el estudio de esta Convención, revisaremos los considerandos y observaciones que se encuentran en su **preámbulo** donde se reafirman la necesidad de declarar la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad:

"Los Estados Partes en la presente Convención (...), Observando que en ninguna declaración solemne, instrumento o convención para el enjuiciamiento y castigo de los criminales de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo,

Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,

Convencidos que la represión efectiva de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales,

Advirtiendo que la aplicación de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública

mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de estos crímenes,

Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal"

Por otro lado en sus principales artículos los Estados partes Convienen:

Artículo I:

Declara imprescriptibles:

A) *Los Crímenes de guerra*, según la definición dada en el estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, de 8 de Agosto de 1945, y los Principios de Derecho Internacional de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas, y las Convenciones de Ginebra de 1949, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los convenios para la protección de Víctimas de guerra.

El *Estatuto del Tribunal de Nuremberg* definió los crímenes de guerra como " Las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra". Estas violaciones incluyen -pero no están limitadas- a asesinatos, maltratamientos, y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratamientos de prisioneros de guerra o de personas en los mares, ejecución de rehenes, despojo de propiedad pública o privada; injustificable

destrucción de ciudades, pueblos y aldeas; devastación no justificada por necesidades militares.

Los principios de Derecho Internacional de Nuremberg, consagran como delitos de derecho internacional, los Crímenes de guerra en los mismo términos.

Por otra parte los *Convenios de Ginebra de 1949*, define lo que se denomina infracciones graves:

I. Infracciones Graves especificadas en los Convenios de Ginebra de 1949, en la primera Convención artículo 50, segunda Convención artículo 51, tercera Convención artículo 130, cuarta Convención artículo 147;

- Homicidio intencional;
- Tortura y tratos inhumanos;
- Causar deliberadamente grandes sufrimientos;
- Atentar gravemente contra la integridad física o salud;
- Destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por razones militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente (esta disposición no esta incluida en el artículo 130 de la tercera convención).

II. Infracciones graves especificadas, en la tercera y cuarta Convenciones de Ginebra de 1949, artículos 130 y 147, respectivamente:

- El hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la potencia enemiga;
- El hecho de privar intencionalmente a un prisionero de guerra o a una persona protegida

de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios.

III. Infracciones graves especificadas en el cuarto Convenio de Ginebra de 1949, artículo 147;

- La deportación o el traslado ilegal;
- La detención ilegal de una persona protegida;
- La toma de rehenes.

La Convención también declara imprescriptibles:

B) Los crímenes de lesa humanidad, cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempos de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de Agosto de 1945, por los Principios de Derecho Internacional de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas, incluyendo la política de Apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio, aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

El Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, define los delitos contra la humanidad como, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometida contra cualquier población civil antes o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión de cualquier crimen de jurisdicción del

tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

Los Principios de Derecho Internacional, define los crímenes contra la humanidad, prácticamente de la misma forma.

Artículo II:

Declara que la Convención se aplica sin distinción, a las autoridades del Estado, y a los particulares, ya sea que hayan participado como autores, cómplices o hayan incitado directamente a la perpetración de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos y cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a las autoridades del Estado que toleren su perpetración.

Los artículos III y IV:

Establecen la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas internas que sean necesarias, legislativa o de cualquier otro orden, para hacer posible la extradición, y para que las normas internas sobre la prescripción de la acción penal y de la prescripción de la pena no se apliquen a los crímenes mencionados en el artículo I de la Convención.

Este último punto es de crucial importancia, ya que muchos Estados declarando la prescripción de estos crímenes, no dieron lugar a la extradición al Estado que requería al responsable para su juzgamiento.

Uno de esos Estados -que declaró la prescripción, y que negó la extradición aplicando su ley interna fue Chile-, en el caso de extradición pasiva contra Walter Rauff.¹²⁰

El Gobierno de la República Federal alemana, solicitó la extradición del ciudadano de esa nacionalidad Walter Rauff, en el año 1963. La extradición se requería para juzgar a Rauff por delitos de asesinatos u homicidios calificados, según la ley chilena, perpetrados contra no menos de 97.000 individuos de la raza judía, en territorios ocupados por alemanes en el año 1942.

La defensa alegó que la acción penal se encontraba prescrita, porque habían transcurrido más de 15 años, desde la comisión de los últimos delitos que se le imputaban, plazo de prescripción que establece el Código Penal Chileno.

El problema central residía en determinar si para calificar la prescripción debía estarse a la ley de del Estado requirente -ley alemana- la cual establece un plazo de prescripción de 20 años, por lo que la acción penal no se encontraba prescrita, o si debía aplicarse la legislación del Estado requerido, -la legislación chilena- que fija un plazo como ya vimos de 15 años, por lo cual se encontraba prescrita la acción penal.

¹²⁰ Este caso será analizado con mayor profundidad en el capítulo final de este trabajo.

El Presidente de la Corte Suprema, como tribunal de primera instancia concedió la extradición, pero luego el pleno de la Corte Suprema, conociendo de la apelación, acogió la prescripción de la acción penal, porque a su entender "la procedencia de esta excepción se manifiesta con sujeción a los principios del Derecho Internacional", por los cuales la ley a aplicar era la nacional.

Este fallo ha sido muy criticado por la doctrina nacional, a pesar de que el año 1963 no existía una Convención sobre la imprescriptibilidad de este tipo de delitos. Las críticas se dirigen fundamentalmente al hecho de que sí la Corte Suprema, decidió aplicar la ley chilena, debió aplicar todas las normas relativas a la prescripción, de modo que también debió aplicarse el artículo 100 del Código Penal, que establece como ya vimos que; "cuando el acusado o imputado se ausentare del territorio de la República, sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años". En virtud de esta disposición, la acción penal no se encontraba prescrita, ya que respecto de su país, Walter Rauff se encontraba en el extranjero, por ende el plazo de prescripción se entendía duplicado.¹²¹

Otros autores sostienen derechamente que el razonamiento de la Corte Suprema estaba errado, ya que consideran que la ley que debía aplicarse al caso era la alemana.

¹²¹ Ver **Alfredo Etcheberry.**, Op. Cit.(3)., tomo I , Pág. 98.

Artículo V:

Dispone que la convención estará abierta hasta el 31 de Diciembre de 1969 a la firma de los Estados miembros de Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, o de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de Naciones Unidas a ser parte de la presente Convención.

Artículo VI y VII:

Establecen que la Convención queda sujeta a ratificación y los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, y que quedará abierta a adhesión.

Artículos VIII Y IX:

Regulan la entrada en vigor de la convención y fijan los plazos para someter la Convención a revisión, luego de diez años de entrada en vigor.

En este último punto, con relación a someter la Convención a revisión, resulta atingente preguntarse que ocurre con los delitos, sí se pueden llamar "más modernos", que lesionan también muy gravemente al ser humano, como ocurre con el terrorismo o el narcotráfico. Lo cierto es que estos delitos no han sido incluidos dentro de los crímenes de mayor gravedad internacional, y respecto de ellos existen importantes inconvenientes de tipo político que deben ser

resueltos, lo que dificulta enormemente la posibilidad de llegar a algún acuerdo a su respecto.

Recordemos que Chile no ha ratificado la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Otros Estados han establecido en sus legislaciones nacionales la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, entre ellos Austria, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Hungría, Polonia. Por otra parte Colombia, Turquía, Japón, y los Países Bajos, establecen la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

Artículo X:

1) La presente Convención será depositada en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2) El Secretario General de las Naciones Unidas hará llegar copias certificadas de la presente Convención a todos los Estados mencionados en el artículo

3) El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el artículo V:

- i. Las firmas puestas en la presente Convención y los instrumentos de ratificación y adhesión depositados conforme a las disposiciones de los artículos V, VI, VII;

- ii. La fecha en que la presente Convención entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo VIII;
- iii. Las comunicaciones recibidas conforme a lo dispuesto en el artículo IX.

Artículo XI:

La presente Convención, cuyos textos en chino, español, francés, inglés, ruso, son igualmente auténticos, llevará la fecha 26 de Noviembre de 1968.

POSICIÓN DE LA DOCTRINA FRENTE A LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

De diversa naturaleza han sido los fundamentos que se han dado a favor de esta institución, como ya se ha expuesto, en nuestra opinión, la prescripción ha sido establecida por criterios político criminales, para mantener la paz social y la seguridad jurídica. Ahora bien, en el derecho internacional resulta al menos muy discutible decir, que el hecho de establecer términos de prescripción para los delitos universales, favorezca y fortalezca la paz y la seguridad internacional. Por el contrario se ha sostenido que respecto a los delitos internacionales de mayor gravedad, esto es, aquellos que lesionan más gravemente al ser humano e implican una negación de sus derechos fundamentales, deben ser siempre penados y reprimidos, ya que sólo así, estos fines de paz y seguridad que busca la comunidad internacional, pueden ser alcanzados.

A favor de esta posición se pronuncia Bustos Ramírez, quién señala que no se ve obstáculo para determinar que en ciertos casos se de la imprescriptibilidad así como en los crímenes de guerra y en los crímenes contra la humanidad.¹²²

A sí mismo Fontecilla sostiene: "Nada impide entre nosotros aceptar la imprescriptibilidad de los crimines de guerra y de lesa humanidad(...) no se puede alegar que una ley de este tipo pueda atentar al supuesto derecho que pueda tener el procesado a la prescripción del delito."¹²³

El profesor Zaffaroni se expone al respecto, diciendo: "que la excepción a la aplicación de las normas que establecen la prescripción, la encontramos en los crímenes que jamás puede sostenerse que corresponden a conflictos suspendidos, es decir a conflictos que hayan dejado de ser vivenciados, para pasar a ser meramente históricos, éste es el supuesto de los delitos contemplados en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968".

Una opinión distinta manifiesta Vargas Vivancos, quien si bien no se manifiesta partidario de la imprescriptibilidad, considera el "establecer términos de prescripción amplísimos en estos casos."¹²⁴

El profesor Bassiouni, en su proyecto de Código Penal Internacional, se pronuncia por la regla de la

¹²² **Juan Bustos Ramírez**, Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Editorial PPU, Cuarta Edición, Barcelona, año 1994., Pág. 461.

¹²³ Citado por **Vargas Vivancos**, Op Cit. Pág. 122.

¹²⁴ **Vargas Vivancos** Op Cit, Pág.123.

prescriptibilidad, estableciendo que ninguna actuación penal por crímenes internacionales, será "objeto de paralización o impedida su aplicación, por el transcurso de un plazo de prescripción inferior a la duración de la pena máxima prevista para el crimen en cuestión".

Por último Verdros sostiene, que " a favor de la vigencia de la prescripción en el derecho internacional, está la circunstancia de tratarse de una institución admitida por los ordenamientos jurídicos de todos los países civilizados".

Quienes son partidarios de aplicar reglas de prescripción en el derecho internacional, con el propósito de preservar el orden público internacional, reconocen que las dificultades se plantean debido a que no existe ley ni pena previa formalmente establecida, ni tampoco normas que fijen términos prescriptivos.

Otro punto a analizar frente al tema de la prescripción en el derecho internacional, es que ocurre con los derechos que puedan tener los inculpados a que su situación jurídica sea saneada con el transcurso del tiempo, como sabemos, este es uno de los fundamentos de la prescripción en el derecho interno. Respecto a este punto, se ha estimado que las normas de penales son de orden público por tanto no dan lugar a derechos adquiridos, de modo que el responsable de estos delitos no puede sostener que él tenga derecho a alegar la prescripción de ellos.

En este punto entonces, cabe hacernos dos preguntas; qué ocurre con los fundamentos de la prescripción en el derecho internacional y qué ocurre con la certeza jurídica.

Se estima que obtener la sanción de estos delitos internacionales, es un bien superior, quizás en cierta medida se requiere sacrificar la certeza, con el objeto de conseguir la represión efectiva de estos crímenes, lo que ciertamente resulta indispensable para la comunidad internacional.

En el supuesto antes señalado aparece la interrogante de que pasa entonces con la obtención y el mantenimiento de la paz social. Como ya fue analizado, en el derecho internacional, la paz y la seguridad social se obtienen cuando los delitos internacionales más graves sean siempre punibles, sin importar el tiempo que haya transcurrido desde que son cometidos, el lugar donde se encuentren los responsables, y sin importar las normas internas sobre prescripción que establezcan los distintos Estados. Se considera que dejar estos delitos sin represión, constituye el más grave atentado contra la paz y seguridad universales.

En definitiva se puede concluir que las razones que llevan a declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, son las mismas que sirven de fundamento a la institución de la prescripción en el derecho interno, esto es el mantenimiento de la paz y la seguridad de la sociedad, pero a diferencia de lo que ocurre en el derecho interno, en el campo internacional estos fines se obtienen prescindiendo de la institución de la prescripción.

Por último debemos destacar que esta convención ha sido ratificada por muy pocos países, demostrando que no ha existido por parte de los Estados un compromiso real y serio por respetar estos acuerdos, por someterse a una verdadera

jurisdicción universal, y por asegurar siempre y en todo caso la represión y castigo de estos crímenes.

En el plano teórico todos los Estados manifiestan su voluntad de proteger los derechos fundamentales del ser humano, la dignidad de las personas y castigar los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, pero esto no se ha visto reflejado en la práctica.

La Convención entró en vigor en 1970, siendo ratificada solamente por 10 naciones con este fin.

Sin embargo, cabe señalar que el estatuto de la Corte Penal Internacional -que entró en vigor el año 2002, luego de alcanzar el número de 60 ratificaciones-también establece que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles.

IV. LOS DELITOS UNIVERSALES.

El derecho internacional establece determinados tipos delictivos, para comportamientos individuales gravemente contrarios a las exigencias éticas elementales de la

*convivencia internacional, a los cuales por su gravedad se les denomina crímenes internacionales*¹²⁵

INTRODUCCIÓN

No es posible realizar un estudio sobre la amnistía, el indulto y la prescripción en el derecho internacional, sin incluir una referencia obligatoria sobre los delitos universales. Estos temas están íntimamente ligados, ya que es respecto de ellos, que se plantea en el campo internacional la problemática en torno a la conveniencia de que estos crímenes sean amnistiados, indultados o que puedan prescribir.

Podemos entender como Delitos Universales aquellos que por su extrema gravedad han ido creando un consenso en el derecho internacional con relación a la necesidad de ser siempre sancionados, en cualquier circunstancia, bajo cualquier supuesto en que se cometan, y que por alguna razón válida no sean dejados bajo la sola jurisdicción del estado que normalmente sería el competente para conocer de él.

Este consenso responde a una seria intención que se ha instalado en la comunidad internacional, en el sentido de que estos delitos -que lesionan tan profundamente al ser humano- sean fuertemente reprimidos. También se ha creado conciencia en torno a la necesidad de prevenir estas conductas

¹²⁵ **Hernán Salinas Burgos**, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.*, Revista Estudios Sociedad Chilena de Derecho Internacional, 1987.

delictivas, y para ello hoy existen distintas instancias que permiten asegurar de una mejor manera los derechos esenciales de los hombres.

Los delitos universales comprenden; los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad, los crímenes contra la paz, el genocidio, y el delito de agresión.

Las principales **características** que distinguen a estos crímenes dicen relación con;

- La gravedad del perjuicio que ocasionan.
- El número, muchas veces indeterminado de víctimas.
- El hecho de que es la comunidad internacional en su conjunto la que ve lesionada sus intereses.
- Las fuertes y excepcionales medidas de represión, que en estos casos el derecho internacional autoriza aplicar.

Sobre estos delitos universales, existen diversos instrumentos internacionales que junto con establecer la importancia de que sean reprimidos, explican, definen, y tipifican las conductas delictivas. Además indican bajo que circunstancias deben realizarse dichas conductas para configurar los ilícitos. Del mismo modo se preocupan de establecer presupuestos racionales y justos para determinar las sanciones que se impondrán a los responsables.

Entre estos instrumentos es importante destacar los estatutos de los distintos tribunales internacionales que se han creado, a saber:

- ♦ Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg.
- ♦ Estatuto del Tribunal Internacional del Medio Oriente.
- ♦ Estatuto del Tribunal Internacional de la Ex yugoslavia.
- ♦ Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda.
- ♦ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

De la misma forma existen diversas convenciones internacionales que tratan en forma particular cada uno de estos delitos, estos instrumentos revisten una enorme importancia para el estudio del Derecho Penal Internacional, debido a que aún no se ha creado un Código Penal Internacional, que se encargue de tipificar, sancionar y reunir en un solo cuerpo legal todos estos crímenes. Es necesario recalcar en este punto que la comunidad internacional no cesa en sus esfuerzos por conseguir la creación de un gran código de estas características.

CONTEXTO HISTÓRICO

Los primeros esfuerzos reales por crear una verdadera justicia internacional, los encontramos al término de la Primera Guerra Mundial, como una reacción de las naciones a las atrocidades perpetradas durante este primer gran conflicto armado. Así mediante el Tratado de Versalles, se estableció expresamente la constitución de un tribunal especial que tuviera la función de juzgar los actos criminales cometidos contra las potencias aliadas. Estos primeros pasos resultaron insuficientes y las medidas allí contempladas no lograron materializarse, ello debido a la falta de una real cooperación internacional, ya que diversos estados implicados en esta problemática se negaron a entregar a los inculcados para su juzgamiento. Estos estados plantearon y consiguieron que su propia justicia se encargara de juzgar a los culpables, y lamentablemente estos procesos se convirtieron en verdaderas farsas, sin lograrse el juzgamiento ejemplar que se buscaba. No obstante, a pesar del aparente fracaso por crear una verdadera justicia

internacional, no puede negarse que de esta manera se estableció un precedente importante para el posterior desarrollo del derecho penal internacional.

Los intentos de crear una justicia internacional continuaron al término de la II Guerra Mundial, con ella se comenzó a crear conciencia en la comunidad internacional respecto a la necesidad de entablar juicios por las graves violaciones a las leyes de la guerra.

Finalmente en el año 1945 en Londres se crea un Tribunal Especial para juzgar los crímenes ocurridos durante la II Guerra mundial, el Tribunal Internacional de Nuremberg, es en su estatuto donde por primera vez se visualiza lo que posteriormente conoceremos como delitos universales, ya que en su artículo sexto, se establecieron determinadas conductas criminales que serían perseguidas y sancionadas por su jurisdicción, dejando de referirse solamente a los de crímenes de guerra, e incluyendo dentro de estas conductas los crímenes contra la humanidad y los crímenes contra la paz.

Estas tres categorías de delitos son la base de lo que hoy conocemos como delitos universales, son los llamados "tipos clásicos de Nuremberg".¹²⁶

Posteriormente aparece como concepto el delito de genocidio, éste no fue agregado en el estatuto de Nurembreg, y es habitualmente señalado como tipo penal internacional clásico, ello debido a que al momento del establecimiento del

¹²⁶ **Waldo Bown Intveen**, Los Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional, Memoria de Título, Universidad de Chile., Pág. 53.

Tribunal Internacional, no se había asentado en el mundo jurídico el dicho término. Sin embargo, algunas de las conductas que generalmente se incluyen en la tipificación del delito de genocidio, sí fueron enumeradas dentro de las conductas que el artículo sexto del estatuto de Nuremberg establece como punibles; "asesinatos, exterminios antes o durante una guerra o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos."¹²⁷

Por lo señalado más arriba es efectivo que al hablar de los delitos universales, resulta obligatorio referirse al Tribunal Internacional de Nuremberg, a su estatuto y a los principios de Derecho Internacional que fueron reconocidos por éste, y posteriormente por las sentencias de dicho tribunal, ya que es en estos documentos donde se consagran como delitos estas conductas extremadamente graves, intensamente reprochadas a nivel internacional, y que hoy conocemos como delitos universales.

Este conjunto de crímenes se incluye en todos los estatutos de tribunales internacionales creados después del Tribunal de Nuremberg, con la salvedad de haberse agregado con posterioridad el delito de genocidio una vez que el término fue acuñado por los juristas internacionales. Luego se agregó el concepto de delito de agresión logrado un consenso en cuanto a su definición. De este modo queda completo el catálogo de los delitos universales.

LOS DELITOS UNIVERSALES EN PARTICULAR

¹²⁷ Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, artículo 6.

I. LOS CRÍMENES DE GUERRA.

Contexto Histórico.

Como sabemos, la guerra es una de las actividades más arcaicas de la humanidad. Encontramos precedentes históricos ya desde la época de la antigüedad, nos referimos aquí particularmente al modo de conducir las hostilidades, y al tratamiento de los soldados vencidos o prisioneros. Normas de este tipo es posible encontrarlas en la Biblia, en occidente durante la época greco-romana, en la antigua China y en la India. Sin embargo, su caracterización como crímenes internacionales es relativamente reciente.

Es en torno al fenómeno de la guerra, que comenzó a formarse originalmente el Derecho Internacional Penal. Ya en el año 1867, se celebró la Conferencia Internacional de San Petersburgo, que culminó con la llamada "Declaración de San Petersburgo", cuyo objetivo era prohibir el empleo de las llamadas "Balas Explosivas". En el preámbulo de esta declaración se resume el principio básico que ha inspirado y constituye la premisa de todas las convenciones y declaraciones posteriores: *El progreso de la civilización debería producir el efecto de disminuir en la mayor medida posible las calamidades de la guerra; el único objetivo legítimo que las naciones deben proponerse alcanzar en una guerra es el de debilitar las fuerzas militares enemigas, y para este propósito es suficiente incapacitar el menor número posible de hombre: este propósito sería sobrepasado por el empleo de armas que agravaran inútilmente los sufrimientos de*

*los incapacitados o hicieran su muerte inevitable; por tanto el empleo de dichas armas sería contrario a las leyes de la humanidad*¹²⁸. Como observamos el único objetivo legítimo de la guerra, es doblegar al enemigo, y vencerlo, procurando siempre provocar el menor daño posible.

Otro antecedente lo encontramos en el año 1874, cuando el Zar de Rusia, convocó a una conferencia en Bruselas, cuyo fruto es el llamado "Protocolo de Bruselas", destinado a revisar "las costumbres generales de la guerra". Este Protocolo no entró en vigencia por falta de ratificaciones suficientes, pero la mayor parte de su contenido sirvió de base a un importante documento elaborado en el año 1880 por el Instituto de Derecho Internacional, el llamado "Manual de Oxford", cuyo nombre oficial es "Manual de Las Leyes de la Guerra Terrestre".

El Derecho De La Haya.

Nuevamente fue el Zar Nicolás II de Rusia quien invitó a una conferencia de Paz que se reunió por primera vez en La Haya en el año 1899. En esta Conferencia se emitieron una serie de declaraciones y se aprobaron algunas convenciones que constituyen las Convenciones de La Haya de 1899, que posteriormente serían revisadas y reformadas en una segunda Conferencia también en la ciudad de La Haya hacia el año 1907. Estos instrumentos internacionales forman propiamente el llamado "Derecho de La Haya", que regula básicamente las

¹²⁸ Apuntes de Derecho Internacional Penal, curso de profesor **Alfredo Etcheberry**, año 2002.

armas permitidas y prohibidas y el modo de emplearlas en un conflicto bélico.

Dentro de la serie de declaraciones de La Haya de 1899, cabe destacar las siguientes:

- Declaración para prohibir por el término de 5 años el lanzamiento de proyectiles y explosivos desde globos aerostáticos u otros medios similares. A este respecto resulta interesante señalar que hasta nuestros días este constituye el único instrumento internacional que regula la guerra aérea.
- Declaración para prohibir proyectiles cuya única función sea la de difundir gases tóxicos o asfixiantes.
- Declaración para prohibir el uso de balas que se expanden o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.

No obstante la importancia de los instrumentos internacionales señalados más arriba y que fueron aprobados en La Haya en 1899, sin duda que el más importante es la Segunda Convención, que actualmente corresponde a la Cuarta Convención de La Haya de 1907, y que contiene una serie de reglamentaciones que hasta el día de hoy constituyen la formulación básica del derecho de guerra terrestre, cuyos principios son considerados derecho consuetudinario vigente en todos los escenarios de la guerra.

Ante la imposibilidad de regular todas las circunstancias fácticas que puedan producirse durante un conflicto armado, y en vista del desarrollo constante y progresivo de la ciencia y la tecnología, las partes adoptaron la célebre "Cláusula Martens", que señala: *Hasta*

*que se haya alcanzado un código más completo sobre las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes consideran procedente declarar que, en los casos no comprendidos en las regulaciones anexas, los habitantes y los beligerantes se encuentran bajo la protección y la vigencia de los principios de derecho de gentes, tal como resultan de las costumbres establecidas entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública.*¹²⁹

Esta cláusula, aparece desde entonces en todos los tratados internacionales posteriores que reglamentan conflictos armados. Constituye una declaración expresa de la vigencia y obligatoriedad del derecho consuetudinario, que se aplica universalmente, y que es aceptado como expresión del derecho internacional.

Hasta la fecha no ha habido una conferencia internacional, para revisar el derecho de La Haya en su conjunto, pero han existido aquellas dedicadas a la revisión de ciertos temas específicos:

- ♦ Protección de bienes de valor cultural en los conflictos(1954).
- ♦ Prohibición de uso militar u hostil de técnicas de modificación del medio ambiente(1976).
- ♦ Producción, almacenamiento y empleo de armas químicas.
- ♦ Protocolos I Y II de las Convenciones de La Haya (1977).

¹²⁹ Apuntes de curso Derecho Penal Internacional, profesor **Alfredo Etcheberry**, año 2002.

- ♦ Los artículos 22 y 23, limitaron los medios de la guerra, amplían el catálogo de armas prohibidas, prohíben la inflicción de sufrimientos innecesarios, normas que con mayor probabilidad pueden dar lugar a responsabilidad internacional.

Derecho De Ginebra.

El Derecho de Ginebra, también conocido como Derecho Internacional Humanitario, constituye una parte esencial del derecho internacional. Hace referencia a contextos de conflictos armados y contiene disposiciones para la protección de personas que no participan o dejaron de participar en las hostilidades, así como restricciones de los métodos y medios de hacer la guerra. El objetivo del Derecho Internacional humanitario es reducir los sufrimientos causados por la guerra, tratando de proteger a las víctimas y de ayudarlas en la medida de las posibilidades. Para ello se basa en la realidad internacional de los conflictos armados, sin cuestionar las razones o la eventual justificación desde el punto de vista del derecho internacional para desatar una guerra o un conflicto armado.

El Derecho Internacional Humanitario se encuentra contemplado en las Convenciones de la Haya -mencionadas en el acápite anterior-, y principalmente en los cuatro Convenios de Ginebra del año 1949, cabe decir que casi la totalidad de los estados forman parte de dichos convenios.

Los cuatro convenios de Ginebra son los siguientes:

- I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para Aliviar la suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.
- II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para Aliviar la suerte que corren los Heridos, los Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.
- III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra.
- IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra.

Estos instrumentos fueron complementados posteriormente por otros dos: Los Protocolos Adicionales de 1977.¹³⁰

La mayor parte del Derecho Internacional humanitario hace referencia al contexto de un conflicto armado internacional, librado entre Estados como sujetos del derecho internacional. Para conflictos armados no internacionales, o sea, conflictos internos de un país (guerras civiles, por ejemplo), el Derecho Internacional Humanitario dispone de un menor número de normas, las cuales, sin embargo, también tienen una gran importancia.

Es importante destacar que con la reciente creación de la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto entró en vigor en el mes de julio del año 2002, se abre un importante mecanismo

¹³⁰ Los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra son los siguientes:

- 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), de 8 de junio de 1977.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977.

de aplicación efectiva para las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario.

La gran mayoría de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario son aceptadas universalmente como derecho consuetudinario y aún más, como normas de *Jus Cogens*.

Hechas las precisiones anteriores nos avocaremos a continuación al estudio en particular de los crímenes universales.

Concepto De Crímenes De Guerra.

El llamado "Derecho de la guerra" esta compuesto por el Derecho de La Haya y el Derecho de Ginebra.

Podemos definir los Crímenes de Guerra como: "toda infracción grave a las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales o no internacionales".

El Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, y los distintos instrumentos internacionales que se han acordado con posterioridad, establecen que es lo que debe entenderse por crímenes de guerra. En particular se comprenden los siguientes crímenes cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes:

- a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

- I. Matar intencionalmente;
- II. Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- III. Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- IV. Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- V. Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona a prestar servicios en las fuerzas de una potencia enemiga;
- VI. Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;
- VII. Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;
- VIII. Tomar rehenes;

b) Otras violaciones graves e las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

- I. Dirigir internacionalmente ataques contra la población civil en cuanto a tal, o contra civiles que no participen directamente en hostilidades;
- II. Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetivos no militares;

- III. Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetivos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
- IV. Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea;
- V. Atacar, bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;
- VI. Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;
- VII. Utilizar indebidamente la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra y causar así la muerte o lesiones graves;
- VIII. El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

- IX. Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;
- X. Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
- XI. Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;
- XII. Declarar que no se dará cuartel;
- XIII. Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;
- XIV. Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;
- XV. Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra.
- XVI. Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
- XVII. Utilización de veneno o armas envenenadas;

- XVIII. Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;
- XIX. Emplear armas proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa.
- XX. Cometer ultrajes contra la dignidad de las personas, en particular tratos humillantes y degradantes;
- XXI. Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra.
- XXII. Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas y fuerzas militares;
- XXIII. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitario, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenio de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

XXIV. Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra.

XXV. Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves al artículo tercero común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas que hayan depuesto las armas y que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención, o cualquier otra causa;

- I. Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
- II. Los ultrajes contra la dignidad personal en particular los tratos humillantes y degradantes;
- III. La toma de rehenes;
- IV. Las condenas dictadas y ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables;

d) El párrafo 2 C) del presente artículo se aplica a conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones

internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

- I. Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en hostilidades;
- II. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
- III. Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados.
- IV. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
- V. Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
- VI. Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado,

esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo tercero común a los cuatro Convenios de Ginebra;

VII. Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

VIII. Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

IX. Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;

X. Declarar que no se dará cuartel;

XI. Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico o dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

XII. Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.

f) El párrafo 2E) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un estado cuando existe un conflicto armado

prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d), afectará la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el estado y de defender la unidad e integridad territorial del estado por cualquier medio legítimo.

Resumiendo podemos señalar que los delitos o crímenes de guerra, establecen la sanción y represión de una serie de prácticas que constituyen violaciones graves al derecho humanitario, y a los usos y costumbres de la guerra.

Recepción de Los Crímenes De Guerra por el Derecho Chileno.

Chile Tradicionalmente ha colaborado con los convenios y tratados internacionales más importantes que conciernen a la guerra, y ha adherido a ellos. Entre estos, merecen ser destacados:

- Las Convenciones de La Haya de 29 de Junio de 1899, sobre Leyes y Usos de la Guerra Terrestre y Marítima, ratificadas en 1908;
- El Convenio de Ginebra de 06 de Julio 1de 1906, para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos en los ejércitos beligerantes, ratificado en 1909;
- El Protocolo de Ginebra de 17 de Junio de 1925, concerniente a la prohibición de emplear en guerra gases asfixiantes, tóxicos o similares, medios bacteriológicos, ratificado en 1935;
- La Convención de Berna de 27 de Julio de 1933;

- Convención de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, ratificado el 05 de Diciembre del año 1950, es decir, apenas un año después de que fueron acordados en el plano internacional.

Es importante recordar que el Código Penal Chileno data del año 1874, esto es cinco años antes del inicio y desenvolvimiento del más importante conflicto armado internacional que ha enfrentado Chile en su historia, nos referimos a la Guerra del Pacífico desarrollada entre los años 1879 a 1884. La antigua data del referido cuerpo legal - sumado al hecho de que en el campo del derecho internacional es muy incipiente el desarrollo convencional relativo a la guerra- explica porque en el cuerpo punitivo, no exista ninguna norma, tipificación o sanción respecto a los crímenes de guerra.

El desarrollo de esta materia quedaría entregada al Código de Justicia Militar, aprobado por el Decreto Ley N° 806, de 23 de Diciembre de 1925. Dicho decreto contiene la ley penal militar del país, y que permanece en vigor con algunas modificaciones hasta hoy. Lo cierto es que a pesar de que este código contempla ciertos crímenes de guerra, la lista no es tan completa y acabada como la vigente en el plano internacional, y la estructura y contenidos típicos de las figuras no se ajustan en general a los tratados ratificados por Chile hasta mediados del siglo pasado, particularmente a los Convenios de Ginebra del año 1949.

Las disposiciones del Código de Justicia Militar, que es pertinente analizar, son las siguientes:

- Artículo 261: castiga con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados(o sea sesenta y un días a cinco años) al que:

1º) "Obligues a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, los maltrate de obra, los injurie gravemente, o los prive de los alimentos indispensables o de la asistencia médica necesaria"; delito que guarda cierta relación con los del artículo 8º, número 2, letras a, v, y b, XXI, del Estatuto de la Corte Penal Internacional;

2º) "Contraviniendo las instrucciones recibidas, sin necesidad y maliciosamente, ataque hospitales o asilos de beneficencia dados a conocer por los signos establecidos para tales casos, o destruya templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte"; delito en parte coincidente con los del artículo 8º, número 2, letra b, IX y XXIV, del Estatuto de la Corte Penal Internacional;

3º) "Contraviniendo también las instrucciones recibidas y sin exigirlo las operaciones de la guerra, destruye vías de comunicación, telegráficas o de otra clase"

- Artículo 263: que castiga con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grado(de cinco años y un día a veinte años) al que:

1º) "Despoje de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselos".Aquí la pena puede elevarse hasta la de presidio perpetuo, sí "al despojar al herido le causare otras lesiones o le agravase notablemente su estado, poniendo en peligro su vida o causándole su pérdida";

2º) Por crueldad y fuera del caso de legítima defensa, cometa violencias innecesarias contra un militar herido o enfermo. Ambas hipótesis, guardan lejana relación con lo establecido en el artículo 8, número 2, letra b, XIII, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

- Artículo 264: que castiga con la pena de reclusión menor en sus grado mínimo a medio (sesenta y un días a tres años), al que "en tiempo de guerra y en la zona de operaciones de una fuerza en campaña use sin derecho las insignias, banderas o emblemas de la Cruz Roja"; delito de alcance mucho más circunscrito que el del artículo 8, número 2, letra b, VII, del Estatuto.

Al analizar estos artículos, inevitablemente nos preguntamos si estos delitos suponen o no un conflicto armado internacional, ante esta interrogante el derecho interno responde que no. Al respecto el artículo 418 del Código de Justicia Militar contiene una auténtica interpretación contextual de lo que debe entenderse como estado o tiempo de guerra para efectos de sus artículos, incluidos los que se refieren a crímenes de guerra. Debemos entender que estos existen o se dan *no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial.*

La referencia al estado de sitio, que es un estado de excepción constitucional que decreta el Presidente de la República con acuerdo del Congreso, precisamente en caso de "guerra interna o conmoción interior", es lo que hace pensar a la doctrina, y a nuestro entender acertadamente, que la

situación de guerra, en que pueden ser cometidos los mencionados crímenes, abarca tanto conflictos externos como a la guerra interna.

Los crímenes de guerra no han encontrado una aplicación en la jurisprudencia, ya sea por falta de conflictos armados entre Chile y otros países durante el siglo XX, o porque en la mayoría de las ocasiones en que se decretó estado de sitio a partir de 1926 -año en que empezó a regir el Código de Justicia Militar- se interpretó generalizadamente que el país no se encontraba en un verdadero estado de guerra civil. Tampoco representa una excepción a esto último, el Decreto Ley N° 5 del 22 de septiembre del año 1973, por el cual la Junta de Gobierno dispuso que el estado de sitio impuesto por el Decreto Ley N° 3 del 18 de septiembre de ese mismo año, debía entenderse como "Estado o Tiempo de guerra".

El propósito de estas normas jurídicas era dar paso a la competencia de los tribunales militares, previstos para tiempos de guerra y perseguir con sus sumarísimos procedimientos a quienes el régimen militar, consideraba sus enemigos políticos.

En los últimos años la jurisprudencia ha mostrado una interesante evolución, en especial en el tema referente al problema de la aplicabilidad interna de las normas de derecho internacional, que consagran la obligación indeclinable de los Estados en orden a castigar los crímenes de guerra. Ciertos fallos empiezan a consolidar el criterio de que, una vez incorporado al ordenamiento constitucional chileno -previa ratificación- puede fluir de ciertos tratados la prohibición para el legislador del uso de medios jurídicos

que impliquen la impunidad de las más graves ofensas contra los derechos fundamentales del individuo, al menos cuando fueren cometidas en territorio nacional.

Respecto al cuestionado Decreto Ley 2.191, recordaremos su artículo 1º que concedía amnistía a todas las personas que 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 actualmente no se encuentren sometidas a proceso o condenadas.

Este cuerpo legal permite amnistiar ciertas conductas que se encuentran especificadas por diversas convenciones internacionales; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹³¹, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas de 1944. De los mencionados instrumentos fluye la inequívoca voluntad de que las obligaciones y actos que consagran, escapan a la potestad de amnistiar, tanto por el compromiso de los Estados ratificantes de adoptar las medidas necesarias para que esos ilícitos no queden sin castigo, cuanto por la explícita indicación de que no pueden ser considerados delitos políticos, ni se pueden invocar circunstancias excepcionales para justificar su perpetración.

¹³¹Dicho pacto se encuentra en vigor en Chile desde el 29 de Abril de 1989.

Actualmente la Corte Suprema ha manifestado que; "el Estado de Chile se impuso en las citadas Convenciones la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren participar en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente sé fueren detenidas; quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores (...)En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido, en especial si se tiene presente que (...) los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe; de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los convenios respectivos."¹³²

De este modo se uniforma el criterio de la jurisprudencia nacional, en el sentido de respetar los convenios internacionales ratificados, y por lo tanto sancionar siempre y bajo todo supuesto que se cometan los crímenes de guerra.

II. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.

Antecedentes históricos

Estos crímenes nacen fundamentalmente con posterioridad a la segunda guerra mundial, y se encuentran estrechamente

¹³² Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), Persecución Penal de los Crímenes Internacionales en América Latina y España, Montevideo Uruguay., 2003.

ligados al estado de guerra. En efecto el estatuto del tribunal militar de Nuremberg, sólo incluía entre los crímenes de lesa humanidad a los crímenes cometidos durante la guerra.

Al finalizar la segunda guerra mundial, varios gobiernos aliados expresan sus deseos de investigar, procesar y castigar, no sólo a los criminales de guerra en sentido estricto, sino también a todos aquellos que atentaron gravemente contra el ser humano durante el desarrollo de este conflicto bélico. Es así como los estados de Francia, La Unión Soviética, El Reino Unido, y Estados Unidos, firmaron el "Acuerdo de Londres" el 8 de Agosto del año 1943. Por medio de este acuerdo se incorpora un cambio sustancial en el ordenamiento jurídico internacional, ya que por primera vez se habla de crímenes de lesa humanidad, como una categoría de delitos distinta de los crímenes de guerra.

Los crímenes de lesa humanidad no habían sido codificados por tratado alguno antes del Acuerdo de Londres, a diferencia de los crímenes de guerra, que fueron tipificados a principios del siglo pasado. Los primeros antecedentes de crímenes contra la humanidad los podemos encontrar en el año 1868 -y siempre muy ligados a los conflictos armados- en la Declaración de San Petersburgo, donde se prohibía el uso de ciertas balas de expansión por considerarse contrario a las *leyes de la humanidad*, también en la Cláusula Martens que se incorporó a las convenciones de la Haya.

Otro antecedente lo encontramos en la declaración hecha por Francia, Inglaterra y Rusia del año 1915, en la que se

denunció como "*crímenes contra la humanidad*" la matanza de Armenios perpetrada en Turquía.

Todos estos acontecimientos históricos comienzan a delinear el contenido a los crímenes de Lesa Humanidad, que encuentran su primera referencia escrita y formal en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, que en su artículo 6º, otorga competencia al tribunal para enjuiciar y castigar a quienes actuando a título personal o como miembros de organizaciones del Eje Europeo hubiesen cometido Crímenes de Guerra, Crímenes de Lesa humanidad, Crímenes contra la Paz. La letra C de dicho artículo establecía que constituían Crímenes de Lesa Humanidad; el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

En la historia más reciente podemos encontrar importantes referencias y consagraciones de los crímenes de Lesa Humanidad, tanto en los Estatutos de los Tribunales para la Ex Yugoslavia como para Ruanda.

El estatuto del Tribunal para la Ex Yugoslavia se refiere a los crímenes competencia del tribunal en los siguientes términos; *El Tribunal internacional está habilitado para juzgar presuntos responsables de los siguientes crímenes, cuando estos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado de carácter internacional o interno y dirigidos contra cualquier población civil:*

- *Asesinato.*
- *Exterminación.*
- *Reducción a la servidumbre.*
- *Expulsión.*

- *Encarcelamiento.*
- *Tortura.*
- *Violaciones.*
- *Otros actos inhumanos.*

En términos muy similares se refiere a los Crímenes de Lesa Humanidad, el Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda, que en su artículo 3º establece: *El Tribunal Internacional para Ruanda ésta habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes, cuando estos sean cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático y dirigidos contra cualquier población civil, en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:*

- *Asesinato.*
- *Exterminación.*
- *Reducción a la servidumbre.*
- *Expulsión.*
- *Encarcelamiento.*
- *Tortura.*
- *Violaciones.*
- *Persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos.*
- *Otros actos inhumanos.*

Otros instrumentos que se tuvieron en cuenta para delimitar los crímenes de Lesa Humanidad como los contempla el Estatuto de Roma, son los siguientes:

- Convención sobre la represión y sanción del Crimen de Apartheid.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, Noviembre 1963.
- Convención contra la Tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, año 1984.

Características de Los Crímenes Contra la Humanidad.

En un sentido muy general podemos afirmar, que no basta la existencia de una violación a los derechos humanos para encontrarnos frente a un crimen de Lesa Humanidad.

El crimen de Lesa Humanidad se caracteriza fundamentalmente por dos condiciones; *el acto debe ser excepcionalmente grave, y por otra parte debe tratarse de un ataque sistemático, no considerando el carácter masivo sino la intención del autor de eliminar a un grupo determinado.* Por lo cual el elemento masa no es fundamental, aunque muchas veces se requiera para poder tipificar un delito como crimen contra la humanidad.

"Así es que las violaciones a los derechos humanos no pueden considerarse crímenes contra la humanidad, salvó que reúnan el carácter de gravedad extrema y vayan contra la conciencia de la humanidad."¹³³

Hay ciertos crímenes que no se encuentran claramente delimitados, o que se pueden encuadrar en más de una categoría de delito internacional, como es por ejemplo el Terrorismo, que constituye a la vez crimen contra la humanidad y crimen contra la paz.

Recepción de Los Crímenes de Lesa Humanidad por el Derecho Chileno.

La situación respecto a los delitos de Lesa Humanidad en Chile es en nuestra opinión sumamente insatisfactoria.

El Código Penal Chileno conoce el delito de Tortura, que fue profundamente modificado y ampliado mediante una reforma

¹³³ **Hernán Salinas Burgos**, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.*, Revista Estudios Sociedad Chilena de Derecho Internacional, 1987.

del año 1998, a raíz de la ratificación por parte del Estado de Chile e de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes¹³⁴. Actualmente los artículos 150 a Y 150 b de nuestro Código Penal configuran de manera adecuada el delito de tortura, abarcando todas las formas de ejecución y participación en él, sin embargo, no aparece establecida en los tipos descritos por nuestro código la exigencia del Artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es decir, no se exige que el acto se cometa "como parte de un ataque generalizado o sistemático, contra una población Civil".

Por otro lado el Código Penal regula la tortura como uno de los delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución de la República, y se ha establecido por la doctrina que su objeto jurídico es la libertad y seguridad individual del atormentado. De forma que resulta discutible que el delito de tortura revista en Chile el carácter de un genuino crimen internacional. Claramente no constituye un crimen de Lesa Humanidad, ya que no coincide la definición que contempla el código Penal chileno con la caracterización que se imprime al delito de tortura en los distintos instrumentos internacionales, especialmente el Estatuto de Roma¹³⁵.

¹³⁴ Convención ratificada por nuestro país con fecha 26 de noviembre de 1988.

¹³⁵ El artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del

Inexplicablemente en el Código chileno el plagio civil resulta atípico; y las detenciones ilegales cometidas por empleados públicos facultado para detener, arrestar y desterrar a una persona que no responden al esquema rector de la desaparición forzada de individuos, tienen una penalidad sensiblemente menor a la del secuestro.

Algo parecido ocurre con el delito de trata de personas, que se regula desde hace pocos años en el Código Penal chileno como un delito contra la libertad sexual.

En síntesis podemos afirmar que los delitos de Lesa Humanidad, como tales crímenes internacionales resultan completamente ajenos al ordenamiento chileno, y los tipos y penas que se contemplan en nuestro Código Penal que podrían enmarcarse dentro de los crímenes contra la humanidad sólo captan una exigua parte de su contenido antijurídico.

III. LOS CRÍMENES CONTRA LA PAZ.

derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

Características de Los Crímenes Contra la Paz.

Los crímenes contra la paz incluyen una serie de conductas y prácticas que se caracterizan por atentar contra la paz y la seguridad internacional, ya sea porque constituyan un quebrantamiento de la paz o una amenaza para esta.

Otra Particularidad que presentan estos crímenes es que comprometen la soberanía o la integridad territorial de un Estado. Igualmente tienen la cualidad de que solamente pueden ser cometidos por las autoridades de un Estado.

La última característica mencionada ha sido discutida por algunos juristas internacionales, quienes sostienen que los crímenes contra la paz, no sólo pueden ser cometidos por un Estado, ya que existe una serie de prácticas que atentan contra la seguridad e integridad territorial de una nación que pueden ser cometidas por particulares, en especial tratándose del crimen de **terrorismo**.

A través de los años ha existido un esfuerzo de parte del derecho internacional por encontrar una definición de **agresión** que concuerde de la manera más precisa con el concepto de guerra de agresión, que se ha sido incluido como crimen contra la paz, y que se ha transformado en la principal figura delictiva que tipifica estos delitos.

La agresión ha sido definida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, como el empleo de fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la

independencia política de otro Estado o de cualquier otro modo incompatible con la Carta de Naciones Unidas.

Un tema que ha sido discutido en el ámbito internacional es si la Agresión Económica debe ser considerada en forma específica como un crimen contra la paz. "Los que afirman que la agresión económica constituye un crimen contra la paz, sostienen que la independencia de un Estado es formal y carece de contenido real, a menos que vaya unida a la independencia económica".¹³⁶ Para ello se basan en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los estados y la protección de su independencia y soberanía y sobretodo en la Declaración relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales.

Quienes sostienen que la agresión económica no constituiría un crimen contra la paz, se basan en la interpretación tradicional del concepto de agresión, limitándolo a la acepción de agresión armada, remitiendo la agresión económica a la intervención.

Intervención es un concepto difícil de precisar, tanto en lo relativo a su naturaleza como a su manifestación. Consiste en la intromisión de las autoridades de un Estado en los asuntos internos o externos de otro Estado. Puede ser de carácter militar, política o económica, la de carácter militar esta incluida en el concepto de agresión. El elemento

¹³⁶ **Hernán Salinas Burgos** *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.*, Revista Estudios Sociedad Chilena de Derecho Internacional, 1987.

de coacción es lo que distingue una intervención lícita de una ilícita. En el proyecto de Código de crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, sólo se incluyó "las medidas coercitivas de índole política o económica".

Otra cuestión que ha sido altamente debatido, es la inclusión del delito de terrorismo como crimen contra la paz. Si bien este delito es cometido por particulares, hay quienes sostienen que sus efectos coinciden plenamente con el daño sancionado por este tipo de crímenes internacionales. Sin embargo, la posición mayoritaria ha manifestado que aunque el terrorismo puede ser practicado por un individuo o un grupo, lo que le da el carácter internacional, es la participación de un Estado en su concepción o su realización, así como el hecho de que se dirija contra otro Estado, sin la participación de los Estados -señalan- el terrorismo a pesar del grave daño que produce no sería parte del catálogo de crímenes contra la Paz.

El criterio nos parece altamente discutible ya que existen numerosos casos de actividades terroristas que no conllevan la participación directa o indirecta de un Estado, pero no por esa circunstancia dejan de ser sus efectos sumamente lesivos a los valores de la humanidad. Basta reflexionar sobre los acontecimientos de esta índole que se han sucedido durante los últimos años a escala mundial.

Definición De Crímenes Contra La Paz.

Una primera definición o tipificación de estos crímenes la encontramos en los Principios de Derecho Internacional

reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg:

Principio VI; los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional:

a) Delitos contra la Paz:

- I. Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales.
- II. Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso I.

Una segunda definición es la que se contempla en el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad cuando define el crimen de agresión:

"El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento de una guerra de agresión cometida por un Estado u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión".

Recepción de los Crímenes Contra la Paz por el Derecho Chileno.

Nuestra legislación nacional presenta un sensible vacío a este respecto, ya que no existe ninguna referencia, ningún trazado, ninguna figura delictiva, que pueda ser siquiera relacionada con los crímenes Contra la Paz en el ordenamiento jurídico chileno.

IV. EL DELITO DE GENOCIDIO.

El delito de genocidio es uno de los más recientes dentro de los crímenes que se incluyen entre los llamados delitos universales. Esto no se debe a que los actos que lo constituyen sean novedosos, o no se conocieran antes de la década del cuarenta, esta inclusión tardía dice relación más bien, con la búsqueda que realizan los juristas del término apropiado para referirse a estas conductas que si bien eran conocidas desde principios de siglo, desde la I Guerra mundial, no tuvieron existencia y consagración legal sino hasta el término de la II Guerra mundial, con más precisión en los últimos años de la década del cuarenta.

El jurista Rafael Lemkin se avocó a encontrar la denominación que identificaría a estas graves conductas que atentaban tan violentamente a la especie humana.

Finalmente creó un término basado en la combinación de la palabra griega "GENUS" (pueblo) y el verbo latino "CAEDERE"(cortar, matar), el resultado es la palabra GENOCIDIO, que vio la luz por primera vez en el texto de Lemkin " Axxis rule in occupied Europe" (El dominio del eje en la Europa ocupada).

El genocidio se caracterizaba por motivaciones basadas en motivos raciales, políticos o religiosos, era definido como el intento de destruir una nación y borrar su identidad cultural, esto llevó en la época a hablar de una "desnacionalización", término que no resultaba del todo apropiado, finalmente de la unió la palabra griega

"GENOS"(RAZA, CLAN), y el sufijo latino "CIDIO" (matar), dando la conformación definitiva al concepto de genocidio.

Aunque, como ya vimos, originalmente la palabra genocidio no figuraba en el estatuto del Tribunal Internacional de Nurembreg, el término fue usado de manera más o menos oficial en el desarrollo de los alegatos realizados ante dicho tribunal, aunque no era nombrado los contenidos básicos de este crimen se encontraban presentes en el estatuto de Nuremberg, bajo el apartado de crímenes contra la humanidad, de los cuales se ha dicho es una especie, quizás la más grave.

Finalmente en el año 1948 y a partir del nuevo término de Lemkin y en el contexto del derecho de Nuremberg, se aprobó el 9 de Diciembre la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, la cual se encuentra vigente hasta ahora.

Definición del Delito de Genocidio.

El genocidio incluye una serie de prácticas, cuando estas se cometen con la intención de destruir total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto tal:

- ♦ Asesinato de miembros del grupo;
- ♦ Graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- ♦ Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial;
- ♦ Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo;

Es fundamental para reconocer el delito de genocidio entender la expresión **en cuanto tal**, referida a identificar un grupo por su naturaleza y lo que representa, se hace referencia a un conjunto de personas que son atacadas y que se caracterizan por compartir un denominador común, sea éste de carácter religioso, nacional, étnico, etc. El ataque se produce entonces en consideración al hecho de conformar ese grupo, y en razón de lo que representan. Este es el elemento subjetivo que se requiere, para configurar el tipo de genocidio.

En la Convención también se establece que se sancionarán otra serie de actos que dicen relación con la prevención del delito de genocidio.

- ♦ La asociación para cometer genocidio.
- ♦ La instigación directa y pública a cometer genocidio.
- ♦ La tentativa de genocidio.
- ♦ La complicidad en el genocidio.

En este punto es importante destacar como se incluyen y sancionan actitudes que no importan la realización de la conducta delictiva, pero sí implican la promoción del delito de genocidio. Es muy valioso que se incluyan sanciones a estas conductas de modo que se favorezca al máximo la prevención de estos crímenes.

Recepción del Crimen Internacional de Genocidio por el Derecho Chileno.

El 11 de Diciembre del año 1953, el estado de Chile ratificó la Convención para la prevención y sanción del

delito de genocidio(1948), sin embargo no se ha hecho la adecuación de la legislación interna imprescindible para poder perseguir y sancionar semejantes actos.

Lo cierto es que por el hecho de no existir en la legislación interna un equivalente exacto de genocidio u otro crimen internacional, no significa necesariamente que estos vayan a quedar impunes, es suficiente que los actos que los constituyen puedan ser castigados conforme a algún delito de los que se tipifican en el Código Penal chileno.

Ha habido un intento concreto por incluir el delito de genocidio en el Código Penal, fruto de una moción presentada al Senado de la República el 5 de Octubre del año 1992, al año siguiente es aprobado el proyecto con algunas modificaciones, sin embargo en la cámara de Diputados, en su segunda fase del proceso legislativo, la tramitación se entorpeció y permanece detenida desde el año 1998, sin que se visualice la posibilidad de que dicha iniciativa pueda concluir con éxito.

Por tanto aunque no se conoce en la legislación chilena ni formal ni terminológicamente el genocidio, si se tipifica otra serie de conductas asesinatos, secuestros, lesiones, aplicación de tormentos y otras que quedan comprendidas en el concepto de genocidio, por lo cual dichas conductas pueden caer bajo pena, aunque en estricto rigor el Código Penal chileno no contemple el genocidio.

El problema radica en que la carencia de tipos ad hoc, pueda determinar que el contenido de injusto de esos crímenes no quede suficientemente reprobado con la sola aplicación de

las disposiciones internas sobre asesinatos, secuestros, etc.¹³⁷

V. LA IMPUNIDAD

CONCEPTO DE IMPUNIDAD

Durante el desarrollo del presente trabajo, y al analizar especialmente las instituciones de la amnistía, el indulto y la prescripción, hemos podido vislumbrar la presencia de un concepto que atraviesa transversalmente el estudio de estos temas, y al que no podemos dejar de

¹³⁷Jose Luis Guznán Dalbora, incluido en kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores)., Op. Cit.

referirnos de manera especial. Pareciera ser que en el contexto internacional se concuerda en que existen ciertos crímenes -aquellos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos-, que no pueden quedar sin castigo, es decir que respecto de ellos no puede existir impunidad.

Entendemos por impunidad la *"ausencia o falta de castigo para los perpetradores de una conducta jurídicamente reprochable"*.

También se ha definido la impunidad como un *fenómeno que implica dejar sin castigo a culpables de crímenes o delitos, que afectan a individuos y grupos sociales, que se imponen en forma repetida y dominante, generando incertidumbre a propósito de la confianza en el proceso político social.*¹³⁸

El concepto de impunidad se relaciona íntimamente con las instituciones que son el objeto de estudio de este trabajo. Es así como a pesar de que la prescripción, las amnistías e indultos son instituciones diametralmente distintas en su origen y manifestación, de uno u otro modo sus efectos pueden ser similares, en cuanto pueden determinar que un individuo que ha cometido un delito se vea eximido de la obligación de cumplir con la pena que este supone por la intervención de una de estas tres instituciones jurídicas.

LAS DISTINTAS FORMAS DE IMPUNIDAD

¹³⁸ **Carlos Portillo.**, Impunidad: ¿Memoria u Olvido?, KO'AGA ROÑE'ETA, se.iii,viii(1996)-
<http://www.derechos.org/koaga/3/portillo.html> (10/02/05, 20:00 hrs.)

Para comenzar un análisis sobre este tema resulta importante efectuar una clasificación del concepto de impunidad.¹³⁹

En un primer nivel de análisis; podemos distinguir la **impunidad normativa**, esto es, aquella que tiene su origen en leyes o normas, y muy especialmente aquella que deriva del otorgamiento de amnistías o indultos. Por oposición tenemos la noción de **impunidad fáctica**, que corresponde a aquella que resulta de mecanismos de hecho que impiden la persecución penal y la aplicación de una sanción.

En un segundo plano se distingue también una diferencia entre lo que se entiende por impunidad jurídico material e impunidad procesal.

La impunidad **jurídico material**, dice relación con los hechos punibles que son perseguibles, pudiendo encontrarnos en esta fase con una noción *amplia* de impunidad, referida a con todos aquellos hechos que se encuentran subordinados al derecho penal en general, es decir, hechos que pertenecen a la criminalidad común. En un sentido *restringido* en cambio, la impunidad estará referida solamente a aquellos hechos que importen una violación de los derechos humanos que se encuentran universalmente reconocidos.¹⁴⁰

¹³⁹ En esta parte se seguirá la clasificación realizada por el autor Kai Ambos. **Kai Ambos**, Impunidad y Derecho Penal Internacional, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1999.

¹⁴⁰ En este sentido se definió impunidad en la llamada Declaración de Santiago de Chile de 1996; "impunidad es la renuncia de sanciones penales para violadores de derechos humanos".

Es este último tipo de impunidad la que nos interesa analizar para efectos de nuestro trabajo.

La **impunidad procesal** por su lado, se relaciona con la etapa procesal en que se encuentre la persecución penal respecto del ofensor. A este nivel podrá distinguirse entre;

- Impunidad de hecho, aquella que existe por la ausencia de denuncia de los hechos punibles.
- Impunidad investigativa, aquella que existe cuando la investigación dentro del proceso penal es deficiente.
- Impunidad por congestión, aquella que se debe a la sobrecarga de trabajo de la justicia penal.
- Impunidad legal, aquella que existe por reglas procesales o legislación especial.
- Impunidad delictuosa, que es aquella que se presenta por el desarrollo de actividades delictivas dirigidas en contra de las partes del proceso.

Además de las formas señaladas, el autor Kai Ambos distingue una forma posterior de impunidad, referida la falta de una compensación y reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Ello porque las investigaciones y condenas penales son condiciones legales previas para exigir una compensación por parte de las víctimas. Existiría entonces, una interdependencia entre la prevención, el castigo y la compensación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

"La obligación del estado de investigar todas las violaciones de los derechos humanos implica el derecho de las víctimas a que se les restablezca en la plenitud de sus derechos y, si ello no es posible, a obtener ellos o sus familiares, resarcimiento y compensación. Además siempre existe el derecho de los familiares a conocer el destino de

los desaparecidos, y en su caso, el lugar donde se encuentran sus restos".¹⁴¹

Las formas antes descritas de impunidad cobran una especial significación cuando los hechos que quedan carentes de castigo consisten en violaciones de los derechos Humanos.

En este sentido, el Informe Final Revisado de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de derechos Humanos de la ONU nos otorga una exhaustiva definición de impunidad; "Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de derechos humanos, así como la responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan de toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento, y en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas."¹⁴²

Se ha señalado como un especial factor creador de impunidad de facto -distinto de la aplicación de amnistías, indultos y plazos de prescripción- "la existencia del Fuero Militar y de tribunales Militares, integrados por oficiales de las Fuerzas Armadas, que juzgan las conductas de sus propios compañeros de armas. La llamada justicia militar no es independiente, pues depende de los ministerios de Defensa Nacional; no es imparcial pues sus jueces están imbuidos de

¹⁴¹ **Carlos Rodríguez Mejía.** Op. Cit. Pág., 180-181.

¹⁴² Definición citada por **Kai Ambos**, Op., Cit., Pág. 34.

un espíritu de cuerpo, y a menudo han tomado parte en la lucha antisubversiva; no es idónea pues los jueces han sido formados para el combate y no para administrar justicia".¹⁴³

En este sentido Kai Ambos señala; "La relación entre impunidad y jurisdicción militar se origina en la tesis de que los procesos marciales relacionados con las violaciones a los derechos humanos por regla general no conducen a una condena y en caso contrario ésta es muy leve. El autor de una violación de derechos humanos confía en que además puede rechazar el efecto intimidatorio de carácter penal".¹⁴⁴

OTROS ASPECTOS DE LA IMPUNIDAD

En otro orden de cosas, debemos reflexionar sobre el principal problema que desata la impunidad, y que dice relación con el efecto preventivo general o especial que pretende lograr el derecho penal a través de la aplicación de las penas. De manera que, al no ser responsabilizado penalmente el autor del hecho lesivo posibilita la perpetración de hechos punibles. Esta situación tiene

¹⁴³ **Alejandro Artucio**, Impunidad y Derecho Internacional, en "Encuentro Internacional Sobre la Impunidad de Los Autores a Violaciones Graves a los Derechos Humanos/ organizado por la Comisión Nationale Consultative des Droits de l'homme y la Comisión Internacional de Juristas", Editorial Abrax, Francia, 1992, Pág., 196.

¹⁴⁴ **Kai Ambos**, Op. Cit. Pág. 60.

especial relevancia cuando hablamos de hechos punibles referidos a violaciones de los derechos humanos. "Esto significa que la impunidad de determinados hechos puede alcanzar una magnitud tal, que lleva a dejar inerte por completo la persecución de los mismos y a que los autores no tengan ningún tipo de sanción estatal".¹⁴⁵

"El derecho penal tiene entre sus finalidades y propósitos: corregir o reeducar al delincuente para reintegrarlo a la vida en sociedad; apartarlo de la sociedad hasta tanto esté en condiciones de reintegrarse a ella; y tiene también una clara finalidad disuasiva. La amenaza de una sanción suele ser un medio muy eficaz para combatir la criminalidad. La impunidad asegurada de antemano destruye totalmente ese efecto disuasivo".¹⁴⁶

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos refiriéndose a este tema ha señalado, que la práctica y la expectativa de impunidad respecto de las violaciones a los derechos humanos o del derecho humanitario internacional alientan esas violaciones, y son uno de los obstáculos fundamentales para la observancia de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, y para la plena aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario.¹⁴⁷

¹⁴⁵ **Kai Ambos**, Op. Cit. Pág. 44.

¹⁴⁶ **Alejandro Artucio**, Op. Cit., Pág., 194.

¹⁴⁷ **Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/34**. En ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Impunidad, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/ 34, [http //www.unhchr.ch/ Huiridocda/ Huiridocda.nfs/ TestFrame/](http://www.unhchr.ch/Huiridocda/Huiridocda.nfs/TestFrame/) (10/02/05, 19:45 hrs.)

Pero más allá de las consecuencias específicas que tiene la impunidad respecto del derecho penal y sus fines, parece indudable que sus efectos alcanzan otras dimensiones de la sociedad y de los individuos en particular.

Jeremy Bentham señalaba; "Del poder de perdonar sin límites surge la impunidad de la delincuencia en todas sus formas, de la impunidad de la delincuencia en todas sus formas, la impunidad de todas las formas de maldad, de la impunidad de todas las formas de maldad, la descomposición de los gobiernos, de la descomposición de los gobiernos la descomposición política de la sociedad".¹⁴⁸

Se ha advertido en este mismo orden de ideas que; "instituyendo una de las prácticas más dramáticas del quehacer humano la conjugación ambivalente entre hombres que tienen la voluntad de conocer y juzgar, y otros que sienten la necesidad de ocultar y olvidar conductas criminales realizadas por otros hombres, el trauma propio de las víctimas trasciende a toda la sociedad, creándose un sistema contradictorio de difícil resolución. De modo que si estamos de acuerdo en que a través del curso de la historia las prácticas sociales engendran dominios de saber y a través de ellas se llega a la constitución del sujeto, se nos hace evidente que la impunidad es un obstáculo para el desarrollo humano, entrabando desde el hombre mismo la posibilidad de la

¹⁴⁸ Citado por **Gregorio Diónis**, en "El Dilema de la impunidad como consecuencia de un modelo de pensamiento económico social KO'AGA ROÑE'ETA, se.iii,viii(1996)<http://www.derechos.org/koaga/3/dionis.html> (10/02/05, 20:25 hrs.)

evolución como individuos, originándose un obstáculo real para una convivencia democrática.”¹⁴⁹

Además del hecho de que cuando hablamos de impunidad aquí -y como se señaló más arriba-, nos estamos refiriendo a aquella que se relaciona con graves violaciones a los derechos fundamentales, resulta interesante hacer hincapié en un segundo asunto, esto es, al rol que a los estados incumbe en esta dinámica. El autor Kai Ambos a este respecto alude al concepto de *macrocriminalidad*, refiriéndose a macro acontecimientos relevantes desde el punto de vista del derecho de la guerra y del derecho internacional público, diferenciándose cualitativamente de las formas conocidas y normales de criminalidad, y además se diferencia por las condiciones políticas de excepción y papel activo del Estado.¹⁵⁰

Esta participación del Estado en la situación de impunidad de hechos lesivos a los derechos fundamentales -que determina que esta clase de criminalidad lleve el adjetivo de política-, puede darse por una vía directa, es decir como ofensor, o por su mera tolerancia a este tipo de acciones. Esta categoría de criminalidad por otro lado, va siempre dirigida contra los propios ciudadanos del Estado ofensor.

¹⁴⁹ Paz Rojas., “Consecuencias Médico Psicológicas sobre la Persona en los Procesos de Impunidad” KO’AGA ROÑE’ETA, se.iii,viii (1996) - <http://www.derechos.org/koaga/3/rojas.html> (10/02/05, 20:12 hrs.)

¹⁵⁰ Kai Ambos, Op. Cit. Pág.50.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA SITUACIÓN DE IMPUNIDAD EN AMÉRICA LATINA

En nuestro continente no ha sido infrecuente la aparición del fenómeno de la impunidad. Éste reviste ciertas características que varían de un país a otro, presentando también similitudes. Por tratarse de un problema que ha tenido gran relevancia en América Latina nos parece importante efectuar un análisis comparativo de las situaciones de impunidad que se han presentado en el continente, tomando al efecto como ejemplos las situaciones presentadas en las naciones de Argentina, Chile, Perú y Colombia.¹⁵¹

En términos generales, podemos señalar que las situaciones de impunidad vividas en la historia reciente de estos países tienen particularidades en común desde el punto de vista de los hechos cometidos y su extrema gravedad, ya que en la mayoría de los casos se trata de violaciones a los derechos humanos. Así tenemos que la gama de delitos cometidos en estas naciones abarca desde limitaciones a la libertad personal, por ejemplo mediante detenciones arbitrarias; violaciones a la integridad corporal de las personas, como sucede respecto de las torturas u otros tratos degradantes; y la violación del derecho a la vida, materializada en las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, situaciones todas que no han sido poco frecuentes en estas naciones, como veremos a continuación.

¹⁵¹ Para efectos de este análisis seguiremos fundamentalmente al autor Kai Ambos, y los informes de Amnistía Internacional sobre la Impunidad en Latinoamérica.

Además de lo anterior, las circunstancias de violaciones a los derechos humanos en estos países se caracterizan por haber sido perpetradas principalmente por las fuerzas armadas y policías de éstos, salvo los casos de Perú y principalmente Colombia, donde ha existido una fuerte presencia de grupos no estatales y paraestatales.

En cuanto a las formas en que se han presentado las situaciones de impunidad en los países estudiados se destacan en el ámbito normativo como factores relevantes la jurisdicción militar y las leyes de impunidad. El primero de ellos ha tenido una importante presencia en Colombia y Perú, en tanto que en el caso chileno y argentino se destacan principalmente las amnistías e indultos, como leyes de impunidad que han favorecido principalmente a las Fuerzas de Seguridad de estos países. Entre los mecanismos fácticos que propenden a la impunidad se destacan los intentos masivos de intimidación a los gobiernos civiles a través de las fuerzas armadas, como ha sucedido en Chile y Argentina, las amenazas directas en contra de la justicia y sus representantes (especialmente en Colombia y Perú), así como en contra de las partes en procesos judiciales, y la falta de idoneidad de la justicia penal para investigar los hechos.

Desde una perspectiva normativa el otorgamiento de amnistías en estos países requiere de una ley propiamente tal, en tanto que el indulto puede ser otorgado por el poder ejecutivo, en el caso chileno esto último se da si se trata de un indulto particular, en tanto que el general es otorgado por el congreso. Es interesante tener en cuenta que en

Argentina el otorgamiento del indulto requiere de un informe judicial.

A continuación se expone un estudio pormenorizado de la situación de impunidad en Argentina, Chile, Perú y Colombia.

1. Argentina.

Las "leyes de impunidad" argentinas, fueron dictadas en un marco de violaciones masivas a los derechos humanos perpetradas durante la dictadura militar. Estas leyes corresponden a la Ley de Punto Final dictada el año 1986, y la Ley de Obediencia Debida de 1987. Ambos cuerpos normativos se establecen con el objetivo oficial de lograr la reconciliación nacional.

Se ha planteado por un sector que las mencionadas disposiciones legales no excluyen del alcance de la amnistía a las graves violaciones a los derechos humanos, por lo que se apartan de las exigencias que a este respecto establece el derecho internacional.

Al respecto se ha señalado; "En Argentina durante el periodo de gobierno militar (1976-1983), las fuerzas de seguridad secuestraron e hicieron «desaparecer» a miles de personas. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, nombrada en 1983 por el nuevo gobierno civil, registró 8.960 casos de «desapariciones». Entre los «desaparecidos» había unos 200 niños nacidos en centros de detención clandestinos durante la cautividad de sus madres, algunos de los cuales, al parecer, fueron sacados para ser

entregados a parejas sin hijos relacionadas con las fuerzas armadas o la policía para que los criaran como suyos.

En 1985, la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires juzgó y condenó a varios ex miembros de la junta y jefes de la policía por violaciones de derechos humanos, como detención ilegal, tortura y homicidio. Pero en la década de los años ochenta, se paralizaron las investigaciones sobre las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado como consecuencia de la Ley de Punto Final de 1986, que establecía unos plazos para que los tribunales finalizaran las investigaciones sobre las violaciones de derechos humanos, de la Ley de Obediencia Debida de 1987, que ordenaba a los jueces que aplicaran el principio de obediencia debida a todos los oficiales de rango inferior a coronel y a cerrar la causa contra ellos, y de los indultos presidenciales de octubre de 1989 y diciembre de 1990¹⁵².

Como se dijo más arriba, las disposiciones argentinas están dirigidas a los miembros de las fuerzas de seguridad, a los cuales se les han imputado la comisión de delitos que importan graves violaciones a los derechos humanos.

La Ley de Punto Final fue promulgada el 24 de diciembre de 1986 bajo el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, siendo aprobada por el congreso electo. A grandes rasgos establece una paralización de los juicios por hechos constitutivos de torturas, detenciones ilegales y asesinatos que tuvieron

¹⁵² AMNISTÍA INTERNACIONAL; informe titulado:

“Latinoamérica Crimen sin castigo: Impunidad en AméricaLatina”,
noviembre1996,<http://web.amnesty.org/library/print/ESLAMR0081996>

lugar durante la dictadura militar que vivió ese país durante los años 1976 a 1983.

El texto de la ley señala en su artículo primero; "Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley. En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de

diciembre de 1983". Es decir, prevé la extinción irrevocable de la acción penal durante los plazos que indica.

"La ley argentina 23.492, a pesar de haber sido dictada por una legislatura elegida democráticamente, respeta los límites en materia de derecho internacional ya descritos. Exceptúa de la remisión de la pena, al considerarlos como hechos relevantes en el marco de los derechos humanos, solamente a los delitos cometidos contra menores de edad¹⁵³, pero por lo demás se extiende -en forma más amplia que la norma chilena- a todos los delitos cometidos durante la dictadura militar. La violación al derecho internacional atenúa esta ley, solamente al prever que se debe tomar declaración a los sospechosos, o sea a los inculpados, por lo menos dentro de los 60 días siguientes a su entrada en

¹⁵³ En su artículo quinto la Ley de Punto final (ley N°23.492), dispone; "La presente ley no extingue las acciones penales en los casos de delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores".

vigencia y de este modo que el sobreseimiento del proceso pueda ser evitado. Esta ley ha suscitado un enérgico debate nacional.¹⁵⁴

Por su parte la *Ley de Obediencia Debida*, promulgada en el mes de junio de 1987 -como ya se señaló-, daba la orden a los jueces de cerrar las causas por violaciones a los derechos humanos que se ventilaban ante ellos, respecto de todos los oficiales de rango inferior al de coronel, excusándolos por aplicación del principio de obediencia debida, esto es, bajo el entendido de que los delitos se habrían cometido con motivo de una orden de un superior jerárquico.

Esta ley establece en su artículo primero; " Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que

¹⁵⁴ Kai Ambos, Op. Cit. Pág.162.

tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad".

Cabe destacar que esta ley excluye de su aplicación a cierto tipo de delitos, así lo señala en su artículo segundo: "La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles". En este sentido -al exceptuar ciertos delitos- podría señalarse que este cuerpo legal establece un tipo de impunidad relativa.

Por lo demás, dicha ley debía ser aplicada de oficio por la judicatura.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que con la aprobación de estas leyes, Argentina había vulnerado garantías establecidas en la Convención Americana de los Derechos Humanos, entre ellos el artículo 25 de dicha convención, esto es el derecho a la protección judicial, y el artículo 8 respecto del derecho a un juicio imparcial ¹⁵⁵,

¹⁵⁵ el artículo 8º de la referida Convención señala a propósito de las Garantías Judiciales; Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

agregando que las normas fueron dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada convención en ese país, promulgada en 1984, y que por tanto ésta debía a la fecha ser observada.¹⁵⁶

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Por su parte el artículo 25 referido a la Protección Judicial establece; Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

¹⁵⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe Citado., Pág. 3.

Finalmente debemos señalar que el 24 de marzo de 1998, al cumplirse 22 años del golpe militar, tanto la Ley de Punto Final como la de Obediencia Debida, fueron derogadas por la ley 24.954 de 1998.¹⁵⁷

Podría señalarse a este respecto que en cierto sentido la derogación de las leyes comentadas colisiona con uno de los principios fundamentales del derecho penal, cual es el principio Pro-reo, ya que dichos cuerpos normativos establecían sin duda un tratamiento mas favorable para aquellos que eventualmente pudieron haberse visto beneficiados por los supuestos que éstas establecen. Esta es una de las dificultades que en la práctica se podría presentar al derogar una ley de amnistía en cualquier caso.

2. Chile.

El problema de la impunidad en el caso chileno se relaciona fundamentalmente con la existencia del Decreto Ley 2.191 de 1978, cuerpo legal que ya fue analizado con detalle en el capítulo segundo de este trabajo. No obstante, señalaremos aquí que al igual que como ocurre en el caso argentino, este decreto de amnistía fue dictado en un trasfondo de violaciones de carácter generalizado y

¹⁵⁷ Sin embargo se ha interpretado que la derogación de estas leyes carecía de efecto retroactivo, y por lo tanto los casos de violaciones a los derechos humanos cometidas durante los gobiernos militares permanecían cubiertos por ellas.

sistemático a los derechos humanos por parte de agentes estatales durante la dictadura militar chilena.

La finalidad oficial que se pretendió obtener con su dictación, fue la de alcanzar la reconciliación nacional, objetivo que hasta el día de hoy se ha puesto en tela de juicio por algunos sectores.

Formalmente se ha criticado a este cuerpo normativo, por haber sido dictado por un gobierno de facto, esto es, por el régimen militar vigente en Chile hasta principios de la década de los noventa, y por constituir un caso de autofavorecimiento, en cuanto el decreto de amnistía se dictó para aliviar fundamentalmente a miembros de ese mismo régimen por los atropellos perpetrados a los derechos humanos.

Desde ese punto de vista una parte de la doctrina sostiene que el decreto ley en comento resulta atentatorio contra el derecho internacional, en cuanto dejaría impunes graves crímenes perpetrados en contra de los derechos humanos (entre los que se cuentan torturas, asesinatos y desapariciones forzadas), y que se encuentran además consagrados como garantías fundamentales en nuestra Constitución, como son el principio de legalidad y las disposiciones que en esta se contienen sobre protección jurídica.

Con relación a este tema, Amnistía Internacional ha señalado; "El gobierno militar aprobó por decreto la Ley de Amnistía de 1978 (Decreto-Ley 2.191). Esta ley impide el procesamiento de las personas implicadas en algunos actos delictivos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el

10 de marzo de 1978. Estas fechas corresponden al periodo de estado de sitio durante el cual se vivieron los años de represión más dura en Chile, cuando miles de chilenos sufrieron violaciones graves de derechos humanos, como tortura, ejecución y «desaparición» a manos de las fuerzas de seguridad chilenas, especialmente de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA). De la Ley de Amnistía de 1978 también se beneficiaron varios centenares de presos políticos a los que se liberó.

Las cortes chilenas, tanto militares como civiles, han aplicado la Ley de Amnistía de 1978 para cerrar sistemáticamente los procedimientos judiciales de centenares de causas por violaciones de derechos humanos ocurridas durante los cinco primeros años de gobierno del general Pinochet. Sin embargo, varias causas continúan abiertas y se han producido dictámenes contradictorios sobre la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978¹⁵⁸.

En una visión opuesta a la expuesta más arriba, se ha señalado a favor de la aplicación de este cuerpo legal, que éste no ha favorecido únicamente a miembros del régimen militar, ya que fue aplicado también en beneficio de presos políticos opositores al régimen. Se ha dicho además que las garantías universales deben ser reconocidas indistintamente a todos los individuos, siendo también derechos importantísimos las garantías procesales por medio de las cuales se alcanza un juicio justo. Hablamos de principios de gran relevancia y universalmente aceptados, como son el principio pro reo, el de la irretroactividad de la ley penal

¹⁵⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe Citado., Pág. 7.

y el principio de legalidad, principios que se encuentran reconocidos en diversos instrumentos internacionales.

Como vemos, el origen, aplicación y características específicas del Decreto Ley 2.191, han sido objeto de un profundo debate por parte de la doctrina y los tribunales chilenos, siendo un tema que hasta el día de hoy no es pacífico¹⁵⁹.

3. Colombia.

La situación de impunidad en el caso colombiano difiere bastante de lo que ocurre en Chile Y Argentina.

En contraste con estos dos últimos países, donde el problema de la impunidad se relaciona con violaciones a los derechos humanos perpetradas durante prolongadas dictaduras militares por agentes estatales, presentándose más bien como un problema de "superación del pasado", en Colombia se constituye en un tema actual.

Además de lo anterior, "Colombia es una caso especial, ya que su política de despenalización o de atenuación penal ha favorecido menos a las Fuerzas de Seguridad estatales y más a los movimientos alzados en armas, a grupos paramilitares de los narcotraficantes y a los traficantes mismos".¹⁶⁰

¹⁵⁹ Una visión más completa de este cuerpo legal, sus principales características, las críticas de las cuales ha sido objeto, y la posición de la jurisprudencia pueden encontrarse en este trabajo en sus páginas 26 y siguientes.

¹⁶⁰ Kai Ambos, Op. Cit. Pág.52.

Así, en Colombia las aplicaciones de normas de impunidad han nacido en un marco fáctico diverso, como fruto de un proceso de paz entre organizaciones guerrilleras y el Estado Colombiano, donde los miembros de las primeras son favorecidos en caso de delitos políticos mediante amnistías, indultos y la extinción de la responsabilidad penal, excluyéndose las graves violaciones a los derechos humanos.

Como fuente principal de las situaciones de impunidad en Colombia, se encuentra a la jurisdicción militar, a diferencia de lo que ocurre en Chile y Argentina donde los instrumentos que han permitido que se materialicen situaciones de impunidad son principalmente las leyes que conceden indultos o amnistías.

Se alza también como un mecanismo fáctico de impunidad en este caso, las amenazas directas en contra de los organismos de justicia y sus representantes, en contra de las partes participantes en los procesos que investigan violaciones a los derechos humanos, y muy especialmente en contra de los testigos.

"En Colombia a diferencia de otros países de América Latina la impunidad para los violadores de los derechos humanos no se ha asegurado a través de indultos o amnistías. Bajo la máscara de la administración de justicia a través del fuero penal militar se ha ido asegurando la absolución de todos los responsables del terrorismo de Estado. El fuero no es la impunidad en sí misma, pero es el medio hacia la impunidad. Sí resalto esta reflexión, es porque la voluntad política del Poder Ejecutivo queda comprometida, la Justicia

Penal Militar está bajo su jurisdicción y el Presidente es constitucionalmente el "Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas" en tal virtud puede dirigirla y disponer de ella - art. 189, C.N.- Es decir que podría influir no solamente para prevenir las violaciones a los derechos humanos, sino que a través de la misma vía podría garantizar que el Fuero Penal Militar no se convierta en un instrumento de impunidad. Mas en Colombia los factores real de poder invierten las reglas de la sujeción y son los gobernantes civiles los que terminan sometiéndose a las directrices militares. Es más fácil en Colombia meter a la cárcel a un ministro de Estado que a un general responsable de violar los derechos humanos".¹⁶¹

"La impunidad ha continuado prevaleciendo en los casos de violaciones de derechos humanos. En la gran mayoría de los casos de ejecuciones extrajudiciales, «desapariciones» y tortura, los responsables no han sido puestos a disposición judicial. En algunos casos, las investigaciones disciplinarias de la oficina del procurador general han resultado en sanciones, hasta de expulsión, de los miembros de las fuerzas armadas responsables de violaciones graves de derechos humanos. Sin embargo, en el ambiente de obstrucción y de intimidación imperante, las sanciones disciplinarias han seguido siendo una excepción y la impunidad es casi absoluta en las investigaciones penales, dado que las cortes militares, que continúan reclamando la jurisdicción, no han hecho que los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad rindan cuentas ante la ley por las violaciones de derechos

¹⁶¹ Luis Guillermo Pérez Casas, *Colombia: La Impunidad al Orden del Día*

humanos cometidas. Incluso en los casos en los que en los procedimientos disciplinarios se ha considerado que los miembros de las fuerzas armadas eran responsables de violaciones graves de derechos humanos, las cortes militares habitualmente han retirado los cargos o han absuelto a los responsables".¹⁶²

La comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 1999 elaboró un detallado informe sobre la situación de los derechos Humanos en Colombia, analizando en este el tema de la impunidad. En este informe se señala al respecto; "los problemas de la impunidad y la denegación de justicia siguen siendo graves en Colombia. La impunidad en relación con todo tipo de delitos está generalizada. En junio de 1996, el Consejo Superior de la Judicatura informó que entre el 97% y el 98% de los delitos quedan impunes y que el 74% de los delitos no son denunciados. Otras autoridades del Estado han presentado estadísticas similares (...). Parecería que la tasa de impunidad es aún mayor en relación con los delitos que entrañan violaciones de los derechos humanos, lo que determina el incumplimiento por parte del Estado de sus responsabilidades y una negación de justicia a las víctimas y/o a sus familiares. Las organizaciones de derechos humanos afirman que prácticamente el 100% de los delitos que entrañan violaciones de los derechos humanos quedan impunes. La experiencia de la Comisión en los casos incoados ante ella, confirma sustancialmente esta afirmación. La Comisión es consciente de que sólo en muy pocos casos reciben condenas penales los agentes del Estado responsables de violaciones de los derechos humanos (...)La impunidad en Colombia es estructural y sistémica. No se trata simplemente

¹⁶² AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe Citado., Pág. 8.

de dejar impunes numerosos crímenes individuales sino a permitir todo un sistema de impunidad que impacta en la vida de la nación y en su cultura aún para los ciudadanos que no han sido afectados directamente por violaciones a los derechos humanos u otros crímenes. La mayoría de los observadores internacionales están de acuerdo en que este alto nivel de impunidad es de por sí la más grave violación de los derechos humanos que ocurre en Colombia (...)El problema de la impunidad se ve agravado por el hecho de que la mayoría de los casos que entrañan violaciones de los derechos humanos por parte de los integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado son procesados por el sistema de la justicia penal militar. La Comisión ha condenado reiteradamente a la jurisdicción militar de Colombia y de otros países por no ofrecer un recurso judicial efectivo e imparcial en los casos de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, con lo que se garantiza la impunidad y se niega la justicia en tales casos. En Colombia, específicamente, los tribunales militares se niegan sistemáticamente a sancionar a los integrantes de las fuerzas de seguridad acusados de violaciones de los derechos humanos (...)El sistema de la justicia penal militar tiene varias características singulares que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial en esta jurisdicción. En primer lugar, el fuero militar no puede ser siquiera considerado como un verdadero sistema judicial. El sistema de justicia militar no forma parte del Poder Judicial del Estado colombiano. Esta jurisdicción es operada por las fuerzas de la seguridad pública y, en tal sentido, queda comprendida dentro del Poder Ejecutivo. Quienes toman las decisiones no son jueces de la carrera judicial y la Fiscalía General no cumple su papel acusatorio en el sistema

de la justicia militar (...)Segundo, los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo. Los "consejos verbales de guerra" son en general integrados por militares en servicio activo. En 1995, la Corte Constitucional interpretó la Constitución en el sentido de que sólo permitía que los oficiales retirados actuaran en estos consejos verbales de guerra. El Tribunal decidió que estas entidades administran justicia, aunque no forman parte del poder judicial. Los principios constitucionales que exigen la imparcialidad y objetividad en la administración de la justicia se aplican, pues, a sus actos. El Tribunal determinó que estos principios se veían comprometidos cuando actuaban en estos consejos verbales de guerra miembros del Ejército en actividad".¹⁶³

4. Perú

Al igual que lo que ocurre en Colombia, en Perú el problema de la impunidad por graves violaciones a los derechos humanos, es uno de carácter latente y actual, destacando también como una de sus formas principales la jurisdicción militar.

Más específicamente, y en relación con las formas normativas de la impunidad, que se traducen en leyes de amnistías e indultos, se ha señalado que el trasfondo político jurídico y el contenido de dichas normas en Perú

¹⁶³ **Comisión Interamericana de derechos Humanos**, TERCER INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, 29 de febrero de 1999, capítulo V, Administración de Justicia y Estado de Derecho., www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm.

difiere de los demás países analizados, en cuanto aparecieron en un comienzo como una reacción en contra de la sobrecarga de las cárceles, para luego amnistiar la violación estatal de los derechos humanos.

Una constante de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos lleva azotando el Perú durante más de un decenio. Las violaciones de derechos humanos cometidas por las fuerzas de seguridad se producen en el contexto de extensos abusos perpetrados por los grupos clandestinos alzados en armas, el Partido Comunista del Perú (Sendero Luminoso, PCP) y, en menor grado, por el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). El PCP y el MRTA iniciaron sus campañas armadas en 1980 y 1984, respectivamente.¹⁶⁴

En Perú se destaca especialmente el "Decreto de Arrepentimiento" de 1992, dirigido a los terroristas, a quienes brinda la posibilidad de una atenuación exención o remisión de la pena, excluyendo hechos terroristas graves y delitos de traición a la patria. El objetivo que perseguiría al Decreto Ley 25.499, es la lucha contra el terrorismo, siendo por ende, su campo de aplicación material los delitos terroristas. Este Decreto beneficia a los miembros de movimientos alzados en armas.

Por su parte la Ley de Amnistía 26.479 de 1995,¹⁶⁵ constituiría un caso de autofavorecimiento que concede una amnistía general, eximiendo de persecución y sanción penal a

¹⁶⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL., "Perú: Las leyes de amnistía consolidan la impunidad para las violaciones a los derechos humanos"., www.derechos.org/amnesty/doc/america/perul.html.

¹⁶⁵ Esta ley fue complementada por la ley interpretativa 26.492 del mismo año.

los agentes de seguridad y funcionarios civiles que hubieren sido denunciados, investigados, acusados, juzgados o condenados, respecto de cualquier conducta criminal cometida entre mayo de 1980 y el 14 de junio de 1995.¹⁶⁶

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado respecto de las leyes de amnistías peruanas en el año 1996: "preocupa profundamente que la amnistía otorgada mediante Decreto-Ley 26.479, de 14 de junio de 1995, declare exentos de responsabilidad penal y, por lo tanto, de toda forma de rendición de cuentas, a los agentes militares,

¹⁶⁶ El texto de la ley 29.479 señala;

Artículo 1º.- Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley.

Artículo 2º.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro y civil implicados, procesados o condenados por los sucesos del 13 de noviembre de 1992.

Artículo 3º.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro denunciado, procesado o condenado o los delitos de Infidencia, Ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, con ocasión del reciente conflicto en la frontera norte.

Artículo 4º.- EL Poder Judicial, Fuero Común, Fuero Privativo Militar y el Ejecutivo, procederán en el día, bajo responsabilidad, a anular los antecedentes policiales, judiciales o penales, que pudieran haberse registrado contra los amnistiados por esta Ley, así como dejar sin efecto cualquier medida restrictiva de la libertad que pudiera afectarles. Procederán igualmente a excarcelar a los amnistiados que estuvieran sufriendo arresto, detención, prisión o pena privativa de la libertad, quedando subsistentes las medidas administrativas adoptadas.

Artículo 5º.- Esta excluido de la presente ley el personal Militar, Policial o Civil que se encuentra denunciado, investigado, encausado o condenado por los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, de Terrorismo y Traición a la Patria regulado por la Ley N°25659.

Artículo 6º.- Los hecho o delitos comprendidos en la presente amnistía, así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario; quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente.

Artículo 7º.- La presente Ley entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial *El Peruano*.

policiales y civiles del Estado que han sido denunciados, investigados, acusados, procesados y condenados por delitos de derecho común y delitos militares en razón de actos cometidos durante la «guerra contra el terrorismo», entre mayo de 1980 y junio de 1995. Esta norma hace también prácticamente imposible que las víctimas de violaciones de los derechos humanos entablen con alguna posibilidad de éxito acciones jurídicas para obtener indemnización. La amnistía señalada impide la investigación y el castigo apropiados de los autores de violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado, erosiona los esfuerzos por lograr el respeto de los derechos humanos, contribuye a crear una atmósfera de impunidad entre los autores de esas violaciones y constituye un muy grave obstáculo a los esfuerzos por consolidar la democracia y promover el respeto de los derechos humanos y, por lo tanto, viola el artículo 2 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] . A este respecto, el Comité reitera la opinión expresada en su observación general 20(44) de que este tipo de amnistía es incompatible con la obligación de los Estados de investigar las violaciones de los derechos humanos, 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”.¹⁶⁷

Diversos organismos que velan por la protección de los derechos humanos han recomendado al gobierno peruano dejar sin efectos la ley de amnistía 24.479 y la interpretativa 26.492.

Esta última ley, refuerza la primera prohibiendo que la judicatura se pronuncie sobre la legalidad o aplicabilidad

¹⁶⁷ Reseñado por AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe Citado., Pág. 17.

de la ley de amnistía, lesionando la independencia de los tribunales de justicia¹⁶⁸.

<<Desde la expedición de las leyes 26.479 y 26.492 que concedieron amnistía total para los violadores de derechos humanos entre 1980 y 1995, el Perú afronta un agravamiento de la situación de impunidad. Uno de los efectos directos de su legalización es que ha alentado que se sigan perpetrando nuevas violaciones a los derechos humanos. Ello lo advirtió el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas:

"(...) Fomenta un clima de impunidad que promueve nuevos actos de desaparición y otras violaciones similares de los derechos humanos"

La opinión pública nacional e internacional ha sido crítica con las leyes de amnistía 26.479 y 26.492. Los

¹⁶⁸ La ley interpretativa 26.492 de 1995 señala;

Artículo 1º.- Entiéndase que la amnistía otorgada por la Ley N°26479, según lo dispuesto en el inciso 3 del Artículo 139º de la Constitución Política, no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, reconocido por el Artículo 44º de la Constitución Política y, entre otros Tratados sobre la materia, el numeral 1 del Artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 2º.- Precísase que dicha amnistía, en cuanto es un derecho de gracia cuya concesión corresponde exclusivamente al Congreso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6 del Artículo 102º de la Constitución Política, no es revisable en sede judicial.

Artículo 3º.- Interpretese el Artículo 1º de la Ley N°26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los Órganos Jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995, sin importar que el personal militar, policial o civil involucrado se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado; quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente de conformidad con el Artículo 6º de la Ley precitada.

Artículo 4º.- La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial *El Peruano*.

expertos del sistema de Naciones Unidas se pronunciaron en contra de estas normas en agosto de 1995, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas formuló recomendaciones en su 57 Sesión, reiteradas en su 58 Sesión, que no han sido atendidas por el gobierno peruano.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Anual de 1996 aprobado en la XXVII Asamblea General de la Organización de Estados Americanos celebrada en Lima también recomienda:

"...al Estado del Perú que deje sin efecto la ley de Amnistía (No 26.479) y de interpretación judicial (No 26.492), porque son incompatibles con la Convención Americana, y que proceda a investigar, enjuiciar y sancionar a los agentes estatales acusados de violaciones a los derechos humanos, en especial las violaciones que impliquen crímenes internacionales"

Pese a esta condena internacional, estas normas han sido convalidadas por el Tribunal Constitucional peruano. En sentencia de 28 de abril del presente, el Tribunal declaró "improcedente" la acción de inconstitucionalidad contra las leyes 26479 y 26492 por considerar que sus efectos "ya se habían agotado".

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional ignora lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Las víctimas de violaciones de derechos humanos se encuentran en el desamparo. El gobierno no ha emitido norma

alguna a fin de brindarles una reparación integral, a pesar de la expresa recomendación que le ha hecho el Comité de Derechos Humanos de remediar las consecuencias inaceptables de las leyes de amnistía, "entre otras cosas estableciendo un sistema eficaz de indemnización a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y adoptando las medidas necesarias para asegurar que los autores de estas violaciones no sigan ocupan puestos oficiales.">>¹⁶⁹

VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A continuación expondremos cuatro casos que han tenido gran resonancia en el Derecho Penal Internacional, especialmente en lo que dice relación con los temas de la impunidad y de grandes violaciones a los Derechos Humanos, y más específicamente con las instituciones jurídicas que son el objeto de estudio de la presente memoria, la amnistía, el indulto y la prescripción.

¹⁶⁹ **INFORME SOBRE LA SITUACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN PERU., Presentado por la COMISEDH (La Comisión de Derechos Humanos es un organismo no gubernamental sin fines de lucro dedicado a la defensa y promoción de los derechos humanos y el fortalecimiento de la ciudadanía y la democracia en el Perú. Es fundadora y miembro del Consejo Directivo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos), Ante La Comisión Interamericana De Derechos Humanos., Octubre de 1997., www.nadir.org/nadir/initiativ/mrta/ddhhinf97.**

Los casos que se analizarán corresponden al *Caso Barrios Altos*, respecto de ciertos hechos sucedidos en Perú en el año 1991, y en el cual ha tenido injerencia la aplicación de la ley de amnistía 29.479 del año 1995.

En segundo término, se expondrán las principales implicancias de uno de los casos más relevantes respecto de las violaciones a los Derechos Humanos perpetradas en nuestro País durante el régimen militar que se inicia en 1973, nos referimos al caso *Caravana de la Muerte*, donde la discusión se ha centrado en la aplicación del Decreto Ley de amnistía 2.191 de 1978.

En relación con la institución de la prescripción, resulta ineludible referirnos al caso de la extradición del criminal de guerra nazi *Walter Rauff*, que fue solicitada por Alemania a nuestro país en el año 1963.

PERÚ

EL CASO BARRIOS ALTOS.

Este es sin duda uno de los casos más emblemáticos en lo que a violaciones a los Derechos Humanos se refiere, ocurridos en nuestro continente.

Los hechos sucedieron en Perú con fecha 3 de noviembre de 1991, en la localidad de Barrios Altos, mientras Alberto Fujimori se encontraba gobernando ese país. En la fecha

indicada, y en horas de la noche, mientras un grupo de personas se encontraba realizando una celebración en la quinta ubicada en Jirón Huanta #840, con el fin de recaudar fondos, intempestivamente irrumpieron en el lugar seis individuos armados que se movilizaban en dos automóviles. Dichos sujetos obligaron a los asistentes a la fiesta a arrojar al suelo y procedieron a disparar de forma indiscriminada e injustificada en contra de éstos. Como resultado de lo anterior, murieron 15 personas (mujeres, hombres y niños), mientras que otras 4 resultaron heridas de gravedad.

Investigaciones posteriores revelaron que el ataque había sido perpetrado por el llamado "Grupo Colina", un escuadrón de eliminación, creado dentro del Servicio de Inteligencia Nacional bajo órdenes de Vladimiro Montesinos, cuyos miembros pertenecían al Ejército Peruano, y que llevaba a cabo un supuesto plan antisubversivo, en el marco de una operación de inteligencia mayor denominada "Plan Ambulante."¹⁷⁰ La existencia de este escuadrón de la muerte y sus operaciones, comenzó a ser conocida desde el año 1993, cuando el entonces general Rodolfo Robles informó públicamente que existía el denominado Grupo Colina y que

¹⁷⁰ Actualmente más de 50 personas vinculadas al Grupo Colina, se encuentran siendo juzgadas en el Perú por diversos delitos como secuestros, asociación ilícita para delinquir, y desapariciones forzadas, tanto por el caso Barrios Altos, como por otros hechos perpetrados por dicho grupo.

operaba como parte del aparato de inteligencia del Ejército Peruano.¹⁷¹

Cabe destacar que en Perú en forma similar a que lo que ocurrió en nuestro país en la década pasada, se formó una "Comisión de la Verdad y de La Reparación", que tras dos años de investigación, concluyó que tanto el caso de Barrios Altos como otros de graves Violaciones a los Derechos Humanos ocurridos en el País Vecino durante el Mandato de Alberto Fujimori, constituyeron una política generalizada y sistemática durante ese gobierno. Dicha Comisión evacuó un informe final el año 2003.

Luego de sucedidos los hechos en Barrios Altos, el 15 de noviembre de 1991 el Congreso Peruano creó una Comisión Investigadora formada por cinco parlamentarios, cuyo trabajo no fue concluido debido al golpe de estado de 5 de abril del año siguiente, y ésta no fue reanudada por el nuevo congreso constituyente Democrático elegido en noviembre de 1992.

La investigación judicial de los hechos se inició solamente transcurridos varios años, en 1995 cuando la Fiscal de la Cuadragésima Primera Fiscalía Provincial Penal de Lima denunció como responsables de la matanza al General Julio Salazar Monroe, el Mayor Santiago Martín Rivas, y los Suboficiales Nelson Carbajal, Juan Sosa y Hugo Coral.

La denuncia fue formalizada por la jueza del 16º Juzgado Penal de Lima Antonia Saquicuray, ante lo cual Monroe se negó

¹⁷¹ El General Robles responsabilizó a este escuadrón de la matanza de Barrios Altos y de los homicidios y desapariciones de otro famoso caso de violaciones a los Derechos Humanos, el denominado caso "La Cantuta", que afectó a un profesor y nueve estudiantes de esa Universidad.

a responder a las citaciones judiciales aludiendo a la calidad de ministro de estado que investía en ese momento. El resto de los militares se excusaron señalando que era improcedente la revisión del caso en sede civil, ya que ellos se encontraban bajo jurisdicción de del Consejo Supremo de Justicia Militar. Este consejo dictó posteriormente una resolución impidiendo que los acusados rindieran declaraciones en el proceso. El Tribunal Militar alegó su competencia en el caso por tratarse de militares en servicio activo.

En este punto se hace ineludible referirnos a la dictación de la ley de amnistía 26.479 dictada en el año 1995, y que exoneró de responsabilidad a todo integrante de las fuerzas de seguridad y a los civiles, y archivando definitivamente los casos referidos a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de su promulgación.

La Jueza Saquicuray decidió no aplicar la mentada ley en el caso Barrios Altos, ya que vulneraba las disposiciones constitucionales peruanas, y las obligaciones que imponía al Estado peruano la Convención Americana de derechos Humanos. No obstante, el cierre del caso fue anunciado por la Fiscal de la nación unos días después. No olvidemos que a pocos días de éstos hechos fue dictada la ley 26.492 interpretativa de la 26.479, que declaró que la amnistía era de aplicación obligada para los jueces peruanos, es un hecho conocido que esta segunda ley fue creada con el propósito preciso de interferir en las investigaciones del caso Barrios Altos.

Finalmente, la Undécima Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima archivo de manera definitiva el caso, arguyendo que la ley de amnistía no vulneraba la Carta Magna peruana ni violentaba los compromisos internacionales adquiridos por el Estado peruano en materia de derechos Humanos, e incluso se ordenó una investigación en contra de la Jueza Saquicuray, supuestamente por haber interpretado de manera incorrecta las referidas leyes.

Nos parece interesante traer a colación lo señalado respecto del gobierno de Alberto Fujimori por Amnistía Internacional; "Durante los dos mandatos de Alberto Fujimori se mantuvo el deterioro de la protección de los derechos humanos, en Perú, al permitirse que miembros de las fuerzas de seguridad continuaran cometiendo desapariciones forzadas, asesinatos y torturas con impunidad; y a partir del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se produjo el colapso del Estado de Derecho.

En abril de 1992, el Presidente Fujimori anunció la clausura del Congreso de la Nación, la suspensión del orden constitucional y el establecimiento de un gobierno de emergencia, y rigió el país por decreto hasta el mes de diciembre de ese año. Entre los objetivos del recién creado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional estaban la reforma de la Constitución y la administración de justicia, así como de las instituciones relacionadas con ésta, incluida una reforma general del poder judicial, del Tribunal de Garantías Constitucionales, del Consejo Nacional de la Magistratura y del Ministerio Público.

La suspensión del gobierno constitucional supuso, de

inmediato, un riesgo para la protección de los derechos humanos en Perú. La disolución del Congreso puso fin de manera oficial al trabajo de las comisiones parlamentarias, incluidas las comisiones encargadas de los derechos humanos. Entre las comisiones afectadas se encontraban las Comisiones de Justicia y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados y del Senado, y Comisiones Especiales de Investigación encargadas de investigar casos concretos de violaciones graves de derechos humanos. Estas últimas Comisiones, cuya competencia consistía en investigar varios casos de presuntas violaciones de derechos humanos, estaban reuniendo pruebas y, en algunos casos, iban a publicar sus averiguaciones cuando el Congreso fue disuelto. Las pruebas, datos y documentos que estas comisiones tenían a su disposición fueron posteriormente retirados por las autoridades del gobierno de emergencia. Cuando se llevó a cabo la reapertura de los edificios del Congreso en diciembre de 1992, se informó de que los archivos que contenían la documentación de los casos que se estaban investigando habían desaparecido.

En abril de 1992, el gobierno retiró de su puesto a todos los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, a 13 jueces adjuntos a la Corte Suprema de Justicia, y a todos los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y de los Consejos Distritales de la Magistratura. Mediante otros decretos fueron destituidos el Fiscal de la Nación y más de 120 jueces y fiscales de los distritos judiciales de Lima y Callao. La independencia del poder judicial y del Ministerio Público se vio seriamente minada cuando el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional designó nuevos jueces para la Corte Suprema y otros tribunales y un nuevo Fiscal General de la Nación como máxima

autoridad del Ministerio Público. A finales del segundo mandato del ex-Presidente Alberto Fujimori, más del 80% de los jueces del Perú eran "provisionales" por lo que no gozaban de la garantía de estabilidad y podían ser removidos sin causa, limitando así severamente su independencia y autonomía.

Durante este periodo además la intimidación y las amenazas de muerte formaron parte de la vida cotidiana de los defensores de los derechos humanos en el país. Ellos, y las víctimas y familiares que presentaban quejas sobre los abusos de las fuerzas de seguridad, vivían en un perenne clima de temor. Los defensores de los derechos humanos lo sintieron intensamente como resultado de las repetidas acusaciones del Presidente Fujimori y otras autoridades, quienes les imputaron complicidad con los grupos alzados en armas.

El clima de temor engendrado por la hostilidad oficial hacia los defensores de los derechos humanos se agudizó en junio de 1995 con la promulgación de las leyes de amnistía. Los defensores de los derechos humanos que repudiaron públicamente dichas leyes fueron blanco de una verdadera ola de amenazas de muerte. Por ejemplo, la doctora Antonia Saquicuray, juez de instrucción que investigaba la matanza de 1991 en Barrios Altos, recibió varias amenazas de muerte anónimas a raíz de haber declarado que la ley de amnistía era inconstitucional y que violaba las normas internacionales de derechos humanos.

Estos son sólo algunos de los casos que ilustran el patrón generalizado de amenazas y actos de intimidación contra defensores de los derechos humanos, las víctimas y

familiares que presentaban quejas sobre los abusos de las fuerzas de seguridad, existente en Perú durante los años en que Alberto Fujimori ejerció la presidencia".¹⁷²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos registró la denuncia por el caso Barrios Altos en el mes de marzo de 1996, el caso finalmente fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual declaró que las leyes de amnistía carecían de efectos jurídicos, ordenó la reapertura de las investigaciones, y dispuso reparaciones pecuniarias para los sobrevivientes de la matanza, y para los familiares de los fallecidos.

Cabe destacar previamente que el Estado peruano mientras se ventilaba esta causa ante el mencionado tribunal, no se defendió propiamente tal de las acusaciones formuladas en su contra, ya que se allanó reconociendo su responsabilidad en los hechos investigados, prefiriendo adoptar la vía de un acuerdo amistoso ante la comisión.

En relación a la resolución adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de estado peruano, y la obligatoriedad de los compromisos adquiridos por los estados en materias de derechos humanos, no puede desconocerse que existen visiones doctrinarias contrastantes con aquellas que postulan la aplicación bajo cualquier circunstancia de este tipo de convenciones, y que señalan que la obligatoriedad de las decisiones tomadas por los

¹⁷²**AMNISTÍA INTERNACIONAL.**, "Perú/Chile Las graves violaciones de los derechos humanos durante el mandato de Alberto Fujimori (1990-2000)" web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR460072005.

tribunales internacionales colisionan con el concepto de soberanía nacional.

En este sentido se ha señalado que la soberanía es un principio constitutivo y esencial a los Estados dotándolos de independencia. La Soberanía del Estado es una condición anterior a éste, y que es ejercida por el pueblo mediante las elecciones y además por las autoridades del Estado, de esta forma se dice que el ejercicio del poder que llevan a cabo las autoridades de una nación no puede contradecir el principio de la Soberanía. Desde este punto de vista, y en particular respecto de los tratados que un Estado negocie y ponga en práctica posteriormente, se señala que éstos deben ser consistentes con el principio rector de la Soberanía, ya que de contradecirlo carecerían de validez. En este mismo sentido se ha sostenido que los estados soberanos son además autónomos, por lo que no deberían aceptarse órdenes emanadas de otros estados o poderes externos. Por lo tanto, desde esta posición doctrinaria, al aceptar la calidad de vinculantes a resoluciones tomadas por tribunales que no sean los establecidos por un Estado soberano respecto de hechos ocurridos dentro de su territorio, se estaría atentando contra el principio esencial de la Soberanía el cual es irrenunciable para el Estado. En lo relativo al ejercicio del derecho penal en sí, se ha señalado que éste por su misma naturaleza corresponde a una función pública "que corresponde ejercer al Estado y sólo al Estado, a él le corresponde el ejercicio de su soberanía Jurisdiccional, y la tutela jurídica de su ordenamiento y de los derechos que asegura en su territorio".¹⁷³

¹⁷³ **Mario Arnello Romo**, "Corte Penal Internacional: Un Tratado Inadmisibile para Chile".

A pesar de su larga extensión, a continuación transcribiremos el texto completo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Barrios Altos, con fecha 14 de marzo de 2001, ello por el evidente interés que reviste dicho fallo para el Derecho Penal Internacional, y porque sin duda éste ha sentado un precedente histórico en materia de impunidad.

I - Introducción de la causa

1. El 8 de junio de 2000 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") presentó ante la Corte la demanda en este caso, en la cual invocó el artículo 51.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y el artículo 32 del Reglamento. La Comisión sometió el caso con el fin de que la Corte decidiera que hubo violación, por parte del Estado del Perú (en adelante "el Perú", "el Estado" o "el Estado peruano"), del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana, en perjuicio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, 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 Arquiñigo, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo. Asimismo, pidió a la Corte que decidiera que el Estado violó el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en perjuicio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez. Además, requirió al

Tribunal que decidiera que el Estado peruano violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26.479 y N° 26.492. Finalmente, solicitó a la Corte que determinara que, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26.479 y N° 26.492 y de la violación a los derechos señalados, el Perú incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Comisión solicitó a la Corte, además, que ordenara al Perú que:

- a) reabra la investigación judicial sobre los hechos;
- b) otorgue una reparación integral adecuada por concepto de daño material y moral a los familiares de las 15 presuntas víctimas que fueron ejecutadas y de las cuatro presuntas víctimas que se encuentran con vida;
- c) derogue o deje sin efecto la Ley N° 26.479 que concede "amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos" y la Ley N° 26.492 que "precisa la interpretación y los alcances de la amnistía otorgada por la Ley N° 26479"; y
- d) pague las costas y gastos en que han incurrido las presuntas víctimas y/o sus familiares, para litigar en este caso tanto en el ámbito interno como ante la Comisión y ante la Corte, y los honorarios razonables de sus abogados.

II - Hechos

2. La Comisión efectuó, en la sección III de su demanda, una exposición de los hechos que constituyeron el origen de esta causa. En ella señaló que:

a) aproximadamente a las 22:30 horas del 3 de noviembre de 1991, seis individuos fuertemente armados irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta No. 840 del vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima. Al producirse la irrupción, se estaba celebrando una "pollada", es decir, una fiesta para recaudar fondos con el objeto de hacer reparaciones en el edificio. Los atacantes llegaron al sitio en dos vehículos, uno de marca jeep Cherokee y otro Mitsubishi. Estos automóviles portaban luces y sirenas policiales, que fueron apagadas al llegar al lugar de los hechos;

b) los individuos, cuyas edades oscilaban entre los 25 y 30 años, encubrieron sus rostros con pasamontañas y obligaron a las presuntas víctimas a arrojar al suelo. Una vez que éstas estaban en el suelo, los atacantes les dispararon indiscriminadamente por un período aproximado de dos minutos, matando a 15 personas e hiriendo gravemente a otras cuatro, quedando una de estas últimas, Tomás Livias Ortega, permanentemente incapacitada. Posteriormente, con la misma celeridad con que habían llegado, los atacantes huyeron en los dos vehículos, haciendo sonar nuevamente las sirenas;

c) las personas sobrevivientes declararon que las detonaciones sonaban "apagadas", lo cual permite suponer que se utilizaron silenciadores. Durante la investigación, la

policía encontró en la escena del crimen 111 cartuchos y 33 proyectiles del mismo calibre, correspondientes a pistolas ametralladoras;

d) las investigaciones judiciales y los informes periodísticos revelaron que los involucrados trabajaban para inteligencia militar; eran miembros del Ejército Peruano que actuaban en el "escuadrón de eliminación" llamado "Grupo Colina" que llevaba a cabo su propio programa antisubversivo. Diversas informaciones señalan que los hechos del presente caso se realizaron en represalia contra presuntos integrantes de Sendero Luminoso;

e) una semana después del ataque el Congresista Javier Diez Canseco presentó a la prensa una copia de un documento titulado "Plan Ambulante", el cual describía un operativo de inteligencia llevado a cabo en la escena del crimen. Según dicho documento los "subversivos" se habían estado reuniendo en el domicilio donde ocurrieron los hechos del presente caso desde enero de 1989 y se encubrían bajo la apariencia de vendedores ambulantes. En junio de 1989 el Sendero Luminoso llevó a cabo, a unos 250 metros del lugar en que ocurrieron los hechos en Barrios Altos, un ataque en el que varios de los atacantes se disfrazaron de vendedores ambulantes;

f) el 14 de noviembre de 1991 los Senadores de la República Raúl Ferrero Costa, Javier Diez Canseco Cisneros, Enrique Bernalles Ballesteros, Javier Alva Orlandini, Edmundo Murrugarra Florián y Gustavo Mohme Llona solicitaron al plenario del Senado de la República que se esclarecieran los hechos relativos al crimen de Barrios Altos. El 15 de noviembre de ese año la Cámara de Senadores aprobó dicho petitorio y designó a los Senadores Róger Cáceres Velásquez,

Víctor Arroyo Cuyubamba, Javier Diez Canseco Cisneros, Francisco Guerra García Cueva y José Linares Gallo para integrar una Comisión investigadora, la cual se instaló el 27 de noviembre de 1991. El 23 de diciembre de 1991 la Comisión efectuó una "inspección ocular" en el inmueble donde sucedieron los hechos, entrevistó a cuatro personas, y realizó otras diligencias. La Comisión senatorial no concluyó su investigación, pues el "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional", que se inició el 5 de abril de 1992, disolvió el Congreso y el Congreso Constituyente Democrático elegido en noviembre de 1992 no reanudó la investigación ni publicó lo ya investigado por la Comisión senatorial;

g) aunque los hechos ocurrieron en 1991, las autoridades judiciales no iniciaron una investigación seria del incidente sino en abril de 1995, cuando la Fiscal de la Cuadragésima Primera Fiscalía Provincial Penal de Lima, Ana Cecilia Magallanes, denunció a cinco oficiales del Ejército como responsables de los hechos, incluyendo a varios ya condenados en el caso La Cantuta. Los cinco acusados eran el General de División Julio Salazar Monroe, entonces Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), el Mayor Santiago Martín Rivas, y los Suboficiales Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goycochea. La mencionada Fiscal intentó en varias oportunidades, sin éxito, hacer comparecer a los acusados para que rindieran declaración. Consecuentemente, formalizó la denuncia ante el 16° Juzgado Penal de Lima. Los oficiales militares respondieron que la denuncia debía dirigirse a otra autoridad y señalaron que el Mayor Rivas y los suboficiales se encontraban bajo la jurisdicción del Consejo Supremo de Justicia Militar. Por su parte, el General

Julio Salazar Monroe se negó a responder las citaciones argumentando que tenía rango de Ministro de Estado y que, en consecuencia, gozaba de los privilegios que tenían los Ministros;

h) la Juez Antonia Saquicuray del 16° Juzgado Penal de Lima inició una investigación formal el 19 de abril de 1995. Pese a que la mencionada Juez intentó tomar declaración a los presuntos integrantes del "Grupo Colina" en la cárcel, el Alto Mando Militar se lo impidió. El Consejo Supremo de Justicia Militar dictó una resolución que dispuso que los acusados y el Comandante General del Ejército y Jefe del Comando Conjunto, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, estaban impedidos de rendir declaración ante algún otro órgano judicial, dado que se estaba procesando paralelamente una causa ante la justicia militar;

i) tan pronto se inició la investigación de la Juez Saquicuray los tribunales militares interpusieron una petición ante la Corte Suprema reclamando competencia sobre el caso, alegando que se trataba de oficiales militares en servicio activo. Sin embargo, antes de que la Corte Suprema pudiera resolver el asunto, el Congreso peruano sancionó una ley de amnistía, la Ley N° 26479, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones. El proyecto de ley no fue anunciado públicamente ni debatido, sino que fue aprobado tan pronto como fue presentado, en las primeras horas del 14 de junio de 1995. La Ley fue promulgada de inmediato por el Presidente y entró en vigor el 15 de junio de 1995. El efecto de la señalada ley

fue el de determinar el archivo definitivo de las investigaciones judiciales y así evitar la responsabilidad penal de los responsables de la masacre;

j) la Ley N° 26479 concedió una amnistía a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones de derechos humanos. Las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad por violaciones de derechos humanos fueron dejadas sin efecto inmediatamente. En consecuencia, se liberó a los ocho hombres recluidos por el caso conocido como "La Cantuta", algunos de los cuales estaban procesados en el caso Barrios Altos;

k) de acuerdo con la Constitución del Perú, la cual señala que los jueces tienen el deber de no aplicar aquellas leyes que consideren contrarias a las disposiciones de la Constitución, el 16 de junio de 1995 la Juez Antonia Saquicuray decidió que el artículo 1 de la Ley N° 26479 no era aplicable a los procesos penales pendientes en su juzgado contra los cinco miembros del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), debido a que la amnistía violaba las garantías constitucionales y las obligaciones internacionales que la Convención Americana imponía al Perú. Horas después de emitida dicha decisión, la Fiscal de la Nación, Blanca Nélide Colán, en una conferencia de prensa, afirmó que la decisión de la Juez Saquicuray constituía un error; que se cerraba el caso Barrios Altos; que la Ley de Amnistía tenía estatuto de ley constitucional; y que los Fiscales y Jueces que no obedecen la ley pueden ser procesados por prevaricato;

l) los abogados de los acusados en el caso Barrios Altos apelaron la decisión de la Juez Saquicuray. El caso pasó a conocimiento de la Undécima Sala Penal de la Corte Superior de Lima, cuyos tres miembros serían los encargados de revocar o confirmar la resolución. El 27 de junio de 1995 Carlos Arturo Mansilla Gardella, Fiscal Superior, defendió en todos sus extremos la resolución de la Juez Saquicuray que declaraba que la Ley de Amnistía N° 26479 era inaplicable al caso Barrios Altos. Se fijó una audiencia para el 3 de julio de 1995 sobre la aplicabilidad de la ley señalada;

m) la negativa de la Juez Saquicuray de aplicar la Ley de Amnistía N° 26.479 provocó otra investigación por parte del Congreso. Antes que pudiera celebrarse la audiencia pública, el Congreso peruano aprobó una segunda ley de amnistía, la Ley N° 26.492, que "estaba dirigida a interferir con las actuaciones judiciales del caso Barrios Altos". Dicha ley declaró que la amnistía no era "revisable" en sede judicial y que era de obligatoria aplicación. Además, amplió el alcance de la Ley N° 26.479, concediendo una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas. El efecto de esta segunda ley fue impedir que los jueces se pronunciaran sobre la legalidad o aplicabilidad de la primera ley de amnistía, invalidando lo resuelto por la Juez Saquicuray e impidiendo decisiones similares en el futuro; y

n) el 14 de julio de 1995, la Undécima Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima decidió la apelación en sentido contrario a lo resuelto por la Juez de nivel inferior, es

decir, resolvió el archivo definitivo del proceso en el caso Barrios Altos. En su sentencia dicha Sala resolvió que la Ley de Amnistía no era antagónica con la ley fundamental de la República ni con los tratados internacionales de derechos humanos; que los jueces no podían decidir no aplicar leyes adoptadas por el Congreso porque ello iría contra el principio de separación de poderes; y ordenó que la Juez Saquicuray fuera investigada por el órgano judicial de control interno por haber interpretado las normas incorrectamente.

III - Competencia de la Corte

3. La Corte es competente para conocer del presente caso. El Perú es Estado Parte en la Convención Americana desde el 28 de julio de 1978 y reconoció la competencia obligatoria de la Corte el 21 de enero de 1981.

IV - Procedimiento ante la Comisión

4. Como resultado de una denuncia presentada el 30 de junio de 1995 por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en contra del Perú por otorgar una amnistía a agentes del Estado responsables del asesinato de 15 personas y de las heridas inferidas a otras cuatro, como consecuencia del incidente llamado Barrios Altos, la Comisión inició el 28 de agosto de 1995 la tramitación del caso, el cual fue registrado bajo el N° 11.528. La Secretaría de la Comisión informó al Estado y le solicitó que remitiera toda la información que considerase pertinente sobre los hechos en un plazo de 90 días.

5. Previo al inicio de la tramitación del caso por la Comisión, el 10 de julio de 1995 los peticionarios solicitaron medidas cautelares para evitar la aplicación de la Ley N° 26479 a los hechos motivo del presente caso y para proteger a Gloria Cano Legua, abogada de uno de los sobrevivientes de la masacre de Barrios Altos en el proceso penal iniciado contra el General del Ejército Julio Salazar Monroe y otras personas. El 14 de los mismos mes y año la Comisión solicitó al Estado que adoptara las medidas pertinentes para garantizar la integridad personal y el derecho a la vida de todos los sobrevivientes, familiares y abogados relacionados con el caso Barrios Altos.

6. El 31 de octubre de 1995 el Estado respondió a la solicitud de la Comisión (*supra* párr. 4), la cual remitió, el 8 de noviembre de ese mismo año, el respectivo escrito del Perú a los peticionarios y les solicitó que presentaran sus observaciones a dicha comunicación dentro de un plazo de 45 días. Unos días después, el 21 de noviembre, el Estado presentó un escrito adicional a la Comisión, el cual fue transmitido a los peticionarios el 30 de noviembre de 1995 para que presentaran sus observaciones a dicho documento dentro de un plazo de 45 días. El 17 de enero de 1996 los peticionarios presentaron sus observaciones a los escritos del Perú, comunicaciones que le fueron transmitidas a éste el 28 de marzo de 1996.

7. El 29 de enero de 1996 la Asociación Pro-Derechos Humanos (APRODEH) presentó una denuncia a la Comisión en nombre de los familiares de las 15 personas muertas y las cuatro personas heridas en los hechos ocurridos en Barrios Altos. El

26 de marzo de 1996 la Comisión registró dicha denuncia como el caso N° 11.601.

Por su parte, el 23 de mayo de 1996 la Comisión de Derechos Humanos (COMISDEH) de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos presentó el caso de Filomeno León León y Natividad Condorcahuana, muerto y herida, respectivamente, en los incidentes de Barrios Altos.

Esta información fue remitida al Estado el 21 de junio de 1996 para que presentara sus observaciones.

8. El 29 de mayo de 1996 el Perú presentó a la Comisión su respuesta, la cual fue transmitida a los peticionarios el 21 de junio de 1996 para que presentaran observaciones, quienes las presentaron el 1 de agosto de 1996. El 15 de octubre de 1996 la Comisión comunicó el escrito de los peticionarios al Estado y le otorgó 30 días para la presentación de sus observaciones.

9. El 23 de septiembre de 1996 la Comisión recibió una denuncia presentada por la Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ) de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, a nombre de los familiares de Javier Manuel Ríos Rojas y Manuel Isaías Ríos Pérez, dos personas muertas en los acontecimientos de Barrios Altos. Esta información fue transmitida al Perú el 12 de febrero de 1997.

10. El mismo 12 de febrero de 1997 la Comisión acumuló la denuncia presentada en el caso N° 11.528 y las denuncias que formaron parte del caso N° 11.601, conformando todas parte del caso N° 11.528.

11. El 4 de marzo de 1997, durante el 95° Período de Sesiones de la Comisión, se celebró una audiencia sobre el caso.

12. El 1 de mayo de 1997 el Estado respondió a la información transmitida por la Comisión el 12 de febrero de ese mismo año (*supra* párr. 9), escrito que fue remitido a los peticionarios el 27 de mayo de 1997.

13. Mediante comunicación de 11 de junio de 1997 los peticionarios solicitaron que se incluyera al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y al Instituto de Defensa Legal (IDL) como co-peticionarios en este caso.

14. El 22 de junio de 1997 los peticionarios presentaron sus observaciones al escrito del Estado de 1 de mayo de 1997 (*supra* párr. 12), que fueron remitidas al Perú el 28 de julio de 1997.

15. El 9 de octubre de 1997, durante el 97° Período de Sesiones de la Comisión, se celebró otra audiencia sobre el caso.

16. El 7 de enero de 1999 la Comisión Interamericana se puso a disposición de las partes con el objeto de lograr una solución amistosa; sin embargo, el Perú le solicitó que desistiera de su iniciativa y que declarara inadmisibile el caso por falta de agotamiento de recursos internos.

17. El 7 de marzo de 2000 la Comisión, durante su 106° Período de Sesiones y con base en el artículo 50 de la Convención, aprobó el Informe N° 28/00, el cual fue transmitido al Estado al día siguiente. En dicho Informe, la Comisión recomendó al Estado que:

A. deje sin efecto toda medida interna, legislativa o de otra naturaleza, que tienda a impedir la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de los asesinatos y lesiones resultantes de los hechos conocidos como operativo "Barrios Altos". Con ese fin, el Estado peruano debe dejar sin efecto las leyes de amnistías Nos. 26479 y 26492.

B. conduzca una investigación seria, imparcial y efectiva de los hechos, con el objeto de identificar a los responsables de los asesinatos y lesiones de este caso, y continúe con el procesamiento judicial de los señores Julio Salazar Monroe, Santiago Martín Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra, y Hugo Coral Goycochea, y por la vía del proceso penal correspondiente, se sancione a los responsables de estos graves delitos, de acuerdo con la ley.

C. proceda otorgar una reparación plena, lo que implica otorgar la correspondiente indemnización a las cuatro víctimas que sobrevivieron y a los familiares de las 15 víctimas muertas, por las violaciones de los derechos humanos señalados en este caso.

Asimismo, la Comisión acordó:

Transmitir este informe al Estado peruano y otorgarle un plazo de dos meses para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas. Dicho plazo se contará a partir de la fecha de transmisión del presente informe al Estado, el cual no estará facultado para publicarlo. Igualmente la Comisión acuerda notificar a los peticionarios de la aprobación de un informe según el artículo 50 de la Convención.

18. El 9 de mayo de 2000 el Perú transmitió su respuesta al Informe de la Comisión, la cual señalaba que la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492, constituían medidas excepcionales adoptadas en contra de la violencia terrorista. Además, hizo notar que el Tribunal Constitucional peruano había declarado improcedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las referidas leyes, "pero en forma expresa señaló la subsistencia de las acciones de reparación civil en favor de los agraviados o sus familiares."

19. El 10 de mayo de 2000 la Comisión decidió someter el caso a la Corte.

V - Procedimiento ante la Corte

20. La demanda en este caso fue sometida al conocimiento de la Corte el 8 de junio de 2000.

21. La Comisión designó como Delegados a los señores Juan E. Méndez y Hélio Bicudo; como abogadas a las señoras Christina M. Cerna y Andrea Galindo; y como asistentes a los señores Sofía Macher, Secretaria Ejecutiva de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; Germán Alvarez Arbulú, de la Asociación Pro-Derechos Humanos (APRODEH); Iván Bazán Chacón, Director Ejecutivo de la Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ); Ronald Gamarra Herrera, del Instituto de Defensa Legal (IDL); Rocío Gala Gálvez, de la Comisión de Derechos Humanos (COMISDEH); Viviana Krsticevic, Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); y María Claudia Pulido, abogada del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

22. El 4 de julio de 2000 la Secretaría de la Corte (en adelante "la Secretaría"), siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte (en adelante "el Presidente"), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 33 y 34 del Reglamento, solicitó a la Comisión que remitiera, en un plazo de 20 días, diversas informaciones y documentación faltante, así como ciertos anexos de la demanda que se encontraban incompletos o ilegibles. El 21 de julio de 2000 la Comisión envió parte de la documentación solicitada. El 11 de agosto de 2000 la Secretaría solicitó a la Comisión que enviara los documentos correspondientes a anexos que no habían sido remitidos debidamente subsanados en su comunicación anterior.

23. El 14 de agosto de 2000 la Secretaría notificó la demanda y sus anexos al Estado. Asimismo, informó a éste que se había solicitado a la Comisión que remitiera algunos anexos que aún se encontraban defectuosos, los cuales le serían enviados tan pronto como fueran recibidos. Además, comunicó al Perú que disponía de un mes para nombrar agente y agente alterno y para designar juez *ad hoc*, y de cuatro meses para responder la demanda.

24. El 21 de agosto de 2000 la Comisión envió parte de los anexos que habían sido solicitados por la Secretaría el 11 de los mismos mes y año (*supra* párr. 22). El 1 de septiembre de 2000 la Secretaría informó a la Comisión que todavía faltaban por remitir algunos folios correspondientes a anexos de la demanda mencionados en el escrito de 18 de agosto de 2000.

25. El 24 de agosto de 2000 un representante de la Embajada del Perú ante el Gobierno de la República de Costa Rica compareció en la sede de la Corte para devolver la demanda del presente caso. Dicho funcionario entregó a la Secretaría

la Nota No. 5-9-M/49 de 24 de agosto de 2000 de la Embajada del Perú, en la cual se manifiesta que por instrucciones de su Gobierno, procede a devolver a [la Corte la notificación de la demanda y sus anexos, por las consideraciones expuestas a continuación:

1.- Mediante Resolución Legislativa de fecha 8 de julio de 1999, el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.- El 9 de julio de 1999, el Gobierno de la República de la República del Perú, procedió a depositar en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el instrumento mediante el cual declara que, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República del Perú retira la Declaración de Reconocimiento de la Cláusula Facultativa de sometimiento a la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...

3.- El retiro del reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte, produce efectos inmediatos a partir de la fecha del depósito del mencionado instrumento ante la Secretaría General de la OEA, esto es, a partir del 9 de julio de 1999, y se aplica a todos los casos en los que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte.

Por último, en ese mismo escrito el Estado manifestó que la notificación contenida en la Nota CDH-11.528/002, de fecha 11 de agosto de 2000, se refiere a un caso en el que esa Honorable Corte ya no es competente para conocer de demandas interpuestas contra la República del Perú al amparo de la

Competencia Contenciosa prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

26. El 19 de octubre de 2000 la Comisión Interamericana presentó un escrito referente a la devolución, por parte del Perú, de la notificación de la demanda y sus anexos. En dicho escrito la Comisión solicitó a la Corte que "rechace la pretensión del Estado del Perú y dé curso al trámite de este caso".

27. El 12 de noviembre de 2000 la Corte remitió una nota, suscrita por todos sus jueces, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, señor César Gaviria Trujillo, informándole sobre la situación de algunos casos tramitados ante el Tribunal referentes al Perú. En relación con la devolución del Estado de la demanda en el caso Barrios Altos y sus anexos, la Corte le indicó que:

La decisión del Estado peruano es inadmisibles, en razón de que el pretendido retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte del Perú fue rechazado por sentencias de competencia de este Tribunal de fecha 24 de septiembre de 1999 en los casos *Ivcher Bronstein* y del Tribunal Constitucional (*Caso Ivcher Bronstein*, Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, y *Caso del Tribunal Constitucional*, Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55)

A criterio de la Corte Interamericana, esta actitud del Estado peruano constituye un claro incumplimiento del artículo 68.1 de la Convención, así como una violación del principio básico *pacta sunt servanda* (*Caso Castillo Petruzzi y otros*, Resolución de 17 de noviembre de 1999. Cumplimiento

de Sentencia. Serie C No. 59, punto resolutivo 1, y *Caso Loayza Tamayo*, Resolución de 17 de noviembre de 1999. Cumplimiento de Sentencia. Serie C No. 60, punto resolutivo 1).

28. El 23 de enero de 2001 la Embajada del Perú ante el Gobierno de la República de Costa Rica remitió copia facsimilar de la Resolución Legislativa No. 27401 de fecha 18 de enero de 2001, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de enero de 2001, mediante la cual se "derogó la Resolución Legislativa N° 27.152", se "encargó al Poder Ejecutivo que realizara todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que haya generado dicha Resolución Legislativa", y se "restableció a plenitud para el Estado peruano la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

29. El 9 de febrero de 2001 la Embajada del Perú ante el Gobierno de la República de Costa Rica remitió copia de la Resolución Suprema Nro. 062-2001-RE de 7 de febrero de 2001, publicada el día 8 de los mismos mes y año en el Diario Oficial El Peruano, mediante la cual se designó a los señores Javier Ernesto Ciurlizza Contreras como Agente y al señor César Lino Azabache Caracciolo como Agente alterno.

30. El 16 de febrero de 2001 la Embajada del Perú en Costa Rica remitió una nota del Agente y el Agente alterno, en la cual informaron sobre su designación como agentes y el lugar donde se tendrían por debidamente notificadas las comunicaciones en el presente caso.

31. El 19 de febrero de 2001 el Agente y el Agente alterno presentaron un escrito mediante el cual informaron que el Estado:

1. Reconoce su responsabilidad internacional en el caso materia del presente proceso, por lo que iniciará un procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como ante los peticionarios en este caso.

2. En virtud de este reconocimiento, cursará comunicaciones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos para iniciar conversaciones formales y alcanzar el citado acuerdo.

32. El 21 de febrero de 2001 el Presidente de la Corte emitió una Resolución, en la cual resolvió convocar a los representantes del Estado del Perú y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a una audiencia pública que se celebraría en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de las 9:00 horas del día 14 de marzo de 2001 a efectos de escuchar a las partes con respecto a la posición del Estado transcrita en el Visto 2 de dicha Resolución.

Esta Resolución fue notificada el 22 de febrero de 2001 tanto al Perú como a la Comisión.

33. El 14 de marzo de 2001 se celebró la audiencia pública sobre el presente caso.

Comparecieron ante la Corte:

Por el Estado del Perú:

- Javier Ernesto Ciurlizza Contreras, Agente; y
- César Lino Azabache Caracciolo, Agente alterno.

Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- Juan E. Méndez, Delegado;
- Christina M. Cerna, abogada;
- Viviana Krsticevic, asistente;
- Germán Álvarez Arbulú, asistente;
- Robert Meza, asistente;
- Rocío Gala Gálvez, asistente; y
- Miguel Huerta, asistente.

VI - Allanamiento

Alegatos del Estado

34. En su escrito de 19 de febrero de 2001 y en la audiencia pública de 14 de marzo de 2001, el Perú reconoció su responsabilidad internacional en el presente caso (*supra* párr. 31).

35. En el curso de la audiencia pública el Agente del Estado expresó que el Gobierno peruano enfrenta una agenda en materia de derechos humanos en extremo compleja; como parte de ella, el restablecimiento y normalización de las relaciones con la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido, es y será una prioridad esencial...

El Estado peruano formuló un allanamiento mediante escrito del 19 de febrero, en el cual se reconocía responsabilidad internacional por los hechos ocurridos el 3 de noviembre de 1991.

La estrategia gubernamental en materia de derechos humanos parte de reconocer responsabilidades, pero más que nada de proponer fórmulas integrales de atención a las

víctimas en relación a tres elementos fundamentales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una justa reparación.

En cuanto al caso Barrios Altos, se han tomado pasos sustanciales para asegurar que la justicia penal tenga un pronunciamiento rápido sobre el tema. Sin embargo, enfrentamos un obstáculo, nos referimos a las leyes de amnistía. Las leyes de amnistía implicaban directamente una vulneración al derecho de toda víctima a obtener no sólo justicia sino verdad. Por eso es que el Gobierno del Perú planteó a los peticionarios originales, es decir, a la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, la posibilidad de avanzar en soluciones amistosas, que implicaran respuestas eficaces a este obstáculo procesal.

El Estado propuso a los peticionarios la suscripción de un acuerdo marco de solución amistosa en el caso de Barrios Altos. El acuerdo marco proponía el reconocimiento explícito de responsabilidad internacional sobre artículos concretos de la Convención Americana. En ese sentido se propuso poner por escrito, en un acuerdo suscrito por la Comisión, el Estado y los peticionarios, que el Estado reconocía la responsabilidad internacional por la violación del derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la muerte de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, 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 Arquíñigo, Odar Mender

Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo. Asimismo, el Estado propuso reconocer, mediante este acuerdo marco, responsabilidad internacional por la violación del derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las graves lesiones producidas a Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez. Finalmente, el Estado reconocería responsabilidad internacional por la violación del derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con ocasión de haber omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas.

Con base en este reconocimiento de responsabilidades se planteaba que las partes expresaran a la Corte su disposición a iniciar un diálogo directo para arribar a un acuerdo de solución amistosa que busque satisfacer las pretensiones planteadas en relación con las reparaciones. Dicho acuerdo, como es obvio, por mandato de la Convención y del Reglamento de la Corte, sería presentado a la Honorable Corte para su homologación. Se propuso, además, una agenda preliminar que tuviera que ver con tres puntos substanciales: identificación de mecanismos para el esclarecimiento pleno de los hechos materia de la denuncia, incluyendo la identificación de los autores materiales e intelectuales del crimen, viabilidad de las sanciones penales y administrativas a todos aquellos que resulten responsables, y propuestas y acuerdos específicos relacionados con los asuntos vinculados a las reparaciones.

Para tal efecto el Estado propuso que las partes solicitaran a la Corte Interamericana la emisión de sentencia de fondo inmediatamente, teniendo en cuenta el escrito de allanamiento presentado, en donde se estableciera la responsabilidad internacional que la Corte tuviera a bien determinar. Asimismo, se proponía que las partes sugirieran a la Corte que se suspendiera el pronunciamiento sobre el inicio del procedimiento reparatorio, por los plazos que las propias partes establecerían y que sean considerados conformes por la Corte. Vencido el plazo sin que se perfeccione el acuerdo, las partes se comprometían a solicitar la emisión de la sentencia correspondiente, así como a acatarla y ejecutarla en todos sus extremos.

El Estado reitera su disposición de poder iniciar un diálogo directo para llegar a una solución eficaz ... para atacar la validez de los obstáculos procesales que impiden la investigación y sanción de aquellos que resulten responsables en el caso materia de la presente audiencia, en particular me refiero a las denominadas leyes de amnistía.

La fórmula de dejar sin efecto las medidas adoptadas dentro del marco de la impunidad de este caso, es en nuestra opinión una fórmula suficiente para impulsar un procedimiento serio y responsable de remoción de todos los obstáculos procesales vinculados a estos hechos y, sobre todo, la fórmula que permite, y es este nuestro interés, reivindicar las posibilidades procesales y judiciales de responder conforme a la ley a los mecanismos de impunidad que se implementaron en el Perú en el pasado reciente, y abre la posibilidad de poder provocar en el derecho interno una

resolución de homologación de la Corte Suprema, que permita que los esfuerzos que se están haciendo para impulsar esos casos, se puedan cumplir.

Alegatos de la Comisión

36. Al respecto, el Delegado de la Comisión Interamericana comenzó su intervención felicitando al Gobierno del Perú por su actitud ante el sistema, por su actitud ante los numerosos casos que está tratando de resolver ante la Comisión, pero especialmente por su actitud ante este caso que es paradigmático por una gran variedad de razones, en particular por la actitud positiva del Gobierno de encontrarle soluciones, especialmente porque esa actitud da a la Comisión y a la Honorable Corte una oportunidad inédita, una oportunidad realmente histórica de hacer avanzar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de medidas del derecho interno que contribuyan a luchar contra la impunidad, que es uno de los flagelos en nuestro continente, al cual esta Corte y la Comisión, le hemos dado una importancia fundamental. Creo que nos da esta actitud del Gobierno del Perú la oportunidad de acompañar a los peruanos, a su Gobierno y a su sociedad civil, para encontrar soluciones creativas que después puedan ser objeto de emulación y de imitación en todo nuestro continente ya un más allá de nuestro continente.

El presente caso es fundamentalmente un caso gravísimo y tristísimo de ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes del Gobierno peruano, actuando en forma clandestina e ilegal Pero es también sobre ... la imposición deliberada de mecanismos legislativos y judiciales para impedir el

conocimiento de los hechos y para impedir la sanción de los responsables. Es por eso que se trata no solamente sobre los hechos sangrientos que ocurrieron en Barrios Altos, sino también sobre la actitud del ex Gobierno del Perú de violentar sus obligaciones internacionales sancionando leyes cuyo único objeto era la impunidad. Lo que hay que hacer en las próximas semanas, meses, días, es específicamente remover estos obstáculos en la legislación peruana para que efectivamente las víctimas de Barrios Altos tengan acceso a la verdad y a la justicia y tengan recursos para hacer valer sus derechos ante el Estado peruano.

Estamos en condiciones de arribar, con el Gobierno del Perú, a un acuerdo sobre los significados concretos, las conductas concretas emergentes del reconocimiento de responsabilidad que ellos han hecho, y que ese acuerdo de cumplimiento sea a la brevedad homologado por la Honorable Corte, de manera de constituir un instrumento que luego en el derecho interno del Perú pueda servir de herramienta para destruir y remover los últimos obstáculos que hay para luchar contra la impunidad en el Perú.

Estamos frente a un momento histórico y estamos muy agradecidos y muy honrados, no sólo de estar en presencia de la Corte sino de estar en presencia de un Gobierno que toma, que ha tomado y que sigue tomando medidas importantes para asegurar la garantía plena de los derechos humanos.

El Sistema Interamericano ha cumplido un rol fundamental en la consecución de la democracia en el Perú. La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos fueron líderes dentro de la comunidad internacional en la condena de las prácticas del horror, de la injusticia y de la

impunidad que ocurrieron bajo el Gobierno de Fujimori. Los presentes en esta audiencia reconocemos el anhelo de los familiares, y de la comunidad de derechos humanos del Perú acerca de la necesidad de lograr la justicia y la verdad en este país. Este es un anhelo compartido por todo el sistema interamericano, y en ese sentido quisiéramos solicitar a la Honorable Corte que en virtud del allanamiento por parte del Estado, no sólo establezca las violaciones en concreto de los artículos de la Convención en las que ha incurrido el Estado, sino que también establezca de manera específica en el resolutivo de la sentencia, la necesidad de esclarecer los hechos, de modo de proteger el derecho a la verdad, la necesidad de investigar y castigar a los culpables, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las disposiciones de la Convención Americana, y la obligación del Estado de dejar sin efecto las leyes de amnistía.

Consideraciones de la Corte

37. El artículo 52.2 del Reglamento establece que si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante, la Corte, oído el parecer de ésta y de los representantes de las víctimas o de sus familiares, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte fijará las reparaciones e indemnizaciones correspondientes.

38. Con base en las manifestaciones de las partes en la audiencia pública de 14 de marzo de 2001, y ante la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Perú, la Corte considera que ha cesado la controversia entre el Estado y la

Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso.

39. En consecuencia, la Corte tiene por admitidos los hechos a que se refiere el párrafo 2 de la presente sentencia. La Corte considera, además, que tal como fue expresamente reconocido por el Estado, éste incurrió en responsabilidad internacional por la violación del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana, en perjuicio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, 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 Arquíñigo, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo, y por la violación del artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en perjuicio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez. Además, el Estado es responsable por la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492. Finalmente, es responsable por el incumplimiento de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados anteriormente.

40. La Corte reconoce que el allanamiento del Perú constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

VII - Incompatibilidad de Leyes de Amnistía con la Convención

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.

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la

obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la 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 lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía 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.

VIII - Derecho a la Verdad y Garantías Judiciales en el Estado de Derecho

Alegatos de la Comisión

45. La Comisión alegó que el derecho a la verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25 de la Convención, en la medida que ambos son "instrumentales" en el establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental. Asimismo, señaló que este derecho se enraíza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información. Agregó que, en virtud de este artículo, sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos.

Alegatos del Estado

46. El Estado no contendió lo alegado por la Comisión a este respecto y señaló que su estrategia en materia de derechos humanos partía de "reconocer responsabilidades, pero más que nada de proponer fórmulas integrales de atención a las víctimas en relación a tres elementos fundamentales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una justa reparación".

Consideraciones de la Corte

47. En el presente caso, es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos.

48. Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.

49. Por lo tanto, esta cuestión ha quedado resuelta al haberse señalado (*supra* párr. 39) que el Perú incurrió en la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con las garantías judiciales y la protección judicial.

IX - Apertura de la Etapa de Reparaciones

50. Dado el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Perú, la Corte considera que procede pasar a la etapa de reparaciones. La Corte considera apropiado que la determinación de las reparaciones se haga de común acuerdo entre el Estado demandado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, para lo cual se establece un plazo de tres meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. La Corte estima, asimismo, pertinente señalar que el acuerdo a que llegaren las partes será evaluado por ésta y deberá ser en un todo compatible con las disposiciones relevantes de la Convención Americana. En caso de que no se llegue a un acuerdo, la Corte determinará el alcance y monto de las reparaciones.

X

51. Por tanto,

LA CORTE,

DECIDE:

por unanimidad,

1. Admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado.

2. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, que éste violó:

a) el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, 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 Arquiñigo, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo;

b) el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez; y

c) el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los familiares de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, 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 Arquiñigo, Odar Mender Sifuentes Nuñez, Benedicta Yanque Churo, y en perjuicio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26.479 y N° 26.492.

3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26.479 y N° 26.492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia.

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26.479 y N° 26.492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.

6. Disponer que las reparaciones serán fijadas de común acuerdo por el Estado demandado, la Comisión Interamericana y

las víctimas, sus familiares o sus representantes legales debidamente acreditados, dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

7. Reservarse la facultad de revisar y aprobar el acuerdo señalado en el punto resolutivo precedente y, en caso de no se llegue a él, continuar el procedimiento de reparaciones.

Los Jueces Cançado Trindade y García Ramírez hicieron conocer a la Corte sus Votos Concurrentes, los cuales acompañan esta Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 14 de marzo de 2001.

Antonio A. Cançado Trindade - Presidente

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Alirio Abreu Burelli

Sergio García Ramírez

Carlos Vicente de Roux Rengifo

Manuel E. Ventura Robles - Secretario

Comuníquese y ejecútese.

Antonio A. Cançado Trindade - Presidente

Manuel E. Ventura Robles - Secretario

- Párrafo del Juez De Roux

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos el Estado del Perú deberá de dejar sin efectos las mencionadas leyes de manera que no sigan

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 sobre Derechos Humanos acontecidos en el Perú. En la determinación del contenido y el monto de los actos de reparación a la que habrán de llegar las partes, de común acuerdo, conforme a lo que se señala mas adelante, dichas partes deberán tener en cuenta lo que acaba de establecerse respecto a la necesidad de dejar sin efectos las leyes de amnistía tantas veces aludidas.

Las leyes de amnistía adoptadas por el Perú son incompatibles con la Convención Americana por varias razones: impidieron que los familiares de las presuntas víctimas de la masacre de Barrios Altos y las víctimas sobrevivientes fueran oídas por un juez, en violación del artículo 8.1 de la Convención; cercenaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; coartaron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de la masacre, violando el deber de garantía estipulado en el artículo 1.1 de la Convención; e impidieron el esclarecimiento de los hechos del caso en violación al derecho a la verdad. Además, la Ley de Amnistía N° 26492 cercenó la independencia del Poder Judicial, en violación del artículo 8.1 de la Convención. Finalmente, la adopción de leyes incompatibles con la Convención violó la

obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.¹⁷⁴

CHILE

LA CARAVANA DE LA MUERTE

A pesar de que a la fecha el proceso judicial denominado Caravana de la muerte no cuenta con sentencia firme, resulta de interés revisar sus hitos procesales más importantes, ello porque durante su desarrollo ha sido ampliamente discutida la aplicación del Decreto Ley 2.191 de 1978, transformándose en materia de debate público.

La comitiva militar hoy conocida como "Caravana de la Muerte", nace luego del golpe de estado perpetrado por la fuerzas Armadas en Chile en septiembre de 1973, por encargo de Augusto Pinochet. Al frente de la comitiva se encontraba el general Sergio Arellano Stark, investido como Oficial Delegado del Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno. El objetivo declarado de la comitiva militar era el de aunar criterios de administrar justicia y acelerar procesos judiciales. El General Arellano en 1999 declaró ante el Ministro de Fuego Juan Guzmán; "la preocupación fundamental era que todos los procesados pudieran tener una defensa adecuada. Además que no se abusara

¹⁷⁴ Texto completo de la sentencia del caso Barrios Altos, puede ser obtenido en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos., www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_83_esp.pdf.

del poder que se tenía en esos momentos, para dejar una buena imagen de las fuerzas Armadas en población civil".¹⁷⁵

No obstante lo anterior, se ha dicho por quienes han cuestionado las declaraciones más arriba transcritas que el objetivo real de la caravana era asegurar que los militares de provincia considerados "blandos" por la Junta de Gobierno acatarán la política represiva impuesta en la capital.

De esta forma, el 30 de septiembre de 1973 Sergio Arellano junto a otros varios oficiales de ejército, comenzó a recorrer el país de sur a norte en un helicóptero Puma, recorrido que terminó el 22 de octubre del mismo año.

Las ejecuciones extrajudiciales investigadas tuvieron características especialmente cruentas, se ha comprobado que antes de ser ejecutados usando ametralladoras, varios presos fueron despedazados con corvos.

La caravana de la muerte estaba compuesta -entre otros- por los siguientes militares; Sergio Arellano Stark, General de Brigada y Comandante de la Agrupación de Combate Santiago, el Teniente Coronel Sergio Arredondo González, el Mayor Pedro Espinoza Bravo, y el Capitán Marcelo Moren Brito.

En 1998 fue presentada ante los tribunales de justicia la primera querrela que dio origen a los procesos judiciales que hoy conocemos como Caravana de la Muerte. Esta querrela fue interpuesta por la familia del abogado Héctor Mario Silva, ejecutado político en la ciudad de Antofagasta en octubre de 1973.

¹⁷⁵ Declaración citada en el documento "Memoria y Justicia/ Enfoque"., www.memoriayjusticia.cl/espanol/sp_enfoque-caravana.html.

También durante el año 1998 se produce uno de los hechos de mayor relevancia en el contexto de los procesos que involucran a la caravana de la muerte, cuando el juez español Baltasar Garzón ordenó la detención de Augusto Pinochet Ugarte quien se encontraba recluido en una clínica en la ciudad de Londres, basándose en algunas querellas presentadas dentro del marco de los procesos a que dio origen la caravana de la muerte, dirigidos en Chile por el ministro Juan Guzmán Tapia. La detención de Augusto Pinochet efectuada en Londres se realizó bajo los cargos de secuestro y homicidio calificado, utilizando también como antecedentes algunos aportados por el informe Rettig. A pesar de que finalmente el ex gobernante volvió a Chile por decisión de los tribunales Ingleses, su detención a manos del juez español no quedó exento de significación, ya que para algunos quedó de manifiesto el repudio internacional que existe hacia las conductas cuestionadas. Una vez en Chile Augusto Pinochet debió hacer frente a los tribunales chilenos dentro de los procesos judiciales a que dio lugar la caravana de la muerte.

En el año 1999 la Corte de Apelaciones de Santiago, sometió a proceso a Sergio Arellano Stark, Marcelo Moren Brito, Pedro Espinoza Bravo, y Sergio Arredondo González, por los delitos de secuestro y homicidio cometidos en contra de 19 personas.

Dentro de los procesos que llevaba el juez Juan Guzmán se produjeron varios hitos de importancia en el año 2000, una vez que Augusto Pinochet regresó a Chile. Para lograr procesarlo a por su responsabilidad en la caravana de la muerte era necesario proceder a su desafuero, ya que a la fecha éste contaba con la inmunidad parlamentaria que le

garantizaba su calidad de senador vitalicio. El juez Guzmán solicitó su desafuero ante la Corte de Apelaciones de Santiago en marzo del año 2000. Dicho tribunal decidió desaforar al senador en junio del mismo año. Finalmente, el 8 de agosto del año 2000 el Pleno de la Corte Suprema confirmó su desafuero.

El Ministro Juan Guzmán dictó auto de procesamiento en contra de Augusto Pinochet el 1 de diciembre del año 2000, en calidad de coautor de los delitos de secuestro calificado y homicidio calificado cometidos por la Caravana de la Muerte en La Serena, Copiapó, Calama y Antofagasta.

La Sexta Sala de la Corte de Apelaciones con fecha 9 de julio del año 2001, ordena el sobreseimiento temporal y parcial del senador Pinochet, sin que le haya practicado el fichaje. La resolución deja a Augusto Pinochet fuera de la investigación que instruye el ministro Juan Guzmán por los homicidios y secuestros que se imputa a la Caravana de la Muerte. El tribunal aplica las disposiciones del Código Procesal Penal, que aún no entraba en vigencia en esa fecha, que permitían excluirlo del juicio por sufrir de locura o demencia.

En enero del año 2002 la Corte Suprema acogió a tramitación un recurso de inaplicabilidad, en contra de la resolución antes mencionada, donde se solicita se declare inconstitucional el sobreseimiento por razones de salud mental, al haberse aplicado el nuevo Código Procesal Penal, correspondiente a la reforma procesal penal que no se encontraba en vigencia en la Región Metropolitana. No obstante lo anterior en julio de ese mismo año la Corte suprema determinó sobreseer de forma definitiva a Augusto

Pinochet en la causa de la caravana de la muerte, por encontrarse inhabilitado para enfrentar un proceso penal en su contra debido a su supuesta condición de demencia.

Respecto de la aplicación del Decreto Ley de amnistía en los casos de la caravana de la muerte, no podemos olvidar la tesis del secuestro permanente instaurada por el Juez Guzmán, en que el secuestro -como delito que no se interrumpe hasta que aparezca la víctima o al menos sus restos-, no puede ser amnistiado ni prescrito; "el juez Guzmán encuentra la manera de poner en jaque la ley de amnistía de 1978. Existían pruebas de que la cúpula clandestina del PC había sido secuestrada por miembros de las Fuerzas Armadas, durante el período cubierto por la amnistía. "Ahora bien, este crimen continuaba produciendo efectos" explica el juez, "porque era imposible probar jurídicamente que esas personas estaban muertas o saber sin sombra de duda, en caso que hubieran muerto, si la muerte se había producido en el lapso cubierto por el decreto-ley de amnistía". Mediante esta argumentación impecable, Juan Guzmán crea una nueva figura jurídica, de enorme alcance en los procesos por violaciones de los derechos humanos en Chile. "Los desaparecidos eran víctimas, entonces, de un secuestro permanente que proseguía hasta la actualidad y por tanto no cabía en la ley de amnistía"¹⁷⁶

Como uno de los últimos sucesos judiciales que se han producido en torno al caso caravana de la muerte y el Decreto Ley de amnistía, tenemos que en el año 2006, retirado ya el juez Guzmán Tapia, los casos pasaron a manos del Ministro Víctor Montiglio, quien en abril del mencionado año aplicó el

176

Decreto ley de Amnistía en uno de los episodios de la caravana de la muerte. El ministro Montiglio modificó las encargatorias de reo en contra de algunos oficiales de Ejército por el delito de secuestro al de homicidio calificado, lo que permite aplicar la amnistía, y abre la puerta a una posible declaración de prescripción respecto de los crímenes. De más está decir que dicha decisión motivó el repudio de las organizaciones de defensa de los Derechos Humanos; "Aunque el fallo nos indigna, no nos sorprende. Ya se había advertido de los riesgos que implicaba que un juez como el Sr. Montiglio asumiera causas de derechos humanos, ya que en su calidad de miembro integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, había ya aplicado esta ilegítima ley en otros procesos. Ahora, la aplica en uno de los procesos judiciales más emblemáticos de derechos humanos iniciado en 1998 y a partir del cual fue desaforado y procesado el dictador Augusto Pinochet Ugarte. En este sentido, indigna saber que después de amnistiar a los responsables de los alevosos y cobardes crímenes de Arica, ahora amnistiará a los responsables de los otros crímenes cometidos en Calama, Antofagasta, Copiapó, La Serena, y Cauquenes y que, en los meses inmediatamente posteriores al golpe militar en septiembre de 1973, afectaron a 72 personas ejecutadas".¹⁷⁷

EXTRADICIÓN DE WALTER RAUFF

¹⁷⁷ **Aplicación de la Ley de Amnistía por juez Víctor Montiglio, en caso Caravana de la Muerte,** CODEPU.
www.codepu.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=726&Itemid=44&lang=es

El Gobierno de la República Federal Alemana solicitó a nuestro país, la extradición del ciudadano de esa nacionalidad Walter Rauff, en el año 1963.

El Gobierno Alemán requirió la extradición para que respondiera penalmente de delitos de asesinatos u homicidios calificados -según la ley chilena- perpetrados en contra de a lo menos 97.000 individuos de la raza judía, en territorios ocupados por las ramas alemanas en el año 1942, hecho que para el derecho internacional, constituye el delito de genocidio.

La defensa de Walter Rauff alegó que la acción penal se encontraba prescrita, ya que desde la fecha de los últimos hechos que se le imputaban, había transcurrido en exceso el plazo de 15 años que señala el Código Penal Chileno.

La cuestión principal se centró en determinar, sí para calificar la prescripción, debía estarse a la ley del Estado requirente, es decir Alemania, cuya legislación establece en plazo de prescripción de 20 años, según lo cual la acción penal aún no había prescrito, o sí debía aplicarse la ley del Estado requerido -esto es la chilena- que establece un plazo de prescripción de 15 años, encontrándose en tal caso prescrita la acción penal.

El fallo de primera instancia de los tribunales chilenos pronunciado por el Presidente de la Corte Suprema, conociendo como Tribunal de primera instancia, dio lugar a la extradición.

Posteriormente el Pleno de la Corte Suprema conoció del Recurso de apelación interpuesto, por tratarse de un asunto

de gran trascendencia, no sólo por tratarse de un caso de extradición importante para la política interna e internacional, sino por que el fallo pronunciado contiene la gran mayoría de las tesis que han sostenido nuestros Tribunales en la materia, estimamos por ello de interés reproducir a continuación el **fallo pronunciado en segunda instancia**, en cuyos considerandos expone;

1.-"Que la defensa del ciudadano alemán Walter Rauff ha alegado la excepción de prescripción de la acción penal, que se funda en el hecho de haber transcurrido más de quince años desde que se perpetraron los últimos actos delictuosos que se imputan a Rauff";

2.-"Que el fiscal de esta Corte, que es parte en el juicio de extradición, como representante del Ministerio Público, ha dictaminado a fojas 339, en el sentido de que esta prescrita la acción penal, y consecuentemente, debe denegarse la extradición del mencionado reo, solicitada a nuestro Gobierno por la República Federal de Alemania".

3.-"Que en el escrito en que se fundamenta el pedido de extradición, de fojas 168, el encargado de gestionarla señala que debe rechazarse la excepción de prescripción porque "la tendencia predominante en Derecho Internacional es aplicar en materia de prescripción la ley del Estado requirente"(fojas 181)";

8.-"Que las normas concernientes a la prescripción se incorporaron al sistema jurídico de la extradición para consagrar el respeto al principio, según el cual la prescripción hace desaparecer la punibilidad de los actos que en sí mismos son delictuosos. Este principio ha sido

reconocido unánimemente por las legislaciones sustantivas de los países civilizados (códigos o leyes penales), con excepción del "nacional socialismo", que se manifestó contrario a la prescripción, fundándose en el carácter permanente de la culpabilidad, lo cual- a juicio de aquel régimen - impide que pueda desaparecer con el transcurso del tiempo la punibilidad de un hecho";

9.-"Que para decidir el problema de la prescripción, es necesario dejar establecido:

- a) Que excluido el genocidio por las razones expuestas en la sentencia apelada, los delitos materia de la requisitoria han sido calificados de "asesinatos" por la justicia alemana;
- b) Que dicha calificación corresponde en nuestro Derecho a los homicidios calificados (artículo 391, números 1º y 5º del Código Penal);
- c) Que los últimos hechos atribuidos a Rauff se cometieron hasta el 30 de Junio del año 1942; y
- d) Que el Juzgado de Hannover decretó orden de detención en contra del reo, con fecha 30 de Junio de 1960 (fojas 67)";

10.- "Que según la ley alemana, la acción penal por los delitos de la naturaleza de los comprendidos en la demanda de extradición, prescribe a los 20 años desde que aquellos se ejecutaron; y la prescripción se suspende cuando el procedimiento se dirige contra el reo.

Respecto de los mismos delitos, el artículo 94 del Código Penal chileno establece que la acción penal prescribe en 15 años. El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito(artículo 95)y la prescripción se suspende por la causal contemplada en la ley alemana (artículo 96)";

11.- "Que, por consiguiente, sí la tendencia predominante en el Derecho Internacional es aplicar en materia de prescripción la ley del Estado requirente, como se

afirma por el encargado de gestionar la extradición, correspondería rechazar la prescripción, dado que no se habrían cumplido los veinte años que exige la legislación de la República Federal de Alemania. Por la inversa si los principios predominantes en el Derecho Internacional, establecen que en este punto, rigen las leyes del estado requerido o del requirente, según la tesis que sustenta el representante del Ministerio Público y la defensa de Rauff, habría que acoger la excepción de prescripción, supuesto que al aplicarse alternativamente la ley del país requerido (Chile), habría transcurrido el lapso de quince años, contados desde que se cometieron los delitos de que se trata”;

12.- “Que durante la última década, esta Corte ha conocido, por la vía de la apelación o de la consulta, de numerosos procesos de extradición pasiva en los que, como en el actual, se reclamaba la entrega de individuos que pertenecen a países extranjeros, con los cuales no existían tratados vigentes de extradición entre Chile y los Estados requirentes”;

13.-Que el artículo 359, del mencionado Código dispone, “tampoco debe accederse a ella (la extradición) si se han prescrito el delito o la pena, conforme a las leyes del Estado requirente o requerido”;

14.-“Que el precepto del Código de Bustamante que se transcribe en el considerando anterior, es de aplicación preferente al que contiene sobre esta materia el artículo 3º letra a) de la Convención sobre extradición de Montevideo, de Diciembre de 1933”;

15.-"Que en efecto, esta última Convención no abrogó ni modificó los tratados bilaterales o colectivos vigentes, como expresa categóricamente el artículo 21 de la referida Convención que en lo pertinente, dice: "La presente convención no abroga ni modifica los tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigor entre los Estados signatarios. No obstante, si alguno de aquellos dejara de regir, entrará a aplicarse de inmediato la presente Convención...".

Los considerandos que sirvieron de antecedentes a la aprobación del Tratado Interamericano de Extradición, y el informe del ponente, profesor y tratadista argentino de Derecho Internacional Público Doctor Luis A. Podesta Costo, que aparecen en las actas de las sesiones plenarias de la Séptima Conferencia Interamericana demuestran que el citado artículo 21 de la Convención de Montevideo tuvo el preciso objeto de mantener la vigencia de los tratados colectivos anteriores, entre los cuales se mencionó el Código de Bustamante de 1928".(Páginas 77,139 y 185 de las actas);

16.- "Que por lo tanto, la expresada Convención de Montevideo es complementaria al Código de Bustamante.

En razón de este carácter, el último de los cuerpos legales indicado prevalece en el caso en que existe desacuerdo entre ambos textos";

17.-"Que en los tratados de extradición celebrados por Chile no se ha seguido un criterio uniforme sobre las leyes aplicables en cuanto a la prescripción. Esta disconformidad, y la circunstancia de que sólo dos de esos tratados, los suscritos con Brasil y Perú, fueron promulgados con posterioridad a la promulgación del Código de Bustamante, que

se público en el Diario Oficial N° 16.857 de 25 de Abril de 1934, no permiten fundar en ellos la primacía de ninguna de las dos tesis que se contraponen en esta causa, desde que el tratado con Brasil dispone en su artículo IV letra c), que: "No será concedida la extradición: c) Cuando la acción o la pena estuviese prescrita según las leyes del Estado requirente y Requerido",; y el Tratado con el Perú estatuye en su artículo V N° 2 que: "No será procedente la extradición: 2) Cuando según las leyes del país requerido la pena o la acción penal se encuentren prescritas";

18.-"Que la ley de extradición alemana, de 1929, declara que aquella es improcedente, entre otros casos, cuando la persecución o ejecución de la pena no sería admisible según el Derecho Alemán, a consecuencia de la prescripción, indulto u otras razones";

19.-"Que, en concordancia con la citada ley en los tratados de extradición suscritos, primero por Alemania y después por la República Federal Alemana, la prescripción se somete a las leyes del Estado requerido o de cualquiera de los dos países: tratados con España (1878); Grecia (1907); Estados Unidos (1930-1957); Turquía (1930); Brasil (1877-1952); México (1957); Bélgica (1958); Suiza (1874)";

20.- "Que los tratados bilaterales de extradición celebrados entre diversas naciones, en los que la prescripción se rige por las leyes del Estado requerido o requirente, son notablemente superiores en número a aquéllos que, en este punto, hacen aplicable únicamente la ley de este último(ver lista de tratados que se mencionan en las notas (2), de la página 101, y (6) de la página 102, de Narbard

Research, en comparación con los que se indica en la nota (4) de la página 102 de la misma publicación)";

21.- "Que las leyes sobre extradición de Bélgica, de 1874, de los Países Bajos de 1875, de Suiza de 1892; de Rusia de 1911; de Suecia de 1913; de Ecuador de 1921; de México de 1897; y el decreto-ley de Brasil N° 394 de 1938, sujetan la prescripción a las leyes del país requerido o del requirente";

22.-"Que es cierto que la ley Argentina N° 182 de 1885 (artículo 3° número 5, y el Código de enjuiciamiento Criminal (artículo 655 número 5), atiende exclusivamente a las leyes del país requirente, pero a pesar de esos preceptos, en la mayor parte de los Tratados suscritos por Argentina prevalece el sistema de "la ley más favorable al reo", de modo que basta para negar la extradición que la acción o la pena se encuentren prescritas por cualquiera de las leyes de los Estados contratantes. Es el mismo principio aceptado en los tratados celebrados con Bélgica, Holanda, Italia, Inglaterra, Portugal, Suiza..."(Oscar N. Vera Barros, Profesor de derecho penal de la Universidad Nacional de Córdoba, "La Prescripción penal en el Código Penal", Buenos Aires, 1960, página 285). Dicho autor había manifestado antes que en aquellos principios se informan también los Tratados con España y Estados Unidos;

23.-"Que la ley Francesa de Extradición de 1927, la Ley tipo compuesta por las Conferencias Internacionales de Unificación del Derecho Penal, de 1931; la Convención Europea de Extradición, firmada en Paris, entre otros países, por la República Federal de Alemania En 1957; Proyecto sobre

Convención de Extradición, aprobado en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos celebrado en Chile en el año 195, y el Proyecto de Tratado de Extradición entre Chile y Venezuela, que nuestro Gobierno remitió al Congreso para su aprobación en 1962, atienden a las leyes del Estado requerido o de cualquiera de los dos países”;

24.-“Que los razonamientos duodécimo y siguientes de este fallo conducen a la conclusión ineludible de que conforme a los principios predominantes del Derecho Internacional, la prescripción de la acción penal se rige por las leyes del Estado requerido o del requirente”;

25.-“Que los prestigiosos tratadistas que se designan en la sentencia apelada y los demás mencionados a fojas 151 vuelta del escrito de fojas 168, propugnan la doctrina de que en lo que respecta a la prescripción de la acción penal, deben aplicarse las leyes del Estado requirente, porque en el territorio de éste se cometió el delito, y que con su ejecución nació la ejecución dirigida a sancionarlo”;

26.-“Que en este caso, las opiniones de los publicistas no pueden utilizarse, “como medio para encontrar la norma de Derecho Penal aplicable” porque, en orden a la prescripción, está norma esta explícitamente manifestada en las diversas fuentes del Derecho Internacional positivo, que se han relacionado precedentemente. Por lo demás algunos de los autores aludidos reconocen que la doctrina que ellos preconizan no ha tenido acogida en el sistema jurídico Internacional.

Por su parte, la defensa de Walther Rauff ha invocado la opinión de varios autores, que coinciden con la tesis que, en este juicio, hace improcedente la extradición. Esta opinión

armonizada con el axioma universalmente admitido de "doble incriminación", y se apoya en el concepto de que el juzgamiento de los diversos aspectos de la extradición, como función judicial que ejercen los Tribunales del país requerido, importa una expresión inalienable de la Soberanía de este Estado";

27.- "Que es efectivo que el instituto de la extradición se basa en el auxilio y cooperación mutua que los países deben prestarse para evitar la impunidad de los delitos perpetrados dentro de sus respectivos territorios.

Esta finalidad de la extradición no se conculca cuando entra en juego la prescripción, por cuanto como ya se ha dicho en el considerando octavo de este fallo, la prescripción hace desaparecer la punibilidad del acto delictuoso. Por consiguiente si ella opera y se declara por el Tribunal ante el cual se hace valer, no puede sostenerse que se ha amparado la impunidad de los hechos delictuosos en la esfera internacional. De otro modo sería un contrasentido manifiesto que las reglas concernientes a la prescripción se contengan en los mismos instrumentos en que se estructura la extradición;

28.-"Que el artículo 94 del Código Penal chileno de 1874, dispone que la acción penal por los delitos de la naturaleza de los comprendidos en la demanda de extradición prescribía en veinte años.

El referido precepto fue derogado parcialmente y modificado por la Ley 11.183, de 10 de Junio de 1953, en el sentido que se redujo a quince años el plazo de prescripción";

29.-"Que el encargado de gestionar la extradición sostiene que, supuesta la aplicación del Código de Bustamante no puede denegarse la requisitoria, dado, que "la legislación del Estado requerido posterior al delito no podrá impedir la extradición", según los términos del artículo 360 del mencionado Código, y por consiguiente para los efectos de este juicio, debe considerarse vigente el texto primitivo del artículo 94 del Código Penal";

30.-"Que las normas relativas a la formación, derogación y efectos de las leyes internas son de orden público y constituyen una emanación irrenunciable de la soberanía de cada país. En este concepto, aquéllas no pueden estar subordinadas a las reglas restrictivas que se incorporan en los instrumentos que tienen fuerza en el ámbito Internacional";

31.-Que por lo demás, Chile aprobó el Código de Bustamante con la reserva de que " ante el Derecho Chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros";

32.-"Que si producido conflicto entre la legislación chilena y la extranjera, prevalece aquélla, con mayor razón tiene efecto la reserva señalada en el evento de que la contradicción existe entre las normas de la derogación de las leyes chilenas los preceptos del Código de Bustamante, que también es ley de la República, atendido el rango de las primeras, que se ha señalado en el considerando 30;"

33.-"Que, por consiguiente, el Tribunal no debe aplicar una disposición derogada sino el texto vigente del artículo 94 del Código Penal, que fija en quince años el plazo de prescripción de la acción penal;"

34.-"Que es inaceptable la alegación que se funda en el artículo 100 del citado Código, dado que el tenor claro del precepto de la historia fidedigna de su establecimiento, que se lee en las actas de la Comisión Redactora, aparece inequívocamente que aquél se refiere al reo que se ausenta del territorio de Chile".

35.-"Que, en reuniones Internacionales se han aprobado diversas declaraciones o recomendaciones tendientes a castigar los crímenes contra la humanidad, pero esas resoluciones, revisten, por ahora, el carácter de meras declaraciones programáticas o recomendaciones para instituir las normas adecuadas en las respectivas legislaciones nacionales, y por tanto no cabe fundamentar en ellas un fallo mientras nos e incorporen al Derecho Internacional positivo;"

36.-"Que, en virtud de los antecedentes enunciados en el considerando noveno, con el mérito de la conclusión jurídica sentada en el fundamento 24 y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 94 del Código Penal, debe acogerse la excepción de la prescripción de la acción penal alegada por la defensa de Walther Rauff;"

38.-"Que el exterminio masivo de seres humanos por motivos raciales constituye la comisión de crímenes alevosos que repugnan la conciencia jurídica del mundo civilizado, y arrojan un baldón irremisible sobre el régimen político que concibió, planificó, y ejecutó esos designios execrables.

Sin embargo, el Tribunal ha decidido acoger la prescripción de la acción penal porque, en su concepto, la procedencia de la excepción se manifiesta con sujeción a los principios del Derecho Internacional.

Por estas consideraciones, de acuerdo con el dictamen del señor Fiscal, en lo que concuerda con los fundamentos de este fallo, y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 651,654,y 655, del Código de Procedimiento Penal, se revoca la sentencia apelada de 21 de Febrero último, escrita a fojas 418, y se declara:

1. Que ha lugar a la prescripción de la acción penal alegada por la defensa de Walter Rauff, y

2. Que, consecucionalmente, se desecha la demanda de extradición del mencionado ciudadano alemán, formulada por el Gobierno de la República Federal de Alemania.

Se previene que el Ministro señor Méndez concurre al fallo, pero no acepta sus fundamentos 12,14,15,16,20,24.

Acordada contra el **voto del Ministro señor Eduardo Ortiz Sandoval**, quien estuvo por confirmar la sentencia apelada, teniendo por ello presente sus propios fundamentos y además los siguientes:

1. Que como lo ha establecido esta Corte, se entienden por principios "cualquiera de las proposiciones o verdades", "la base, fundamento, origen o razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo sobre cualquier materia". En consecuencia podemos decir que principios del Derecho Internacional son las normas fundamentales de esta rama del

derecho que deben haber recibido la aceptación general de la doctrina y de gran número de Estados.

2. Que, desarrollando el anterior propuesto, las naciones civilizadas reconocen esos principios que rigen las relaciones internacionales, por lo cual constituyen una de sus fuentes del Derecho Internacional, a la cual se recurrirá cuando exista un tratado o ley aplicable (...).

4. Que es útil hacer constar que los tratados son un conjunto de normas jurídicas internacionales creadas por las manifestaciones concordantes de la voluntad de dos o más Estados, y que establecen derechos y deberes entre las partes.

5. Que no hay dudas que los tratados se forman y desarrollan progresivamente sobre la base de los principios del Derecho Internacional y que ellos constituyen una versión contractual de aquellos principios en la cual convienen los Estados pactantes.

6. Que como fuente del Derecho Internacional, los tratados no tan solo formalizan costumbres preexistentes, sino que muchas veces crean reglas e instituciones. En el primer caso ilustran la existencia de aquellas costumbres, y en el segundo, pueden dar base al nacimiento de un principio de Derecho Internacional cuando sus cláusulas o sus acuerdos se repiten con uniformidad.

7. Que la aplicación -en su caso- de los principios del Derecho Internacional margina la de los tratados a menos que estos sean coincidentes con aquellos. Es pues razonable que para resolver un problema entre dos Estados a los que no ligan tratados sobre determinada materia, el legislador se remita a los principios del Derecho internacional Como una manera de dejar a las partes en igualdad de condiciones, lo

que no se lograría si una de ellas tuviese opción a aplicar su versión nacional de una regla internacional.

8. Que, confirmando los precedentes conceptos, el artículo 2| del Código de Bustamante dispone: "Las disposiciones de este Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieren a él en forma que más adelante se consigna".

Don Manuel E. Ballesteros en el tomo I Página 571, de su obra "La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile", dice: La ley ha confiado en Chile a la Corte Suprema los conocimientos de las causas que deben ser juzgadas conforme al Derecho Internacional. Se ha querido con esto entregar el fallo de estas cuestiones a los jueces de más experiencia y versación, tanto porque las resoluciones que en ella se adopten, pueden afectar hasta cierto punto las relaciones internacionales, negocio delicado y digno de mayor atención, como porque ellos no se juzgan por leyes positivas, sino por meros principios doctrinales, salvo los casos comprendidos en tratados o convenciones celebrados con las potencias extranjeras".

10. Que, como se sostiene en la sentencia de alzada, el caso de la extradición de Rauff debe ser resuelto conforme a los principios del Derecho Internacional, toda vez que entre Alemania y Chile no existe tratado sobre el particular, conclusión que guarda concordancia con lo establecido en el artículo 7º de la Declaración e la Conferencia de codificación del Derecho Internacional de la Haya, celebrada en 1930 y con el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia, citados en los fundamentos 17 y 18 del fallo de primera instancia.

14. Que se ha sostenido en otras oportunidades por este Tribunal que los principios de Derecho Internacional se

manifiestan en las conferencias o congresos que las distintas naciones celebran con este fin y que traducen así las normas comúnmente aceptadas, agregando que en Chile deben ser aplicadas preferentemente a aquellos principios de carácter internacional, que han sido aprobados por sus organismos constitucionales, puesto que constituyen una ley de la República.

15. Que es indudable que tal concepto sólo puede mantenerse cuando los organismos constitucionales mediante su aprobación no modifican ni alteran los principios del Derecho Internacional, concebidos en la forma ya expuesta, por cuanto, de no ser así, pasaría a prevalecer en un problema de orden internacional la legislación interna de un país, situación de privilegio que no puede ser aceptada por ser contraria al orden jurídico, y a lo que expresan los artículos 637, 647 N°2 del Código de Procedimiento Penal que en nada se refieren a la preferencia que la Corte Suprema ha acordado para determinados principios de Derecho Internacional.

16. Que como se ve, esta Corte se fundó para adoptar tal criterio, en que el Código de Bustamante y la Convención De Montevideo son "Ley de la República". Sí bien es efectivo que ambos instrumentos son en cierto sentido leyes o tienen fuerza de leyes en el plano interno, no lo tienen en el plano internacional cuando se trata de resolver un asunto en el cual tiene interés un país que no lo ha suscrito o captado.

19. Que el señor Fiscal en el capítulo VII de su informe hace una enumeración de los tratados pactados por Chile actualmente en vigencia y los agrupa, según atiendan a la prescripción del país requirente o del requerido.

Basta detenerse en esta cita para concluir que ni aún en nuestro país existe un criterio sostenido y uniforme que permita extraer de sus tratados una norma, que por su aceptación pueda exhibirse como un principio de Derecho Internacional.

21. Que debe concluirse que en plano internacional no existe un principio uniforme sobre este aspecto particular de la extradición y que los diferentes estados lo resuelven en sus tratados, de acuerdo con sus convenciones, con su orden jurídico interno y, según algunos, con la autonomía que les concede la Soberanía nacional.

25. Que es evidente, entonces, que sobre la prescripción, en esta materia no hay un principio uniforme y sostenido que pueda calificarse como un principio de Derecho Internacional. Las partes contratantes, en los tratados, han resuelto el problema según su propio criterio, resguardando su sistema jurídico interno y su soberanía, de lo cual se deduce que cuando los tratados legislan sobre este punto, no han incorporado en su texto un principio de Derecho Internacional generalmente aceptado, lo que impide aplicar esas normas formales cuando, por mandato expreso de la ley, sólo deben aplicarse los principios del Derecho Internacional.

26. Que procede, por tanto, para resolver el caso en estudio, recurrir a los principios en que se funda el Estatuto de Extradición, los cuales están claramente expuestos en los fundamentos 15 y 16 del fallo de primera instancia. Se trata de un acto de cooperación internacional en la lucha contra el delito que sirve para regular los principios de solidaridad internacional en ese propósito

Fiore estima que el verdadero fundamento jurídico se encuentra "en el derecho a castigar", ya que el Estado cuyo orden legal ha sido alterado por el delito, conserva ese

derecho cuya satisfacción interesa a todos los países civilizados, habida consideración a su independencia y a que la defensa represiva de un país es la defensa represiva de todos.

27. Que lo anterior coincide con lo que este Tribunal expreso en su sentencia de 14 de Junio de 1962, pronunciada en el caso de extradición de Tell Albert Messerli, cuando en su considerando 2º, después de definir la extradición dijo: "La finalidad de este instituto es evitar la impunidad de los delitos, y su justificación se apoya en el principio moderno de auxilio mutuo que deben prestarse los Estados para la consecución de ese fin".

31. Que como no existe un principio de Derecho Internacional relativo a la prescripción las disposiciones que se contienen en los diferentes tratados no son más que cláusulas convencionales con pleno vigor entre los contratantes, pero no pueden ser aplicadas en desmedro de los principios del Derecho Internacional, cuando estos deben servir de base para resolver un asunto.

Redactado el fallo por el Ministro don Pedro Silva Fernández; y la prevención y el voto por sus autores.

Pedro Silva Fernández, Manuel Montero Moreno, Julio Espinoza Avello, Ramiro Méndez Brañas, Víctor Ortiz Castro, Manuel Eduardo Ortiz Sandoval, Leopoldo Ortega Noriega."¹⁷⁸

CRÍTICAS

A pesar de que en el año 1963 no existía aún la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de

¹⁷⁸ Rev. Derecho y Jurisprudencia, Tomo XL, 1963, 2ª parte. Sección 4ª. Pág. 112 y siguientes.

Guerra y de Lesa Humanidad, este fallo ha sido severamente criticado por la doctrina nacional;

- Se sostiene que al adoptar la solución que al problema da el Código de Bustamante, aduciendo que "los preceptos da dicho estatuto constituyen verdaderos principios del Derecho Internacional", se ha desconocido el carácter que han de tener estos principios, que deben constituir normas a las cuales los Estados acuden para resolver en forma generalmente uniforme un determinado problema de Derecho Internacional". Para fallar un asunto litigioso conforme al derecho internacional deben los jueces, invariablemente acudir, no sólo a un determinado cuerpo legal internacional, sino a un sin número de ellos que junto a lo expuesto en Congresos o reuniones internacionales y por los tratadistas del ramo, demuestren una conciencia jurídica internacional uniforme sobre el tema.¹⁷⁹
- También se ha argumentado que debió estarse a la normativa de la Convención de Montevideo y no a la del Código de Bustamante, ello principalmente por dos razones; por un lado la Convención de Montevideo es del año 1933, es posterior al código de Bustamante, y de aplicación general en los Estados Americanos; desde ese punto de vista representaría el sentir más moderno en cuanto al tratamiento que debe dársele a la prescripción en las solicitudes de extradición, por el otro Chile la reserva hecha por Chile al momento de ratificar el Código de Bustamante, es de carácter tan general que impide la aplicación de ese Código cuando esté en contradicción con la legislación nacional presente o futura, ello pese a que el artículo 3° del Código sólo permite ratificaciones con reservas a artículos determinados del Código anexo.
- Es importante considerar que ante la ausencia de un verdadero principio de Derecho Internacional que diera solución al problema de la prescripción en este caso, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales inciso 2°, debieron los señores Ministros resolver atendiendo los principios que regulan tanto la institución de la extradición, como de la prescripción. La primera fundada en la cooperación

¹⁷⁹ Vargas Vivancos Op. Cit., Pág. 140.

internacional en la represión de la criminalidad, hacía necesaria entregar al señor Rauff para su juzgamiento en país competente, por delitos también tipificados en nuestra legislación. La segunda, cuya justificación arranca del olvido de quienes padecieron los delitos, y de la sociedad cuyo ordenamiento jurídico se vio quebrantado por su comisión, indica claramente que las normas que deben ser consideradas no pueden ser otras que las del país que en definitiva juzgará al delincuente.¹⁸⁰

- Por último en un aspecto diferente del fallo, es importante destacar la opinión del profesor Alfredo Etcheberry, quien en su estudio sobre esta sentencia, sostiene: " Finalmente creemos que por desgracia el fallo de alzada no desarrolló suficientemente el estudio de la eventual aplicación del artículo 100 del Código Penal, una vez decidido que la prescripción se determinará por la ley del Estado requerido. En efecto no cabe duda como dice el fallo, de que dicho precepto menciona en su texto al reo ausente del territorio chileno, pero considera dicha disposición como principio, y que forma parte del instituto de la prescripción, nos parece que el lleva a la conclusión que dentro del sistema chileno de prescripción los plazos se duplican cuando el reo se ausenta del territorio en que se cometió el delito. La ley chilena obviamente establece esta regla con respecto al territorio de Chile, porque es allí donde ella debe aplicarse en algún aspecto a delitos que no caen bajo su imperio, parecería que deben entrar en juego todos los principios relativos a la prescripción, y no sólo el artículo que establece la duración de los plazos sino también los que señalan reglas sobre el modo de computarlos".¹⁸¹

¹⁸⁰ Vargas Vivancos Op. Cit., Pág. 138.

¹⁸¹ Alfredo Etcheberry, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", editor Samuel Muñoz Vera. Concepción, sin fecha, Tomo I, Pág. 98.

VII CONCLUSIONES

Durante las ultimas décadas se ha producido a nivel internacional un fenómeno sin precedentes en la historia de la humanidad, el hombre ha tomado conciencia de que existe un conjunto de garantías, que dicen relación con la esencia misma del ser humano, y que son inalienables a su calidad de tal, y que por tanto deben ser respetadas, y más aun garantizadas a todo ser de la especie humana.

Este conjunto de derechos inherentes a toda persona se han cristalizado a través de lo que conocemos modernamente como los Derechos Humanos. Existe hoy un consenso generalizado de la doctrina del derecho que permite establecer que hay un conjunto de conductas que por atentar gravemente contra estas garantías no deben ser toleradas bajo supuesto alguno.

El desarrollo del concepto de derechos humanos ha crecido al alero de sucesos ocurridos en distintas partes del mundo en que efectivamente se ha atentado contra el ser humano mismo en diferentes aspectos de su integridad, nos referimos a guerras, torturas, genocidios, y a una larga serie de hechos que han afectado la dignidad de las personas, situaciones que normalmente toman la forma de lo que conocemos como crímenes universales. Muchas de estas situaciones han sido mencionadas a lo largo de este trabajo.

Como reacción a esta serie de hechos la humanidad parece hoy estar de acuerdo en que las graves violaciones a los derechos humanos no deben ser toleradas, y que en caso de que efectivamente ocurran estas deben ser investigadas y sancionadas bajo cualquier supuesto.

Las instituciones de la amnistía, el indulto y la prescripción, son ampliamente reconocidas y aplicadas en el derecho interno, y han nacido como una forma de concretar un principio de no poca importancia para la teoría del derecho, cual es la seguridad jurídica, la que como último objetivo persigue alcanzar la paz social. Sin embargo, en el plano del derecho internacional la aplicación de los mencionados institutos no ha producido los efectos deseados, en cuanto la experiencia ha demostrado que el olvido social de hechos que digan relación con graves violaciones a los derechos humanos y el olvido de los crímenes universales, no ha derivado en la consecución de la paz en las sociedades en que éstos se han producido, trayendo en no pocas ocasiones más problemas de los que se han pretendido subsanar con su aplicación.

A nuestro parecer este fenómeno se produce por distintas razones; la primera de ellas es que es un hecho que lo que a nivel interno resulta reprochable para el derecho penal, no puede compararse con graves violaciones a los Derechos Humanos, por cuanto estas se traducen en situaciones de una magnitud tal que no puede asimilarse a la ofensa contra un bien jurídico particular.

Una segunda razón parece ser que las graves violaciones a lo derechos humanos, y por tanto los crímenes universales

suelen ser cometidos en la práctica contra un numero importante de personas, es decir, no constituyen casos aislados e incluso suelen formar en parte de una política institucionalizada, es más, en la mayoría de las ocasiones, es el mismo Estado -cuyo deber primordial es la protección de sus ciudadanos- quien se alza como el principal ofensor de las garantías fundamentales que el mismo está encargado de tutelar.

Una tercera razón a nuestro juicio, es que las conductas mismas que resultan atentatorias contra los derechos humanos presentan características que las hacen más aberrantes, tales como la imposibilidad de oponer resistencia contra quienes las cometen, dado el despliegue del aparato estatal o paraestatal que se ha instrumentalizado para cometerlas, la utilización de dicha practicas para la generalización del temor en la población civil, y en no pocas ocasiones la restricción absoluta de recurrir a un organismo que preste protección efectiva a los afectados por estos hechos, sea porque dichos órganos se encuentran restringidos en su actuar, cooptados, o bien, simplemente ausentes. Esta situación no es poco frecuente, como lo demuestra la experiencia vivida en nuestro país y en otras naciones de América latina, tal como se revisó en el presente trabajo.

Estas características determinan que en el plano del Derecho Penal Internacional aparezcan como inaplicables ciertas instituciones del derecho interno como son la amnistía el indulto y la prescripción.

La investigación que hemos realizado en este trabajo viene a corroborar estas conclusiones, la mayoría de la

doctrina del derecho penal internacional concuerda en que las graves violaciones a los derechos humanos y los delitos universales no deben ser olvidados bajo circunstancia alguna, y en pos de conseguir una pretendida paz social que en los hechos no ha sido alcanzada jamás por esta vía.

A pesar de lo anterior no es menos cierto que los esfuerzos que la comunidad internacional ha hecho en el sentido de proteger los derechos fundamentales de las personas, y en evitar la comisión de delitos universales, no ha tenido una completa efectividad. Ello porque todavía la Comunidad Internacional no ha materializado una vía real y efectiva para penalizar estos hechos con criterios uniformes.

Además de ello, no debe pasarse por alto el hecho de que para algunas líneas de pensamiento la existencia de instancias judiciales como la mencionada entran en contradicción con otro principio de no menor importancia y que es inherente a la condición de Estados de los miembros del orbe, esto es la Soberanía de las naciones.

Es de esperar que la reciente instauración de la esperada Corte Penal Internacional permita en un futuro fijar criterios unívocos y efectivos que den una solución definitiva a estos males -respecto de los cuales en el plano teórico al menos-, existe un sentir asentado de rechazo a los atentados en contra de los Derechos Humanos, de la comisión de Crímenes universales, y en definitiva de repudio a la impunidad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, ARTÍCULOS DE REVISTAS, TESIS

- **Kai Ambos**, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 1999.
- **Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores)**, *Persecución Penal de los Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo Uruguay., 2003
- **Mario Arnello Romo**, *Corte Penal Internacional: Un Tratado Inadmisibile Para Chile.*

- **Alfredo Etcheberry**, *Derecho Penal*, parte general, 2ª edición, Carlos Gibss Editor, 1965, tomo II.

- **Alfredo Etcheberry**, *Derecho Penal*, parte general, 3ª edición, revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo II.

- **Alfredo Etcheberry**, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Samuel Vera Editor, Concepción, Chile, 1966.

- **Enrique Cury Urzúa**, *Derecho Penal*, parte general, 2ª edición actualizada, 1997, tomo II.

- **Juan Enrique Vargas Vivancos**, *La Extinción de la Responsabilidad Penal*, Editorial Jurídica Conosur, segunda edición, 1994.

- **Juan Bustos Ramírez**, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

- **Eduardo Novoa Monreal**. *Curso de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo II.

- **Rodrigo Lledó Vásquez**, *Derecho Internacional Penal*, Congreso, 2000.

- **Cesare Beccaria**, "Tratado de los Delitos Y de Las Penas". 5ª edición facsimilar., Editorial Porrúa S.A. México D.F., 1992.
- **Eugenio Zaffaroni**, *Manual de derecho Penal*, Parte General, 6ª edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001.
- **Enrique Evans de la Cuadra**. *Relación de La Constitución Política de la República de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- **Hernán Salinas Burgos**, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, Revista Estudios sociedad Chilena de derecho Internacional, 1987.
- **Carlos Rodríguez Mejía**, *Amnistía, gracia, y toda otra medida similar*, "Encuentro Internacional Sobre la Impunidad de Los Autores a Violaciones Graves a los Derechos Humanos/ organizado por la Comisión Nationale Consultative des Droits de l'homme y la Comisión Internacional de Juristas", Editorial Abrax, Francia, 1992.
- **Alejandro Artucio**, *Impunidad y derecho internacional*, "Encuentro Internacional Sobre la Impunidad de Los Autores a Violaciones Graves a los Derechos Humanos/ organizado por la Comisión Nationale Consultative des Droits de l'homme y la Comisión Internacional de Juristas", Editorial Abrax, Francia, 1992.
- **Marie Claude Plune y Andrés Culagovsky**. *La amnistía ante el derecho interno y el derecho internacional*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1993.
- **Kléber Monzelum Cunliffe**, *Alcances del decreto ley 2191 a la luz de los derechos humanos*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1992.
- **Rodrigo Saffirio López**, *Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en torno a la aplicación del Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 durante los años 1990-2000*, Monografía obtenida del curso de Derecho de los Tratados, Universidad de Chile, 2004.

- **Héctor Faúndez Ledesma**, *Derecho Internacional, Impunidad y responsabilidad del Estado*, Revista Nueva Sociedad N°161, mayo-junio 1999.
- **Carlos Fontaura Rivera**, *Territorialidad, Prescripción, e inmunidad en materia de derechos humanos*, Revista chilena de Derecho, Vol 26 N°1, enero-marzo 1999.
- **Manuel Guzmán Vial**. "Decreto Ley N°2.191 de 1978 sobre Amnistía", Revista Chilena de Derecho, Vol.18 N°1, 1991, Pág. 117.
- **Waldo Bown Intveen**, *Los Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional*, Memoria de Título, Universidad de Chile., Pág. 53.

DOCUMENTOS OBTENIDOS DE INTERNET

- **Francisco Zúñiga Urbina**, *Amnistía Ante la Jurisprudencia (Derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía)*, Ius et Praxis: Derecho en la Región, año 2, N°2 Pág.167-214
- **Portillo Carlos** "Impunidad Memoria U olvido, KO'AGA ROÑE'ETA,se.iii,viii(1996)-
<http://www.derechos.org/koaga/3/portillo.html>
(10/02/05, 20:00 hrs.)
- **Rojas Paz** "consecuencias Médico Psicológicas sobre la Persona en los Procesos de Impunidad" KO'AGA ROÑE'ETA,se.iii,viii(1996)-
<http://www.derechos.org/koaga/3/rojas.html> (10/02/05, 20:12 hrs.)
- **Dionis Gregorio** "El Dilema de la impunidad como consecuencia de un modelo de pensamiento económico social KO'AGA ROÑE'ETA,se.iii,viii(1996)
<http://www.derechos.org/koaga/3/dionis.html> (10/02/05, 20:25 hrs.)
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Impunidad, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos1999/34,
<http://www.unhchr.ch/Huiridocda/Huiridocda.nfs/TestFrame/> (10/02/05, 19:45 hrs.)

- AMNISTÍA INTERNACIONAL "Llamamiento a todos los gobiernos para que se ponga fin a la impunidad por los peores crímenes que padece la mandad", diciembre 2001, <http://web.amnesty.org/library/print/ESLIOR700032001> (03/02/05 17:20 hrs.)
- AMNISTÍA INTERNACIONAL; "Latinoamérica Crimen sin castigo: Impunidad en América Latina" , noviembre 1996, <http://web.amnesty.org/library/print/ESLAMR0081996>
- **Clara Leonora Scczaranski Cerda**, "El perdón Social", Revista de Derecho, Consejo de Defensa Del Estado, Revista N° 10, diciembre 2003, <http://www.cde.cl/revista.php?id=127> (28/09/05 13:30 hrs.)
- **Antonio Bascuñan**, *derechos fundamentales y derecho penal*, islandia.law.yale.edu/sela/sbascuñan.pdf.
- **Miguel Soto**, *Los Criminales más horrorosos tienen derechos*, entrevista, Revista Asuntos Públicos, Febrero año 2001, www.asuntospublicos.org/entrevista.php?id=31
- Informe elaborado por **CODEPU** "Sobre la Impunidad en Chile", www.derechos.org, 18/11/05.
- **José Zalaquett**. "No hay Mañana sin Ayer". Conferencia dada en el Centro de Estudios Públicos el 26 de agosto de 2003. (versión electrónica, obtenida en la página web del Centro de Estudios Públicos, www.cepchile.cl, 20/09/05)
- **Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas**, "Informe en Derecho sobre la Incompatibilidad del Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 de Chile con el Derecho Internacional", web.amnesty.org, 18/11/05.
- **Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador**, ONUSAL, Informe de 19 de febrero de 1992, documento de las Naciones Unidas A/46/876 S/23580, párrafo 28. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citado en el "Informe en Derecho sobre la Incompatibilidad del Decreto Ley 2.191 de 1978 de Chile con el Derecho Internacional", elaborado por **Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas**, Enero, 2001.

- **Luis Guillermo Pérez Casas, Colombia: La Impunidad al Orden del Día** KO'AGA ROÑE'ETA se.iii (1997) - <http://www.derechos.org/koaga/iii/2/perez.html>.
- **Comisión Interamericana de derechos Humanos, TERCER INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, 29 de febrero de 1999, capítulo V, Administración de Justicia y Estado de Derecho.,** www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL., "Perú: Las leyes de amnistía consolidan la impunidad para las violaciones a los derechos humanos"., www.derechos.org/amnesty/doc/america/perul.html.
- INFORME SOBRE LA SITUACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN PERU., Presentado por la COMISEDH www.nadir.org/nadir/initiativ/mrta/ddhinf97.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL., "Perú/Chile Las graves violaciones de los derechos humanos durante el mandato de Alberto Fujimori (1990-2000)" web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR460072005.
- Aplicación de la Ley de Amnistía por juez Víctor Montiglio, en caso Caravana de la Muerte, CODEPU. www.codepu.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=726&Itemid=44&lang=es

CÓDIGOS, LEYES, TRATADOS, CONVENCIONES

- Constitución Política de la República de Chile.
- Código Penal Chileno.
- Código de Procedimiento Penal.
- Código Procesal Penal.
- Código Civil.
- Decreto ley 2.191 de 1978.
- Ley 18.050 de 1981.
- Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.
- Convención sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid.

- o Principios del Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y la Sentencias del Tribunal Internacional de Nuremberg.
- o Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.
- o Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- o Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.
- o Estatuto del Tribunal Internacional para Juzgar a los Presuntos Responsables de Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario Cometidos en el Territorio de la Ex Yugoslavia a partir de 1991.
- o Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.
- o Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.
- o Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- o Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos.
- o Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- o Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

JURISPRUDENCIA

- o Revista de Derecho y Jurisprudencia
- o Gaceta de Tribunales.