



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS**

PROGRAMA DE MAGISTER

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY 2.191/1978
DE AMNISTÍA Y SU EXPULSIÓN DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO**

**EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
EN TORNO A SU APLICACIÓN**

Tesis para optar al grado de
Magíster en Derecho Penal

Alumno : Francisco Javier Alvarado Sandoval
Profesor Guía : Eduardo Sepúlveda Crerar

Santiago de Chile

2016

Agradecimientos

A mis padres, por sus enseñanzas y guía en el valor de la lucha diaria por la justicia y los derechos humanos.

A mi familia y en especial a mi cónyuge, Verónica, por su permanente e incondicional apoyo, esencial para la conclusión de esta obra.

A mi profesor guía, don Eduardo Sepúlveda Crerar.

Dedicatoria

A mi hija, Magdalena. Por ser la luz que guía mis pasos día a día y por ser un permanente aliciente para intentar construir un país mejor.

INDICE

INTRODUCCIÓN	Pág. 1
CAPITULO I: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	Pág. 3
1.1. Concepto y estructura	Pág. 3
1.1.1. ¿Qué se entiende por Derechos Fundamentales?	Pág. 3
1.1.2. ¿Qué derechos pueden ser considerados como fundamentales?	Pág. 6
1.2. Fuentes de los Derechos Fundamentales	Pág. 7
1.2.1. La Constitución Política de la República	Pág. 9
1.2.2. Los tratados internacionales	Pág. 11
1.2.2.1. Validez de los tratados internacionales que reconocen Derechos Fundamentales, en el ordenamiento jurídico interno	Pág. 15
1.2.2.2. Aplicabilidad de los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, en el ordenamiento jurídico interno	Pág. 21
1.2.2.3. Jerarquía de los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, en el ordenamiento jurídico interno	Pág. 23
1.2.3. Derechos implícitos	Pág. 29
1.3. Obligaciones internacionales del estado de Chile en materia de garantías fundamentales	Pág. 30
CAPITULO II AMNISTIA	Pág. 34
2.1. Concepto, clasificación y efectos	Pág. 34
2.2. Decreto Ley 2.191/1978 de Amnistía	Pág. 36
2.2.1. Génesis	Pág. 36
2.2.2. Análisis crítico del Decreto Ley 2.691/1978 de Amnistía	Pág. 37
2.2.3. Soluciones jurisprudenciales que han buscado invalidar el Decreto Ley 2.691/1978 de Amnistía	Pág. 42

2.2.3.1. Invalidez en cuanto constituye una autoamnistía	Pág. 42
2.2.3.2. Tesis del secuestro calificado	Pág. 47
2.3.3.3. Aplicación de los Convenios de Ginebra	Pág. 50
2.3.4. Soluciones políticas que han buscado invalidar el decreto Decreto Ley 2.691/1978 de Amnistía	Pág. 71
2.3.4.1. Ley que derogue el D.L. 2.191/1978	Pág. 71
2.3.4.2. Proyectos de leyes interpretativas del D.L. 2.191/1978	Pág. 84
2.3.4.3. Proyecto de ley que declare la nulidad del D.L. 2.191/1978	Pág. 92
2.3.5. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad y expulsión del ordenamiento jurídico	Pág. 94
2.4. Amnistía y prescripción	Pág. 100
2.4.1. Invalidez del decreto ley 2.191/1978 y prescripción	Pág. 100
2.4.2. Prescripción gradual	Pág. 116
CONCLUSIONES	Pág. 118

Resumen

El presente trabajo comienza revisando el interesante tema de la incorporación de las normas internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico chileno. Luego, analiza la evolución en la jurisprudencia, nacional e internacional, de la aplicación del Decreto Ley N° 2.695/1978 de Amnistía y finalmente se hace cargo de las distintas posibles formas de dejar sin efecto dicho decreto ley y sus efectos en los fallos ya dictados por los tribunales, en los casos en los que aún no se dicta sentencia, así como también sobre las garantías fundamentales de carácter procesal y el instituto de la prescripción.

INTRODUCCIÓN

Tal vez el tema más importante que las organizaciones de derechos humanos del país han levantado a través de los años desde el retorno a la democracia, es el que se llegue a la verdad y se haga justicia en los crímenes ocurridos en el país con posterioridad al 11 de Septiembre de 1973 y en este largo y trabajoso camino, uno de los grandes obstáculos que han encontrado es el Decreto Ley 2.191 de Amnistía dictado en 1978 por el poder legislativo de la época conformado por los tres comandantes en jefe de las fuerzas armadas más el director general de Carabineros.

Desde la recuperación de la democracia, muchas han sido las tesis que se han levantado para intentar soslayar la aplicación de dicho Decreto Ley y sin duda es interesante revisar su evolución a través del tiempo y analizar si dichas tesis tienen pertinencia jurídica. Así, sobre todo será interesante analizar los hitos de esta progresiva mutación de la jurisprudencia a partir del presente trabajo e intentar descubrir que dicha evolución sólo ha sido planteada desde los tribunales de justicia y que surge como una reacción de éstos ante la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, mas no como una decisión de la autoridad política cuyo accionar siempre estuvo marcado más por la omisión a legislar o entregar señales que fueran en la dirección de determinar la verdad y hacer justicia sobre los hechos cubiertos por la amnistía, tal como lo exigía y lo sigue exigiendo la normativa y jurisprudencia internacionales en materia de derechos humanos, que por tomar acciones concretas hacia ello, dejando en manos del poder judicial el eliminar la aplicación de la llamada Ley de Amnistía y terminar con la impunidad de la violación de los derechos humanos ocurrida bajo el régimen del general Pinochet, siendo aquella tarea más bien del poder político que del poder judicial.

Espero, al final de esta obra, además de analizar críticamente las soluciones propuestas hasta ahora en el tema en comento, poder entregar soluciones alternativas a las ya propuestas, para poder hacer justicia en todos los casos de delitos de lesa

humanidad cometidas entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1989, período en que se cometió la mayor cantidad de violaciones a los derechos humanos en Chile durante la dictadura del general Augusto Pinochet.

CAPITULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. Concepto y estructura.

1.1.1. ¿Qué se entiende por derechos fundamentales?

El concepto de derecho fundamentales no es para nada pacífico y por ello definiciones hay casi tantas como autores han escrito a su respecto; y tan poco pacífico es el tema que incluso se designa a este tipo de derechos con nombres diferentes tales como derechos humanos, derechos públicos o de la ciudadanía o morales o personalísimos o bien constitucionales, dependiendo de múltiples factores. En este sentido, FERRAJOLI nos dice que estas designaciones muchas veces dan cuenta de los múltiples enfoques desde los que se ha tratado el tema, considerando cada uno de ellos “elementos distintos y heterogéneos entre sí, como valores o fines ético-políticos que se persiguen con ellos, los concretos intereses o necesidades tutelados, de hecho o de derecho, a través de ellos, el rango constitucional o en todo caso privilegiado de sus fuentes o el carácter universal, ya de los principios que los derechos fundamentales expresan o de los sujetos a los que se atribuyen o de aquellos que los reivindican o comparten su validez”¹.

Ejemplificando lo anterior cito algunas de estas definiciones.

Primeramente, el propio FERRAJOLI señala que derechos fundamentales son "Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres

¹ FERRAJOLI, Luigi. "Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales" en "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales" DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo, Editores. Editorial Trotta S.A. Madrid, 2007, Tercera Edición, pág. 287.

humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.²

A su vez, CHINCHILLA HERRERA, sostiene, desde el constitucionalismo colombiano, que “sólo puede hablarse de derechos fundamentales – como categoría especial de derechos – en aquellos ordenamientos en los cuales cierto grupo privilegiado de derechos constitucionalmente reconocidos recibe un tratamiento garante cualificado (“tutela reforzada” dicen los juristas españoles) frente a intentos de violación, desconocimiento desdibujamiento reglamentario o reforma restrictiva, todo ello en razón de que tal grupo privilegiado de derechos es asumido como concreción de los postulados éticos superiores y fundamento del orden sociopolítico justo y pacífico”³.

De otro lado, ALEXI⁴ sostiene que estamos ante derechos fundamentales cuando en ellos confluyen determinadas características, que son, en primer término, que se regulan con máximo rango, esto es, se encuentran regulados en la Constitución y que cualquier norma que los infrinja es inconstitucional. Además de lo anterior, según el autor citado, estaremos frente a un derecho fundamental si esa norma de máximo rango a su vez posee máxima fuerza jurídica, vinculando como derecho directamente vigente a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Agrega el autor citado, todavía una tercera característica que distingue a los derechos fundamentales, cual es que a través de éstos se delinea la estructura básica de la sociedad en lo que él denomina “la máxima importancia del objeto”. Por último, Alexi establece una cuarta característica que define a los derechos fundamentales consistente en que ellos poseen un máximo grado de

² FERRAJOLI, Luigi., “Derechos y Garantías”, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1997, p. 37

³ CHINCHILLA HERRERA, Tulio. “¿Qué Son y Cuales Son Los Derechos Fundamentales?”. Editorial Temis S.A. Bogota, Colombia, 1999, pág. 67.

⁴ En este sentido ver ALEXI, Robert. “Los Derechos Constitucionales en el Estado Constitucional Democrático”, en CARBONELL, Miguel. (Coord.), “Neoconstitucionalismo(s)” Editorial Trotta, Madrid, 2003, págs32 y ss.

indeterminación, lo que importa que la extensión que ha alcanzado la aplicación de los derechos Fundamentales se debe a la interpretación que se ha dado de los mismos y no al escueto texto en el que se los consagra.

Asimismo, CEA EGAÑA señala que los derechos fundamentales son aquellos "derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos⁵".

Por su parte, NOGUEIRA, sostiene que por derechos fundamentales o humanos puede entenderse "el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos⁶".

Finalmente, NASH ha dicho que "el concepto de derechos fundamentales se vincula con la idea de ciertas pretensiones morales que se positivizan en el texto constitucional, ya sea a través de valores, principios o reglas, y por tanto quedan fuera del ámbito de disposición de las mayorías, constituyéndose en límites para la soberanía. Además, comprenden el derecho del individuo para exigir del Estado su respeto a través de mecanismos institucionales y, en caso de incumplimiento, se contemplan ciertos mecanismos de exigibilidad a través de procedimientos jurisdiccionales. La recepción de

⁵ CEA EGAÑA, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, página 221.

⁶ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales". Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, Tomo I, pág. 31.

este concepto es una constante en el constitucionalismo comparado y su desarrollo en el derecho comparado ha sido exponencial en la segunda mitad del siglo XX”⁷.

1.1.2. ¿Qué derechos pueden ser considerados como fundamentales?

Tal como señalaba FERRAJOLI, existe una diferente nomenclatura para designar a los derechos fundamentales. En este sentido, HABERLE señala que los derechos fundamentales constituyen “el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales⁸”. En forma más específica, FERRAJOLI⁹ postula que bajo el título de derechos fundamentales, existen 4 tipos de derechos que son: en primer lugar, los Derechos Humanos o naturales son aquellos esenciales para el desarrollo de la personalidad humana y pertenecen a todas las personas por el sólo hecho de ser tales, incluso a aquellas personas que no tienen capacidad de obrar por sí mismo o no tienen capacidad de ciudadanía; en segundo término están los derechos civiles, que son otorgados a la persona en cuanto esta tenga capacidad de obrar por sí misma; en tercer lugar se encuentran los derechos públicos, que se otorgan a las personas en tanto tengan el status de ciudadano, sin importar si tienen o no capacidad de obrar; y finalmente están los derechos políticos que son aquellos que tienen las personas en tanto ciudadanos con capacidad de obrar por sí mismos.

1.2. Fuentes de los Derechos Fundamentales

Como introducción a este tema diré que la fuente primera de todos los derechos

⁷ NASH, Claudio. “Los Derechos Fundamentales: El Desafío para el Constitucionalismo Chileno en el Siglo XXI”. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006. Fundación Konrad Adenauer, Berlin, 2006, Año 12, Tomo II, pág. 1309.

⁸ HABERLE, Peter “El Concepto de los Derechos Fundamentales”, citado por NOGUEIRA, Humberto, Ob. Cit. Pág. 30.

⁹ En este sentido ver FERRAJOLI, Luigi., ob. cit. Pág. 293.

fundamentales es la dignidad humana. En efecto, es desde la dignidad de la persona que surgen una serie de garantías fundamentales que tienen por objeto protegerla en tanto son su expresión inmediata y positiva. “Los diversos derechos, aun poseyendo cada uno un significado específico, tutelan un bien jurídico unitario: la persona en su individualidad y dignidad. Bajo este perfil, la dignidad humana no es tanto un derecho sino el fundamento constitucional de todos los derechos estrechamente vinculados al desarrollo de la personalidad humana, no es un derecho en sí, pero constituye la base de los derechos reconocidos como fundamentos en la Constitución.”¹⁰.

La dignidad del ser humano constituye el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos y “es el *mínimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio al ser humano como persona digna¹¹” y por lo mismo, todo derecho o normativa que suponga un atentado a ella debe ser invalidado.

Como señala NOGUEIRA, “la dignidad del ser humano tiene como límite el no poder nunca ser convertido en una cosa o en un objeto, en un instrumento para otros fines y no un fin en sí mismo, generando derechos fundamentales respecto de actos u omisiones que amenacen o vulneren dicha dignidad humana¹²”.

La dignidad del ser humano se encuentra reflejada en la mayoría de la legislación constitucional latinoamericana. Así, nuestra Carta Fundamental la reconoce en su primer artículo. Además, la dignidad humana es recogida en importantes instrumentos internacionales de derecho humanitario tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 1), en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles

¹⁰ ROLLA, Giancarlo. “La Concepción de los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo Latinoamericano”. <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf>. Consultado el 16 de Junio de 2011.

¹¹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos”. Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, pág. 225.

¹² NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”... Pág. 20.

y Políticos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, entre otros.

Dicho lo anterior, y en materia de fuentes normativas de los derechos fundamentales, la mayoría de los autores reconoce a las constituciones nacionales como la primera fuente de derechos fundamentales -principalmente el catálogo de garantías-, también agregan a los tratados internacionales de derechos humanos en tanto reconozcan dichas garantías y las normas de *Ius Cogens*, agregando también los denominados derechos implícitos. Sin embargo, de acuerdo a lo antes señalado respecto de la dignidad humana, es posible señalar que constituyen fuentes normativas de los derechos fundamentales todas aquellas que reconozcan derechos que importen la protección de dicha dignidad, y en esto sigo a PECES-BARBA quien identifica a las fuentes de los derechos fundamentales señalando que por tales puede entenderse “todo lo que en el ordenamiento jurídico confiere capacidad para crear normas relevantes para configurar derechos fundamentales”¹³ y entonces, a partir de esta definición es posible sostener que no sólo la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país son fuente de derechos fundamentales sino que también pueden serlo actos del legislador ordinario, actos administrativos e incluso resoluciones judiciales siempre que tengan, todos ellos, la capacidad de configurar derechos fundamentales.

A continuación desarrollaré sólo aquellas fuentes de derechos fundamentales que constituyen la base del presente trabajo en el sentido de que son útiles para argumentar la hipótesis que se pretende resolver, cual es, la inconstitucionalidad del Decreto Ley 2.695/1978, siendo materia de otra investigación lo referente a lo legítimo que puede ser que se generen derechos fundamentales a partir de actos administrativos o sentencias judiciales pero sólo diré que, de cara a lo señalado supra respecto del concepto de dignidad del ser humano, pareciera ser plausible.

¹³ PECES-BARBA, Gregorio. “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”. Citado por NASH, Claudio. “Los Derechos Fundamentales: el Desafío para el Constitucionalismo Chileno del Siglo XXI” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006. Editorial Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2006, Tomo II. Pág. 1317.

Dicho lo anterior, entonces corresponde establecer cuáles son, para nosotros, las fuentes normativas de garantías fundamentales.

1.2.1. La Constitución Política de la República

La primera fuente corresponde a la Constitución Política de la República y dentro de ella, en primer término, el catálogo del artículo 19 de la Carta Fundamental y entonces surge la pregunta de si todos los derechos que la Constitución asegura a todas las personas en su catálogo del artículo 19 tienen el carácter de fundamentales y podemos decir que en su gran mayoría es así, sin embargo hay algunos que no pueden ser considerados como tales, por ejemplo, el establecido en el art. 19 N° 7 letra i) que establece la indemnización por error judicial, por lo que la respuesta a la pregunta formulada dependerá de si el derecho enumerado posee o no las características delineadas al referirme a qué derechos pueden ser considerados como fundamentales.

De otro lado, podría pensarse, a partir de la exigencia de la mayoría de la doctrina en orden a sostener que para considerar que estamos en presencia de un derecho fundamental, éste requiere que el derecho se proteja por medios jurídicos, protección que debe concretarse en acciones y recursos¹⁴, que los únicos derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución son los aquellos amparados por las acciones de protección y amparo, consagradas en los artículos 20 y 21 de la Carta Fundamental, esto es, aquellos derechos constitucionales que poseen una tutela reforzada. Sin embargo estimo que ello es errado pues podemos ampliar el concepto de tutela reforzada e incluir dentro de él a la posibilidad de recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte de ella, lo que claramente abre el abanico de derechos fundamentales. La razón para sostener esto es que no parece sustentable afirmar que un derecho humano

¹⁴ En este sentido: QUINZIO, Jorge. Tratado de Derecho Constitucional. Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago, 2003, Tomo II, pág. 149.

consagrado en un tratado internacional suscrito y ratificado por Chile no tenga el carácter de derecho fundamental por no estar contenido dentro de los artículos 20 y 21 de la Constitución, sobre todo considerando la redacción del inciso final del artículo 5° de la Constitución donde se señala que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados en la Constitución (no distingue el capítulo) el Estado debe respetarlos y promoverlos, con lo que queda del todo claro que aquí se les otorga una tutela reforzada, por cuanto “promover los derechos implica que el Estado, a través de sus órganos y agentes, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos, públicos o privados que impidan el goce de los derechos”¹⁵.

Dicho lo anterior, cabe señalar que la Constitución no sólo positiviza derechos fundamentales en el catálogo del artículo 19, sino que también se recogen en otras partes de la Carta Política, por ejemplo, en el capítulo II sobre Nacionalidad y Ciudadanía, el derecho a la nacionalidad o el de sufragio o a participar en forma igualitaria en la elección de los gobernantes.

¹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N°s 2 y 3. Edit. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1996, Tomo I. págs. 341-380.

1.2.2. Los Tratados Internacionales

Además de la Constitución existe una segunda fuente de derechos fundamentales, a saber, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, la que nace como tal a partir de la reforma del año 1989 al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. En efecto, a partir de dicha modificación, la Constitución Política integra a nuestro ordenamiento jurídico, en forma expresa, a los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales, enmienda que fue adoptada en el marco de una negociación sobre reformas constitucionales entre el Gobierno Militar saliente, el entonces denominado Partido Renovación Nacional que agrupaba a los sectores políticos afines al régimen del general Pinochet (hoy los partidos Renovación Nacional y Unión Demócrata Independiente) y la Concertación de Partidos Por la Democracia, conformada por sectores políticos opositores al régimen de facto, quedando en definitiva su redacción como sigue: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

En cuanto al sentido y alcance de dicha reforma, el profesor Francisco CUMPLIDO, quien participó de su génesis, comentó: “Los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada por ella se lograba que los derechos esenciales, garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y vigentes, tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución. En segundo término les dábamos a los referidos derechos el carácter de vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos. Lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos, no la parte adjetiva del

tratado.”¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe consignar que, tal como lo señala CUMPLIDO, la reforma constitucional aludida sólo tuvo por fin explicitar o poner de manifiesto un hecho que quedó establecido a partir del 13 de Septiembre de 1976, fecha en que se publica el Acta Constitucional N° 2 mediante el Decreto Ley N° 1.551, en cuyo artículo 4° inciso 2° se contiene la norma antes analizada, las garantías fundamentales constituían un límite a la soberanía, quedando claro que estas garantías no son sólo las del catálogo de garantías de la Constitución sino que todas aquellas que emanen de la naturaleza humana¹⁷. Así, CUMPLIDO sostiene que en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, quedó expresa constancia que “la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana (Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203)”¹⁸. En efecto, en las actas de la llamada Comisión Ortúzar queda absolutamente claro, incluso antes de la sesión 203, que sus integrantes discutieron largamente sobre qué significaba el limitar la soberanía y cuáles eran estos límites y el contenido de ellos. Así, respecto de la soberanía, los comisionados concluyeron que la soberanía de la que hoy trata el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución (entonces inciso 2 del artículo 4 del Acta Constitucional N° 2) significaba, nada menos que el poder de decisión político en el orden interno, radicaba en el pueblo

¹⁶ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1989 AL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN: SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 23 DE Julio de 2011], pp. 365-374. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100018&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122003000100018. Pág. 369.

¹⁷ En este sentido: MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. “Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos”. Documentos Oficiales N° 1, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Diciembre de 2003, pág. 67.

¹⁸ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. Ob. Cit.

soberano y se ejercía indirectamente a través de delegación en las autoridades electas mediante el mecanismo de las elecciones periódicas y directamente mediante el mecanismo del plebiscito.¹⁹

En cuanto a los límites que reconoce la soberanía, la discusión gira en derredor de la propuesta de inciso del comisionado Sr. DIEZ quien establece que la norma en comento debía quedar así: “en el orden interno la soberanía no reconoce otras limitaciones que las que impone esta Constitución, especialmente en lo relativo a garantías fundamentales”²⁰ dejando muy claro entonces, tal como lo sostuvo el presidente de la comisión comisionado Sr. ORTUZAR, que lo que se buscaba con la norma en discusión era “resguardar las garantías fundamentales de tal modo que ni la propia soberanía interna pueda el día de mañana limitarlas.”²¹. Más adelante en la discusión, para darle más especificidad a la materia el propio Sr. ORTUZAR sugiere limitar las garantías fundamentales a las que se hacía referencia en el inciso propuesto, sólo a aquellas mencionadas en la Constitución²², sin embargo, avanzando la discusión se modificó la propuesta del comisionado Sr. DIEZ por lo que fue entonces, el inciso tercero del artículo 2 del Acta Constitucional N° 2 que señalaba “la soberanía no reconoce otra limitación que el respeto a los derechos que arrancan de la naturaleza humana”²³ el que fue objeto de observaciones por parte del comisionado Sr. LORCA señalando que la frase “que arrancan de la naturaleza humana” era vaga e imprecisa, proponiendo que fuese cambiada por la soberanía no reconoce otra limitación que el respeto a los derechos que emanan de la declaración de los derechos del hombre”, a lo que el comisionado Sr. GUZMAN responde que la declaración de los derechos del hombre es la voluntad de un conjunto de ciudadanos, muy respetable, pero que sin

¹⁹ En este sentido ver ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesión 48 de 25 de Junio de 1974, págs. 6 y ss.

²⁰ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesión 48 de 25 de Junio de 1974, pág. 16.

²¹ Ibid.

²² Ibid. Pág. 17.

²³ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesión 54 de 16 de Junio de 1976, pág. 9.

embargo puede haber omitido algunos derechos o considerar algunos equivocadamente y que incluso posteriormente puede ser reformada por lo que es preferible la expresión “naturaleza humana”²⁴. Es más, en la sesión 49ª el comisionado Sr. GUZMAN insiste en el tema y se consigna “(...) en su opinión resulta mucho peor todavía sostener que los límites son las garantías fundamentales que esta Constitución contempla. La Constitución no está obligada a contemplar todas las garantías fundamentales de la persona humana (...) cree que, en el fondo, la solución está en la idea que don Sergio Diez se limitó a soslayar sin concretar: la soberanía tiene un solo límite fundamental, que es el derecho natural”²⁵.

El tema de la incorporación de los tratados internacionales como fuente de garantías fundamentales plantea algunas interrogantes muy relevantes de cara a la aplicación en el ordenamiento interno, de los derechos incorporados por los tratados internacionales y que dicen relación con la validez, jerarquía e incorporación de los derechos fundamentales establecidos por tratados internacionales vigentes en Chile y de la inaplicación de normas del ordenamiento interno en razón de dichos derechos fundamentales consagrados por tratados internacionales vigentes en Chile, temas todos en los que se ha dado grandes disputas doctrinarias.

²⁴ Ibid. Pág. 10.

²⁵ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, sesión 49ª. En ALDUNATE, Eduardo. “Derechos Fundamentales”. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, págs. 318 y 319.

1.2.2.1. Validez de los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, en el ordenamiento jurídico interno

Un primer problema que surge respecto de los tratados internacionales ratificados por Chile y que reconocen derechos fundamentales, es el de su validez y en este plano debemos señalar que la norma general para los tratados internacionales es que su validez y vigencia están dadas por el derecho internacional y no depende, en ningún caso, de la normativa interna de un país. Distinto es el tema de la aplicabilidad interna de un tratado internacional. En este último caso, es la carta política de un país la que convierte a una norma internacional válida en norma internamente aplicable, en tanto dicha norma cumpla con el proceso de incorporación al ordenamiento jurídico interno, pasando dicha norma a formar parte del ordenamiento jurídico interno, vinculante y obligatoria para toda la población y para todos los órganos del Estado²⁶. De esta forma, queda claro que la validez de un tratado no depende de la Constitución pues la normativa internacional es válida y vigente independientemente de la Constitución pues es el derecho internacional el que determina su creación y validez. En efecto, como sostiene NOGUEIRA, “la Constitución no es causa de validez del tratado internacional, pero sí condición de su aplicabilidad (interna), sin embargo, si incorporado el tratado al ordenamiento jurídico, posteriormente se modifica la Constitución, entrando la nueva disposición constitucional en conflicto con la norma internacional del tratado, la norma internacional no pierde validez ni aplicabilidad, teniendo una especial fuerza pasiva frente a la modificación constitucional, dada por los principios de **ius cogens** denominados **pacta sunt servanda** y **bonna fide**”²⁷.

En consecuencia, al no depender su validez y vigencia del derecho interno, el tratado internacional no puede considerarse como una ley ni con rango de ley. Esto que

²⁶ NOGUEIRA, Humberto. “Los Tratados Internacionales...”

²⁷ NOGUEIRA, Humberto. “Los Tratados Internacionales...” págs. 12 y 13.

no era tan claro en la norma constitucional y que sólo se había clarificado a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁸, luego de la reforma constitucional del año 2005 al artículo 54 N° 1 de la Carta Fundamental se hizo patente al señalar actualmente que el tratado internacional, para su validez interna, se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley, con lo que se quiso dejar establecido que “el tratado es generado por una fuente de derecho internacional, por tanto su validez y vigencia se rigen por normas de derecho internacional. Por ello, el tratado requiere la aprobación del Congreso, sólo para su incorporación al derecho interno...”²⁹.

Además, al no depender la validez y vigencia de los tratados internacionales del derecho interno, ninguna norma interna, ni aún constitucional, puede dejar sin efecto las obligaciones contraídas por Chile a consecuencia de dichos tratados. Esto, que es perfectamente sostenible a partir de los principios de *ius cogens* *Pacta Sunt Servanda* y *Bonna Fide*, de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en cuanto a la obligación de no oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales voluntaria y libremente aceptadas y a partir de la doctrina de los actos propios, hoy ha quedado expreso en la Constitución luego de la referida reforma del año 2005 al establecer el artículo 54 inciso 5° que “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.”.

Sintetizando todo lo anterior es posible sostener que “el ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, presidido por la Constitución, se descompone en dos subsistemas normativos, uno de los cuales depende de la Carta Fundamental para producir normas válidas (el subsistema nacional), en tanto que el otro (el subsistema

²⁸ Sentencia rol 288 del Tribunal Constitucional de 24 de Junio de 1999, considerando 6°.

²⁹ NOGUEIRA, Humberto. “Aspectos Fundamentales de la Reforma Constitucional en Materia de Tratados Internacionales”. En: ZUÑIGA, Francisco (coord.) Reforma Constitucional. Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pág. 530.

internacional) sólo lo hace para dotar a sus productos normativos la necesaria aplicabilidad, cualidad esta última que, obviamente, también reciben de la Constitución las normas internas”³⁰.

Un segundo problema que se plantea respecto de las normas internacionales y su incorporación al ordenamiento jurídico interno se configura por el momento en que las normas internacionales se entienden aplicables o tienen validez al interior del país. Una primera postura que tomó nuestra jurisprudencia al respecto, sostuvo que era imposible aplicar tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, incluso después de promulgados, si es que aquellos no habían sido publicados, postura que se mantuvo durante la vigencia de la Constitución de 1925 y hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Durante este mismo período se estableció por la jurisprudencia que los tratados internacionales tenían la misma jerarquía que la de una ley ordinaria. En tal situación se encontraban el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1976, cuya publicación ocurrió en 1989, trece años después de su promulgación y diez años desde que comenzó a tener vigencia internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. En este sentido y a modo de ejemplo de la señalada tendencia jurisprudencial, “el llamado caso Leopoldo Ortega, del año 1984, fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago y se refirió al problema de la contradicción entre tratado y Constitución y a la no publicación del primero en los siguientes términos: "Que cualesquiera que sean los efectos y alcances del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) que ha sido promulgado, pero no publicado, es lo cierto que sus cláusulas y disposiciones no podrían, dentro de un orden de prevalencia razonable y natural, contrariar preceptos constitucionales, ni menos primar sobre estos”³¹. Respecto

³⁰ REQUEJO, Juan Luis. "Consideraciones en Torno de las Normas Internacionales en el Ordenamiento Español" citado por NOGUEIRA, Humberto. "Los Tratados Internacionales..." Pág. 11.

³¹ HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam. "Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el Método de Casos.". Estudios constitucionales [online]. 2008, vol.6, n.2 [citado 2011-07-22], pp. 73-119 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. doi: 10.4067/S0718-52002008000100004.

de este caso también se pronunció la Corte Suprema señalando, en cuanto a incorporación de los tratados al ordenamiento interno se refiere, "Que finalmente, la tesis de la incorporación automática del Pacto a nuestro Derecho interno está desautorizada por lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2 del propio Pacto en cuestión, el cual dispone: "Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter". Este precepto torna, pues, incuestionable que los propios Estados Partes del Pacto estuvieron acordados en que sus estipulaciones carecían de virtualidad de reputarse incorporadas automáticamente a su derecho interno. Por el contrario, previnieron que para ello se requería que cada cual adoptara los procedimientos y formalidades prescritos por su propia legislación nacional al efecto".

La doctrina jurisprudencial citada importó una vulneración de los propios pactos y los artículos 18 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, vigentes entonces en Chile, al considerar a los tratados internacionales como asimilables a una norma interna chilena.

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980 la jurisprudencia fue evolucionando hasta abandonar por completo la tesis a la que hice mención con anterioridad. Hoy, no es discutido que los tratados internacionales tienen un estatus distinto al de la legislación interna del país y que las obligaciones internacionales para el estado de Chile nacen desde que el tratado internacional es ratificado³² siendo desde entonces que el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas según los principios *pacta sunt servanda*, *bonna fide* y la doctrina de los actos

³² En este sentido ver NOGUEIRA, Humberto. "Aspectos Fundamentales..." pág. 530.

propios,³³ a los que ya he hecho mención, y a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el sentido de que ningún país parte del pacto puede invocar legislación interna para eludir sus compromisos internacionales, por lo que no cabría sostener que en Chile sólo tiene vigencia un tratado a partir de la publicación en el Diario Oficial. Esto, que es posible deducirlo de las normas y principios de derecho internacional que estaban vigentes en el año 1978 respecto de todo tratado internacional, a partir de la reforma del año 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental, quedó expresamente claro respecto de los derechos fundamentales incorporados en instrumentos internacionales al exigir, para los efectos de dicho artículo, sólo que el respectivo instrumento sea ratificado por Chile. En este sentido, el profesor CUMPLIDO señala, explicando la reforma al artículo referido anteriormente lo siguiente: “¿Por qué resolvimos, entonces, aceptar incorporar expresamente, a lo menos, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes? (...)“En primer término, porque sólo esporádicamente los tribunales aplicaban directamente las normas de la Constitución y, también, frecuentemente, exigían que la legislación recepcionara lo convenido en los tratados internacionales.(...) “En segundo término, se había producido durante el gobierno militar la suscripción, ratificación y promulgación de tratados sobre derechos humanos y, al no ser publicados en el Diario Oficial, los tribunales no los aplicaban por estimar que no estaban vigentes. Así ocurrió con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos promulgado en 1976, y publicado sólo en el mes de abril de 1989, con el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, ratificado en 1976 y promulgado y publicado el 27 de mayo de 1989, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica-, sólo publicada en 1991.”, y respecto de este último cabe la aclaración de que dicho pacto fue suscrito por nuestro país el 22 de Noviembre de 1969, sin embargo se ratificó el 10 de Agosto del año 1990.

³³ En este sentido, BORDA, Alejandro sostiene que “La teoría de los actos propios constituye una regla del derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.” (“LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS”, Edit. Abeledo- Perrot S.A.E e I. Buenos Aires, 2000, pág. 53.).

Además de lo anteriormente señalado, también es perfectamente posible sostener que, después de la reforma constitucional de 2005 esta doctrina ha sido recogida expresamente por el artículo 54 N°1 de la Carta Fundamental, pues de su inciso 10° se deduce que no es requisito constitucional la publicación del tratado en el Diario Oficial, ya que la exigencia de dar debida publicidad al pacto está dada para como forma de hacer oponible las obligaciones que los ciudadanos tienen para con el tratado pero no para hacer nacer las obligaciones que el Estado tiene con sus ciudadanos y en tal sentido, de lo anteriormente señalado y siguiendo a NOGUEIRA es claro que la negligencia o intención positiva estatal de no publicar un tratado internacional, previamente suscrito y ratificado por Chile, no puede ser una excusa para incumplir las obligaciones y responsabilidad internacional que dicho tratado genera y para denegar su aplicación respecto de personas que lo han invocado en defensa de sus derechos e intereses³⁴.

No obstante lo antes expuesto, no todas las normas de un tratado son aplicables en Chile una vez ratificado el pacto por el país. Existen algunas que exigen un trámite previo, a saber, que los derechos que se pretenden invocar sean recogidos por la legislación interna y entonces hablamos de normas internacionales autoejecutables o no autoejecutables (*self executing – non self executing*). De esta forma, “Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “*self executing*” y “*non self executing*”. Las primeras son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene es ratificado. Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que, en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que

³⁴ En este sentido ver NOGUEIRA, Humberto. “Aspectos Fundamentales...” pág. 535.

por esta vía les dé vigencia efectiva³⁵”. Desde el punto de vista del juez, que una norma sea autoejecutable importa que éste tenga la facultad de aplicar estas normas en forma directa para la solución de un conflicto, sin necesidad de recurrir a legislación nacional para ello.

Entonces, no todas las normas que forman parte de un tratado internacional tienen el carácter de self executing y tratándose de tratados de derechos humanos, por lo general tienen tal carácter aquellas normas que consagran derechos subjetivos, o permiten restricciones a los mismos o ponen límites a la naturaleza y/o extensión de tales restricciones, en cambio no son autoejecutables, por lo general, aquellas normas meramente programáticas o que establecen una obligación de hacer al Estado en materia de dictación, modificación o derogación de legislación se refiere, para adecuar la legislación interna al tratado, o cualquier norma que requiera de una acción adicional, de tipo legislativo o de políticas públicas, para que se cumplan los fines del tratado³⁶.

1.2.2.2. Aplicabilidad de los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, en el ordenamiento jurídico interno

El siguiente tema relacionado con la validez de los tratados internacionales es el de su relación con las normas jurídicas internas, anteriores y posteriores al mismo, aunque más que un problema de validez se trata de uno de aplicabilidad, porque como ya vimos, la validez de los tratados no depende de la legislación interna del país sino que de las normas previstas en el tratado y en el derecho internacional.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 309-2000, considerando 48°, a).

³⁶ En este sentido ver NASH, Claudio. “La Incorporación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en el Ámbito Nacional: La Experiencia Chilena”. [en línea] http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/Derechos_Humanos-Unicef.pdf, [Consulta 23 de Julio de 2011]

En cuanto a la relación de los tratados internacionales con las normas jurídicas nacionales anteriores al mismo, se ha dicho que el tratado modifica o deroga la norma anterior para adecuarla al contenido del mismo, o derechamente deroga el cuerpo normativo cuando su sentido o contenido es contrario al tratado. Este efecto modificador derogador de las leyes anteriores que versan sobre la misma materia surge de los artículos 32 N° 15 y 54 N° 1 de la Carta Fundamental, pero en rigor, cuando hablamos de derogabilidad en rigor se trata de inaplicabilidad porque, como ya he señalado majaderamente, no estamos ante un problema de validez de las normas sino de aplicación de las mismas.

En cuanto a la relación de los tratados internacionales con las normas jurídicas nacionales posteriores al mismo, es claro que, según los principios de pacta sunt servanda, bona fide y la doctrina de los actos propios, además de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no es posible modificar o derogar un tratado por normativa interna posterior pues no es posible aplicar a las normas de tratados internacionales las reglas de derogación de la ley establecidas los artículos 52 y 53 del Código Civil, esto es, ley posterior deroga la anterior, norma especial deroga a la general o la ley de superior jerarquía deroga a la inferior, pues estas reglas están dadas para regir la relación entre normas cuya validez proviene de una norma superior común, lo que no ocurre tratándose de un conflicto de una norma interna con una norma internacional³⁷.

1.2.2.3. Jerarquía de los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, en el ordenamiento jurídico interno

En esta materia, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales han

³⁷ En este sentido: NOGUEIRA, Humberto. "Los Tratados Internacionales..."

elaborado varias tesis sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, en especial tratándose de los instrumentos internacionales que reconocen derechos fundamentales, tema muy discutido entre nosotros pues nuestra carta fundamental nada dice al respecto. De esta forma, para determinar la ubicación de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico se ha recurrido a distinguir si se trata de tratados que regulan materias generales o se trata de aquellos que consagran derechos fundamentales y en cuanto a los primeros se ha sostenido que, como la Constitución política la norma fundante de todo nuestro sistema jurídico y, por lo tanto, la norma que permite que los tratados internacionales se incorporen al ordenamiento jurídico chileno y también la norma que reglamenta la forma en que un tratado internacional pierde aplicabilidad al interior del país a través del procedimiento de su denuncia, se puede sostener que la generalidad de los tratados internacionales se encuentran subordinados jerárquicamente a la Constitución pero se ubican sobre las leyes internas, sean ellas anteriores o posteriores al tratado, como lo ha sostenido parte importante de la doctrina y jurisprudencia nacionales³⁸, en especial la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales que reconocen garantías fundamentales se han elaborado varias hipótesis pues hay quienes sostienen que los tratados se encontrarían por sobre la ley pero siempre sometidos a la Constitución y entre quienes sostienen esta tesis está la doctrina jurisprudencial uniforme del Tribunal Constitucional, expresada invariablemente en tres sentencias desde el fallo rol 46/1987 de fecha 21 de Diciembre de 1987 que resolvió el requerimiento constitucional interpuesto por el Ministro del Interior de la época contra Clodomiro Almeyda Medina por infracción al hoy derogado artículo 8º de la Constitución Política³⁹; otros en cambio,

³⁸ En este sentido: NASH, Claudio "La Incorporación de los Instrumentos Internacionales.." [fecha de consulta: 22 de agosto de 2011].

³⁹ PEÑA TORRES, Marisol. "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno". En: Revista Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 205-222, ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pág. 210.

de forma mayoritaria han sostenido que tienen el mismo rango jerárquico que la Constitución⁴⁰; el profesor NOGUEIRA, por su parte ha sostenido que “[a]sí, los artículos 5º inciso 2º, 32 Nº 17 y 50 Nº 1 de la Carta Fundamental constituyen un procedimiento de incorporación de normas que actúan como fuentes formales de rango o nivel constitucional que, si bien no forman parte de la Constitución formal, obligan a interpretar los preceptos jurídicos internos, inclusive los de la Constitución formal, de conformidad con los tratados, instalan las disposiciones de los tratados en el nivel de Constitución material, ya que sus normas no pueden ser afectadas en su aplicabilidad por acción del constituyente derivado”⁴¹; y finalmente, como lo ha sostenido sistemáticamente la Excma. Corte Suprema en casos relativos a la aplicación del decreto ley 2.191 de 1978 a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano vs. Chile del año 2005, se ha reconocido la preeminencia de la aplicación de los tratados de derechos humanos ante un conflicto normativo con la legislación interna⁴², incluso sobre la Constitución, reflejándose esta postura en fallos como el rol 517-2004, que revisó la sentencia rol 2182-98 de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, que condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, por su responsabilidad de coautores del secuestro calificado en la persona de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, señalando en su considerando trigésimo quinto “*Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la*

⁴⁰ MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. Ob. Cit. pág. 69.

⁴¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. Cit. Pág 344.

⁴² En este sentido, HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam, Ob. Cit.

naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”.

Respecto del debate del que he dado cuenta, es útil efectuar algunas precisiones.

En primer término, la razón de la diversidad de posturas existentes respecto del tema tratado se debe a la incorporación, mediante la reforma constitucional del año 1989, del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que sostiene que *“ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Lo que se sigue de este texto es nada más que el reforzamiento de la idea de que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son un límite a la soberanía del Estado, en especial los garantizados por la constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, pero no únicamente aquellos, como se verá más adelante.

Una segunda observación que cabe hacer a partir del tenor del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, es que lo que debiese tener una jerarquía o rango normativo superior son las normas de tratados internacionales que consagran derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y no el tratado internacional como un todo. En este sentido, el profesor NASH sostiene que “Un análisis cuidadoso del texto constitucional, sin embargo, obliga a hacer una precisión: lo que debe discutirse no es el rango de los tratados propiamente tales, sino que el rango de las normas que consagran derechos humanos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas

aquellas que regulan su alcance o contenido, como, por ejemplo, las normas que imponen límites a su restricción en tiempos normales o a su suspensión en tiempos de emergencia, las que establecen criterios para su interpretación y otras semejantes, ya que la regulación de los derechos humanos constituye un todo que no se puede dividir.”⁴³.

Finalmente, en lo que respecta a la jerarquía de los tratados internacionales estimo que en la práctica determinar el lugar que las normas internacionales que consagran garantías fundamentales tienen al interior del ordenamiento jurídico chileno no tiene mayor importancia hoy y debe considerarse una tesis superada dada la intangibilidad para el legislador y el propio constituyente que tienen hoy las normas internacionales en nuestro país.

A mi juicio, y como ya lo he adelantado en parte, en estricto rigor la relación entre tratados internacionales y normativa interna, incluida la Constitución Política no se da en el ámbito de la jerarquía pues no sería posible comparar normativa originada en una fuente de derecho interno a una originada en una fuente de derecho internacional y así las cosas parece imposible resolver las antinomias entre ambas fundándose en los criterios que normalmente se utilizan para solucionar los conflictos entre normas de origen interno, por ejemplo, regla de la temporalidad (ley posterior deroga a la anterior, ley de mayor jerarquía se aplica por sobre la de menor jerarquía, etc.). En efecto, los tratados internacionales no responden a un criterio de subordinación a norma nacional pues su validez no depende de la normativa interna de un país, como ya vimos, y así se podría sostener en principio que los tratados internacionales, no importando la materia que traten, son superiores a todas las normas jurídicas nacionales pues tienen intangibilidad frente a ellas la que viene dada por los principios de *ius cogens* denominados *Pacta Sunt Servanda* y *Bonna Fide*, además de la doctrina de los actos propios y de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y esto importa que ninguna norma, ni siquiera constitucional, puede

⁴³ NASH, Claudio “La Incorporación de los Instrumentos Internacionales...”, pág. 8.

contravenir lo pactado en un tratado internacional sin comprometer gravemente la responsabilidad internacional del Estado.

Entonces, de acuerdo a lo expresado en el sentido de que todos los tratados internacionales vigentes en Chile están dotados de intangibilidad, queda la duda de cuál es la consecuencia de haber incorporado los tratados internacionales que consagran garantías fundamentales en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. Al respecto, dicha consecuencia es que los tratados internacionales en general son intangibles para el legislador y para el constituyente en tanto el Presidente de la República no los denuncie mediante el proceso que la Constitución ha establecido para ello y si ello ocurre, cesará su intangibilidad. Es por esto que el profesor NOGUEIRA sostiene que dichos tratados se encuentran bajo el constituyente, tanto original como derivado. En cambio, las normas que consagran derechos fundamentales reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile, en el sentido al que se refiere el profesor NASH, son un límite a la soberanía y por lo tanto, no pueden ser denunciados por el Presidente de la República y es más, que la soberanía interna del Estado de Chile reconozca 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, significa que el Estado ni ninguno de sus organismos pueden desconocerlos, lo que ha llevado al mismo profesor NOGUEIRA a sostener que estos tratados estarían ubicados jerárquicamente sobre el constituyente derivado pero bajo el constituyente originario⁴⁴, lo que podría parecer correcto analizado desde el punto de vista de que el constituyente originario puede derribar y luego reconstruir toda la base del ordenamiento jurídico y por cierto podría, hipotéticamente, redefinir el rol de los derechos esenciales de la naturaleza humana como límites a la soberanía.

Como conclusión de todo lo anteriormente expuesto, es posible sostener que las normas internacionales que consagran garantías fundamentales, además de poseer

⁴⁴ En este sentido: NOGUEIRA, Humberto. "Los Tratados Internacionales..." pág. 28.

intangibilidad por tratarse de normas cuya validez proviene del derecho internacional, de acuerdo al artículo 5 inciso 2° de la Constitución, constituyen un límite a la soberanía por lo que ningún poder del Estado tiene la potestad suficiente como para derogarlas o inaplicarlas lo que importa que, una vez incorporadas al ordenamiento jurídico, será imposible que lo abandonen, es más, la única forma en que una de las normas en análisis pudiese ser declarada inconstitucional es que ella consagre con menor fuerza o extensión, una garantía fundamental que la Constitución protege de mejor forma.

También del anterior análisis queda claro que se puede discurrir en derredor de la constitucionalidad o supraconstitucionalidad de las normas internacionales que consagran garantías fundamentales, pero lo que derechamente no se puede sostener es la tesis que el Tribunal Constitucional ha mantenido en esta materia, esto es, ubicar estas normas y los tratados internacionales que las contienen bajo la Constitución, pues ello implica sostener que existen garantías fundamentales de rango superior, esto es, las consagradas en la Carta Fundamental y otras de rango inferior, a saber, las contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile, lo que no se condice con el carácter que tienen los derechos fundamentales, según la amplia doctrina existente al respecto y que analicé al inicio de este trabajo, y además repugna la lógica del constituyente originario que quedó plasmada en las actas de la comisión de estudios de la nueva constitución y al texto literal del propio inciso segundo del art. 5 de la Constitución Política de la República.

1.2.3. Derechos implícitos

Finalmente respecto del tema de las fuentes de los derechos fundamentales y tal como lo he adelantado, los derechos fundamentales no son sólo aquellos que se encuentran en el artículo 19 de la Carta Fundamental ni los reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile, sino que aquellos son mucho más amplios y por

cierto, poseen igual fuerza vinculante que aquellos enumerados en la Constitución y los reconocidos por Tratados Internacionales de Derechos Humanos que ya he analizado, pues debiesen entenderse incorporados al texto constitucional. En este sentido, el profesor CUMPLIDO sostiene que *“el enunciado de los derechos esenciales de la persona humana asegurados por la Constitución de 1980, no es taxativo, es decir, no sólo son tales los regulados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino todos los que sean necesarios para proteger la dignidad humana, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art.1º, incisos 1 y 4, Art. 5º inciso 2º, ambos Bases de la Institucionalidad y Art.19 inciso 1 y N° 26”*⁴⁵, y por cierto a partir del inciso primero del artículo 5º de la Carta Fundamental. Por su parte, el profesor PFEFFER sostiene que *“Es cierto que la Constitución de 1980 sólo regula en sus disposiciones la incorporación de los tratados internacionales, pero la omisión en la referencia explícita a la costumbre internacional como a los principios generales del Derecho, en ningún caso puede interpretarse como que aquellas fuentes no son admitidas por nuestro ordenamiento constitucional”*⁴⁶. Entonces, a partir de aquí es posible razonar que en materia de garantías fundamentales, según lo establecido en el art. 5º inciso 2º de la Carta Fundamental, existen derechos constitucionales implícitos que son aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional pero que son derechos esenciales y si bien no son Constitución en sentido formal, si lo son en el sentido material ya que constituyen un límite a la soberanía y por tanto al poder constituyente derivado y a los poderes constituidos o instituidos y en este sentido es claro que el Constituyente ha reconocido, con un carácter absoluto e inmutable, la fuerza obligatoria superior a todo el ordenamiento jurídico del Derecho Natural en cuanto a los valores que dicen relación con los derechos que emanan de la naturaleza humana, lo que no podrá limitarse ni negarse por ningún poder del Estado.

⁴⁵ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. Ob. Cit.

⁴⁶ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos Y Su Ubicación En El Orden Normativo Interno”. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2011-08-29], pp. 467-484 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100021&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122003000100021.

Entonces, cabe reconocer en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución una de aquellas cláusulas que el profesor DULITZKY denomina como “cláusulas reconocedoras de derechos implícitos no enumerados”⁴⁷.

1.3. Obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de garantías fundamentales

Es importante, a continuación y de cara al tema de la vigencia en nuestro país del decreto Ley 2.191/1978 de Amnistía, analizar el tema de las obligaciones que nacen para el Estado a partir del reconocimiento por parte de este, de derechos fundamentales y al respecto ya he señalado que los derechos fundamentales no son creados por normas jurídicas sino que éstas sólo los reconocen y a partir de que ello ocurre, nacen para el Estado dos tipos de obligaciones que se han denominado, las unas, prestacionales y las otras, de no lesión, siguiendo al profesor Ferrajoli.

Para el Estado de Chile estas obligaciones respecto de los derechos humanos se concretan en la obligación de respetarlos, garantizarlos y promoverlos. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita y ratificada por nuestro país, establece para el Estado parte las obligaciones de respeto y garantía de tales derechos. Por su parte, el artículo 5° inciso segundo de la Constitución impone expresamente la obligación de promoción de los derechos fundamentales, aunque, como veremos, ella va implícita en la obligación de garantía.

Dentro de las funciones que tradicionalmente se les asignan a los derechos fundamentales, las anteriores obligaciones pueden ubicarse dentro de la denominada función subjetiva, esto es, operando como una defensa de la dignidad de la persona

⁴⁷ DULITZKY, Ariel. “Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano”. En BUERGUENTHAL, Thomas. y CANÇADO TRINDADE, Antonio. (comps.), Estudios especializados de derechos humanos, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. Pág. 143 y ss.

frente al poder del Estado, sin embargo, los derechos fundamentales tienen también otra función que se ha denominado “objetiva”, es decir cumplen funciones estructurales, representando un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del Derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia⁴⁸. Lo que trataré a continuación dirá relación sólo con la función subjetiva de las garantías fundamentales.

Entonces, comencemos analizando las obligaciones estatales antes mencionadas. El primer lugar el Estado tiene la obligación de respetar los derechos fundamentales, lo que debe realizar a través de sus agentes y organismos, obligación que se traduce en la no lesión de las garantías fundamentales, es decir, un mandato de carácter negativo para el Estado. En cumplimiento de este mandato el Estado debe evitar que sus organismos o agentes violen las garantías fundamentales en el ejercicio de sus competencias y atribuciones (desviación de poder), o fuera de ellas (abuso de poder)⁴⁹.

En segundo término cabe hacerse cargo de la obligación de garantía, la que, por su naturaleza, merece un tratamiento algo más extenso.

En primer término, es necesario señalar que la obligación de garantía importa organizar todo el aparato estatal de manera de garantizar un libre y pleno ejercicio de los derechos. Dicho de otro modo, “La obligación del Estado de "garantizar" los derechos le exige a éste asegurar la eficacia práctica de los derechos humanos con todos los medios a su alcance, estableciendo instituciones y procedimientos normativos y jurisdiccionales que permitan superar las amenazas, perturbaciones o privaciones al ejercicio de tales derechos por las personas, restableciendo el derecho, reparando los daños causados,

⁴⁸ PECES-BARBA, Gregorio. “Las Funciones de los Derechos Fundamentales.”. Edit. Universidad Carlos II de Madrid, Madrid, 1999, pág 417.

⁴⁹ En este sentido ver: NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia”. Revista Ius et Praxis, 2003, vol.9, no.1, p.403-466.

investigando seriamente los hechos para establecer la verdad, determinar los responsables y aplicarle las sanciones pertinentes, civiles, penales y administrativas”⁵⁰.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.⁵¹.

De lo anterior se sigue que respecto de la obligación de garantía se concreta en varias obligaciones particulares, a saber, la de prevenir, donde nosotros podemos ubicar a la obligación que consagra nuestra Constitución y que consiste en promover los Derechos Fundamentales, investigar y sancionar toda violación a tales derechos, procurar el restablecimiento del derecho conculcado y la reparación por la violación de derechos fundamentales sufrida.

De otro lado, cabe observar que se puede configurar la responsabilidad del Estado por adopción de disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones internacionales; por la no adopción de disposiciones legislativas necesarias para ejecutar obligaciones internacionales; por la acción u omisión del poder ejecutivo incompatible con las obligaciones internacionales (incluyendo la omisión para prevenir o reprimir

⁵⁰ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "Los Derechos Esenciales..."

⁵¹ Corte I.D.H. (Ser. C) No. 4 (1988).Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, considerando 167.

acciones ilícitas de particulares); por decisiones judiciales no recurribles que sean contrarias a las obligaciones internacionales del Estado; por la existencia de impedimentos u obstáculos que afecten a una persona para interponer acciones ante la justicia para defender sus derechos.

De acuerdo a lo antes señalado, la responsabilidad estatal se puede configurar por la acción u omisión de miembros del poder judicial, quienes, en el ejercicio de sus funciones, no se hagan cargo de violaciones a la Constitución que ha cometido el legislador, esto es, la responsabilidad del Estado se configuraría cada vez que un juez decidiese aplicar una norma que vulnera una garantía fundamental, por sobre la Constitución Política o un tratado internacional. Ahora bien, podría sostenerse que los jueces ordinarios o de la instancia no tienen la competencia para inaplicar normas que vulneran garantías fundamentales pues aquella competencia corresponde al legislador, a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional, tema del que me haré cargo más adelante.

CAPITULO II

LA AMNISTÍA

2.1. Concepto, clasificación y efectos

La amnistía es una forma de extinguir la responsabilidad penal. Corresponde a la forma más amplia del ejercicio del derecho de gracia y en consecuencia una clara manifestación de la soberanía nacional⁵². En consecuencia se trata de una de las tres fuentes de extinción de la responsabilidad penal a través del perdón, el que puede venir de la autoridad pública, como es el caso de la amnistía y del indulto, o bien de la víctima.

En cuanto a la amnistía como manifestación de la soberanía nacional, debe ser otorgada por ley y generalmente se ha recurrido a ella para “facilitar la pacificación de una comunidad cuya vida hubiese atravesado por un período de grave turbulencia política y social”⁵³ sin embargo, como sostiene MUÑOZ CONDE, esto ha significado que la amnistía se utilice por simples razones coyunturales de política general e incluso como un arma política para evitar condenas a los amigos o partidarios o cuando políticamente se considere conveniente⁵⁴ y por ello, en razón de esta manipulación política para la que se prestaban estas instituciones, en España, la Constitución de dicha nación de 1978 prohibió los indultos generales y por tanto, la amnistía.

En cuanto a los efectos de la amnistía, ella tiene un alcance más amplio que el indulto pues “extingue por completo la pena y todos sus efectos” como lo señala el

⁵² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General”. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 573 y 574.

⁵³ GUZMÁN DALBORA, citado por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ. Ob. Cit pág. 574.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal. Parte General”. Edit. Tirant lo Blanch. Tercera Edición. Valencia, 1998, p. 451.

artículo 93 de nuestro Código Penal, por lo tanto, no sólo exime de cumplir la condena sino además elimina la calidad de condenado, lo que es del todo relevante, por ejemplo, para efectos de la reincidencia.

Sin embargo, la doctrina y la legislación comparada han señalado que la amnistía, además borra el delito, o mejor dicho, los fundamentos de la pena⁵⁵. Así, tal como lo señala el artículo 151 del Código Penal Italiano, la amnistía extingue el delito y si ha habido condena, hace cesar la ejecución de la condena y las penas accesorias.

Lo anterior ha llevado a clasificar a la amnistía en propia e impropia. Por una parte la denominada amnistía propia es aquella que recae sobre hechos que no se han enjuiciado aún, teniendo como efecto el impedir la condena por los mismos⁵⁶. Respecto de ésta, es posible declararla cualquiera sea el estado de la causa, incluso antes de iniciarse la persecución penal y ello debido a que esta amnistía tiene un carácter eminentemente procesal, pues mediante ella el Estado renuncia a perseguir y sancionar determinados delitos⁵⁷.

Por otra parte, tenemos la denominada amnistía impropia que es aquella que sólo busca dejar sin efecto penas ya impuestas, de cualquier tipo que sean éstas, y sus ulteriores consecuencias, como por ejemplo las anotaciones prontuariales que se hayan hecho en razón de la condena amnistiada. Al parecer sería de este tipo de amnistía de la que se ocupa el artículo 93 de nuestro Código Penal y que, dada la redacción del mismo, exigiría condena previa para su procedencia. Incluso ella puede beneficiar a alguien que haya cumplido íntegramente su condena.

⁵⁵ En este sentido: BUSTOS, Juan. "Obras Completas". Tomo I, Derecho Penal, Parte General, 2ª Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2007, pág. 480.

⁵⁶ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Ob. Cit. pág. 574.

⁵⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. "Derecho Penal. Parte General". Tomo II, tercera edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 249.

2.2. Decreto Ley 2.191/1978 de Amnistía

2.2.1. Génesis

Luego del Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, que derribó el gobierno constitucional del Presidente Salvador Allende Gossens, se instala en el poder una junta de gobierno autodesignada por quienes llegaban al poder, la que estaba conformada por los tres comandantes en jefe de las ramas del ejército, marina y aviación más el director general de Carabineros de Chile y presidida por el comandante en jefe del ejército, general Augusto Pinochet Ugarte. Durante los primeros días de la dictadura, la junta de gobierno disolvió el Congreso Nacional, subyugó al Poder Judicial, eliminando además todas las autoridades e instituciones propias de un estado democrático de derecho, impuso el estado de sitio en todo el país, siendo conculcadas numerosas garantías fundamentales de la población en general, pero especialmente respecto de quienes habían sido partidarios del gobierno de la Unidad Popular, coalición con la que llegó al gobierno el Presidente Allende. De esta forma, se efectuaron juicios y ejecuciones sumarias por parte de tribunales militares en tiempo de guerra, sin que hubiese posibilidad de revisar los procesos por parte de la justicia ordinaria la que, a su vez, desechó por mucho tiempo todos los recursos de amparo presentados en favor de los entonces detenidos, hoy víctimas, declarándolos inadmisibles. Estas acciones, así como la detención y tortura de los partidarios del gobierno derrocado entre otras acciones de violencia política y violatorias de los derechos humanos, se efectuaron al amparo de legislación ad-hoc como por ejemplo, los decretos leyes N°s 3 y 5 de 1973 dictados recién habiendo asumido el poder la junta militar, en ejercicio de las autoarrogadas facultades correspondientes al poder ejecutivo y legislativo, legislación que tenía por objeto “pacificar” al país a través de una legislación para tiempos de guerra.

Luego de este período de “pacificación” y a fin de librar de responsabilidad penal a los “pacificadores”, personas uniformadas o civiles ligadas a las fuerzas armadas y de orden y a la policía secreta de la dictadura (D.I.N.A) por los crímenes cometidos en

contra de los partidarios del régimen constitucional del Presidente Allende, con fecha 19 de abril de 1978 se dicta el D.L. 2.191 de Amnistía, en cuyo artículo primero se lee “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.”. Algunos de los fundamentos para la dictación de este decreto ley, y que se leen en su encabezado, fueron 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; y la necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile.

2.2.2. Análisis crítico del Decreto Ley 2.691/1978 de Amnistía

Como crítica general, que abordaré en detalle más adelante, primeramente cabe consignar que se trataría de una ley dictada por un régimen de facto y cuya finalidad era procurar la impunidad de los agentes del Estado que hubiesen cometido delitos constitutivos de violaciones de derechos humanos cuyas víctimas fueron los opositores a la dictadura del general Pinochet, idea que fluye de la sola lectura de sus cinco artículos.

Así, el artículo 1º señala: “Concédase amnistía a todas las personas que en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren sometidas a procesos o condenadas”. Es decir, es una amnistía que se otorga para hechos sobre los que no ha recaído condena y entonces se trataría de una amnistía propia. Sin embargo, de los hechos posibles de amnistiar se excluyen aquellos que se habían comenzado a conocer a la fecha de la dictación del decreto ley o bien, en el lenguaje legal propio de la

época, que hubiesen sido sometidas a proceso, lo que constituye un desigual tratamiento respecto de personas que se encuentran en igual condición de cara al principio de presunción de inocencia. Además, de aquí se extrae por primera vez que se trata de una ley que pretendió la impunidad sobre las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes de la dictadura militar, pues al no favorecer ni a condenados ni a procesados a la fecha de la dictación de la ley es claro que no se pretendía amnistiar delitos comunes como objetivo central, ya que dado el control total que ejerció el régimen de Pinochet sobre el poder judicial de la época, entre esas fechas no existía en tribunales en investigación ni con sentencia definitiva condenatoria, ningún hecho constitutivo de violación a los derechos humanos cometido por agentes de la dictadura militar, por lo que toda investigación por hechos delictuales cometidos por agentes del Estado en el período señalado, quedaría automáticamente cubierto por la amnistía.

A mayor abundamiento, al analizar los hechos que constituirían delitos comunes susceptibles de ser amnistiados es posible observar que se producen enormes discriminaciones, “por ejemplo, si un parricida fue aprehendido y encargado reo antes del 1 de abril de 1978 no está amnistiado, pero si se mantuvo prófugo no sufrirá ni siquiera una anotación en su prontuario. Aquí hay distinciones odiosas y discriminaciones arbitrarias insostenibles ante el derecho”⁵⁸.

Por su parte, el artículo 3 del decreto ley en análisis excluye determinados tipos penales de la aplicación de la amnistía y en concreto señala: “No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1º, 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 violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de

⁵⁸ PRECHT, Jorge. “Vigencia de la Ley de Amnistía”. En Revista Estudios Constitucionales. Edit. Universidad de Talca, Año 1 N° 1 ISSN0718-0195, Santiago, Chile, 2003, págs. 255 a 262.

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.”.

La redacción del artículo 3° antes transcrito sin duda llama la atención, por cuanto el criterio de selección de los tipos penales excluidos de la amnistía carece, aparentemente, de toda lógica jurídica. En efecto, uno pudiese pensar que son dejados sin efecto ciertos delitos por la gravedad de los mismos y ahí entonces podríamos entender la exclusión del parricidio y del infanticidio, según lo disponen los artículos 390 y 394 del Código Penal. Sin embargo, según esta lógica debiesen haber sido amnistiadas todas las formas de homicidio calificado tratadas en el artículo 391 del Código Penal, lo que no ocurrió. Por otra parte, se encuentran excluidos de la amnistía delitos que entonces eran considerados de bagatela como la conducción en estado de ebriedad por lo que cabe, entonces, descartar tal criterio.

De otro lado, basándonos en los delitos de violación, abusos deshonestos (sic), etc. uno podría pensar que el criterio de exclusión fue la entidad de los bienes jurídicos afectados, por ejemplo en el caso de los delitos sexuales sería la indemnidad sexual o la libertad sexual, o bien los atentados más graves contra la propiedad cuando ellos constituyen delitos pluriofensivos como el robo con intimidación y el robo con violencia podría ser, además de la propiedad considerada de importancia capital en todo nuestro ordenamiento jurídico, serían también la integridad física o la libertad. Sin embargo, el posible criterio en comento comienza a deslegitimarse al analizar, por ejemplo, los delitos de robo con violación o robo con homicidio, que no fueron excluidos de la amnistía como los demás delitos contra la propiedad, siendo que son los que acarrear mayor pena dentro de ese grupo de delitos.

Luego el artículo menciona tipos penales inconexos entre sí, por ejemplo, delitos

tributarios, malversaciones, manejo en estado de ebriedad, incendio, tráfico ilícito de estupefacientes, etc.

El único hilo conductor que pudiesen tener las exclusiones de la amnistía concedida por el Decreto Ley 2.191 es que se trata de dejar fuera de ella a la mayoría de los delitos considerados comunes, lo que tiene lógica tratándose de una amnistía que busca una pacificación política y social del país y por lo tanto busca perdonar todos los crímenes que se hayan cometido en tal contexto. Sin embargo la gran mayoría de los ilícitos que podrían denominarse políticos cometidos en dicha época correspondían a aquellos cuyos autores eran agentes de seguridad de la dictadura y sólo una ínfima parte fue cometido por opositores a la misma, pues fue en dicho periodo de tiempo donde se ejerció con mayor fuerza y en forma masiva, la represión desde el Estado, buscando el desmantelamiento y descabezamiento de los partidos de la Unidad Popular, tiempo en el que Chile estuvo bajo el estado de sitio, esto es, desde el 11 de Septiembre de 1973 hasta la fecha de la dictación del Decreto ley 2.191⁵⁹.

Queda claro entonces que el decreto ley 2.191/1978 de amnistía, dictado por la junta militar de gobierno que a esa fecha ejercía el mando total de la nación, tuvo por objeto favorecer a quienes, perteneciendo a los servicios de seguridad de la dictadura, cometieron delitos de lesa humanidad en contra de sus opositores o partidarios del régimen del Presidente Salvador Allende, idea que por lo demás, fue recogida en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”⁶⁰ al señalar que si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes,

⁵⁹ En este sentido: Caso «Almonacid Arellano y Otros vs Chile» Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. *Ius et Praxis*. [online]. 2006, vol.12, no.2 [citado 29 Septiembre 2007], p.349-362. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. Punto 12.

⁶⁰ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” de 26 de septiembre de 2006, Considerando 120.

recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos. En suma, la Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar.

Los artículos 4 y 5 del decreto ley, también plantean excepciones, pero esta vez referentes a casos particulares lo que hacen del texto legal en comento, una ley discriminatoria. En efecto, resulta a lo menos curioso que el artículo 4 del mencionado texto de ley exceptúe de la amnistía una investigación específica o más bien, un proceso en curso, a saber, el proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc referente al asesinato en Washington del ex canciller del gobierno de la Unidad Popular don Orlando Letelier y su secretaria. No es difícil concluir que esta excepción responde únicamente a la presión del gobierno de los Estados Unidos de América, lo que hace de la ley analizada aún más arbitraria puesto que no hay vidas más valiosas que otras⁶¹.

Finalmente, el artículo 5 establece una nueva excepción a la aplicación de la amnistía señalando que las personas favorecidas con la amnistía que se encontrasen fuera del territorio de la República, deberían someterse a lo dispuesto en el artículo 3° del decreto ley N° 81 de 1973 para reingresar al país, esto es, para reingresar al país debían contar con la autorización del Ministro del Interior, la que debía solicitarse a través del consulado respectivo y hoy resulta evidente que quienes se encontraban en esa situación eran sólo detractores del régimen del general Pinochet, lo que hace aún más clara la *ratio legis* del decreto ley 2.191 de 1978.

⁶¹ En este sentido ver PRECHT, Jorge. Ob. Cit.

2.2.3. Soluciones jurisprudenciales que han buscado invalidar el Decreto Ley 2.191/1978 de Amnistía

Desde la jurisprudencia nacional, con el correr de los años y una vez recuperada la democracia, se han propuesto múltiples formas para poner término al decreto ley de amnistía del año 1978 y cada una con sus respectivos efectos en las causas vigentes y las ya falladas. A continuación, analizaré todas estas propuestas.

2.2.3.1. Invalidez en cuanto constituye una autoamnistía

Como ya hemos señalado, la amnistía es el ejercicio soberano del derecho de gracia. Es el ejercicio del perdón por parte de la comunidad respecto de actos que afectan la paz social.

El instituto del perdón, en general y también como forma de extinguir la responsabilidad penal, se fundamenta en tradiciones culturales y religiosas que tienen por fin que un individuo expíe sus culpas y de esta forma vuelva a ser aceptado en el seno de la comunidad.

Sin embargo, para que el perdón sea eficaz como instrumento de resocialización y de expiación de culpas parece ser obvio que debe ser efectuado por la víctima, o quien la represente, respecto del ofensor. Ello pues la responsabilidad penal se impone en forma heterónoma al ser el Estado, titular del *ius puniendi*, representante de la víctima, y lo mismo es predicable respecto de la renuncia al castigo o ejercicio del derecho de gracia⁶² que de suyo exige alteridad entre el titular de la prerrogativa de gracia y el

⁶² En este sentido MAÑALICH, Juan Pablo. "Terror, Pena y Amnistía". Editorial Flandes Indiano, Santiago 2010, página185.

beneficiado por la misma. Así, quien otorga una amnistía a nombre o en representación del soberano por la cual renuncia al derecho de perseguir penalmente y castigar actos cometidos por él mismo, claramente abusa de su posición de mandatario y de esta forma se verá alterada una condición inmanente de validez de toda amnistía, a saber, que debe haber “alteridad entre quien impone y aquel que sobre quien se impone, por vía de atribución, la responsabilidad en cuestión”⁶³.

Al respecto, para que un gobierno o mandatario se erija como justo representante de la sociedad necesariamente debe tener un origen democrático, pues sólo de esta forma se asegura que dicho gobierno represente la voluntad de los ciudadanos y, por lo tanto, represente a las víctimas quienes son las que pueden otorgar el perdón. Al tratarse de un gobierno cuyos poderes tienen un origen dictatorial o autárquico, éste no se encuentra legitimado para ejercer el perdón social por no ser el legítimo representante de la voluntad de sus ciudadanos.

Este perdón social, ejercido por un gobierno democrático, lo debe ser a través del instrumento legal que las democracias utilizan para hacer obligatorios sus mandatos, esto es, la ley. Sin embargo, esta ley no puede alterar los principios básicos de una democracia constitucional y en particular, la intangibilidad legal e incluso constitucional que tienen ciertas materias como los derechos fundamentales, lo que importa que los poderes del Estado Democrático Constitucional de Derecho no pueden realizar actos que tiendan a su derogación o modificación para reducir los límites externos de la garantía, sino que sólo modificarlos para ampliar dichos límites⁶⁴. Ello pues en las democracias constitucionales modernas ni la ley, ni tampoco las autoridades del Estado, tienen esa impronta sacrosanta que hacía que, no importando lo que aquella mandara, debía cumplirse igualmente si es que había sido dictada siguiendo todas las formalidades exigidas para que entrase en vigencia, sino que hoy existen límites impuestos por la

⁶³ MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. pág.185.

⁶⁴ En este sentido, FERRAJOLI, Luigi. "Democracia y Garantismo". Editorial Trotta, Madrid, 2008, págs. 25 y ss.

Constitución que ni la ley, ni las autoridades y ni siquiera la soberanía popular pueden transgredir, como ya vimos.

De otra parte, bajo un gobierno dictatorial similar al estado absoluto, como era el existente en Chile a la fecha de la dictación del Decreto Ley 2.191/1978, las personas no son ciudadanos con poder de decisión, sino meros súbditos, pues lo que importa y determina el origen de una norma y la forma en que ella debe aplicarse, es la voluntad del dictador quien controla los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sin posibilidad de contrapeso alguno en el ejercicio de estas funciones. Como la dictadura encabezada por el general Pinochet había disuelto el Congreso Nacional inmediatamente después de tomar el poder, quedando la función legislativa radicada en una junta militar de cuatro generales, el proceso legislativo no se efectuaba a través de leyes propiamente tales sino a través de la denominada legislación de excepción, conformada por decretos leyes. A este respecto, el Juez de la CIDH A.A. Cançado Trindade, en su voto concurrente de la Sentencia del caso “Barrios Altos v/s Perú” de fecha 14 de Marzo de 2001, considerando 7, sostuvo: “Esta misma Corte observó, en una Opinión Consultiva de 1986, que la palabra "leyes" en los términos del artículo 30 de la Convención Americana significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, elaborada según el procedimiento constitucionalmente establecido, por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos. ¿Quién se atrevería a insinuar que una "ley" de autoamnistía satisface a todos estos requisitos? No veo cómo negar que "leyes" de este tipo carecen de carácter general, por cuanto son medidas de excepción. Y ciertamente en nada contribuyen al bien común, sino todo lo contrario: configúranse como meros subterfugios para encubrir violaciones graves de los derechos humanos, impedir el conocimiento de la verdad (por más penosa que sea ésta) y obstaculizar el propio acceso a la justicia por parte de los victimados. En suma, no satisfacen los requisitos de "leyes" en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”.

Por su parte, el mismo juez, en su voto razonado respecto de la sentencia de la CIDH “Almonacid Arellano y Otros vs Chile”, señala, en el considerando séptimo de dicho fallo, que: “Las autoamnistías están lejos de satisfacer todos estos requisitos. Las autoamnistías no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter genérico de éstas, de la idea del Derecho que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica) y de su búsqueda del bien común. Ni siquiera buscan la organización o reglamentación de las relaciones sociales para la realización del bien común. Todo lo que pretenden es substraer de la justicia determinados hechos, encubrir violaciones graves de derechos, y asegurar la impunidad de algunos. No satisfacen los mínimos requisitos de leyes, todo lo contrario, son aberraciones antijurídicas.”.

Se ha sostenido por la profesora Clara SZCZARANSKI que el Decreto Ley 2.191/1978 no tendría el carácter de autoamnistía porque se trataría de una amnistía impropia, ya que se otorga la exoneración de la responsabilidad penal una vez que se ha investigado y se han dictado las respectivas condenas por un tribunal, que es “distinto de quien dictó la amnistía y distinto de los mismos infractores: el Poder Judicial del nuevo Estado”⁶⁵, idea que, a mi juicio, es del todo errada porque el D.L. 2.191/1978 es claramente una amnistía propia, tal como fue concebido, como ya lo señalé *supra* al tratar del análisis crítico a dicho decreto ley. Por lo demás, sostener que estamos ante una amnistía impropia porque un juez imparcial debe investigar y dictar condenas, constituye una construcción absolutamente artificial, pues la tesis esgrimida por la autora en comentario fue construida 11 años después de la dictación del decreto ley, durante el gobierno del Presidente Patricio Aylwin Azocar, tesis conocida justamente como Doctrina Aylwin, y que fue elaborada con el fin de abrir una brecha para impedir que los tribunales continuasen aplicando la amnistía tal y como fue concebida por el régimen militar, esto es, verificando sólo requisitos formales para hacer procedente la amnistía y el sobreseimiento definitivo de la causa sin conocer el fondo de los hechos

⁶⁵ SZCZARANSKI, Clara. “El Perdón Social”. En Revista de Derecho N° 10, Diciembre de 2003. Edit. Consejo de Defensa del Estado. Págs. 71 a 121.

investigados, y así fue interpretado y aplicado dicho decreto ley por los tribunales desde su dictación hasta el mes de Septiembre del año 1998, fecha en que la Corte Suprema dicta fallo en la causa por la desaparición de Pedro Poblete Córdova⁶⁶. Es decir, la autora utiliza una tesis construida para terminar con la impunidad imperante a partir de un decreto ley ilegítimo, tanto en su forma como en su fondo, justamente para señalar que dicho cuerpo normativo es legítimo. Como sostiene MAÑALICH, lo señalado implica no solo una falacia argumentativa al considerar el D.L. 2.191/1978 como una amnistía impropia, sino que también ese argumento supone que “cada vez que un tribunal sea competente para establecer la satisfacción de las condiciones de aplicabilidad de la amnistía, ésta ya no podría considerarse una auto-amnistía, con total independencia de que haya identidad (total o parcial) entre quien la otorga y quien se beneficia de ella.”⁶⁷, lo que evidentemente implica que nunca habría una auto-amnistía, a menos que se dé el curioso caso en que haya identidad entre quien dictaminó la amnistía, el juez que tenga que conocer y la persona que está siendo procesada, lo que naturalmente resulta absurdo. A este respecto, el Decreto Ley de Amnistía de 1978 hay que mirarlo en el contexto de la época y en las condiciones jurídico políticas en el que fue dictado y bajo la política sistemática de violación de derechos humanos que llevaba adelante el gobierno de facto encabezado por el general Pinochet y en consecuencia, la dictación de dicho decreto ley, a mi juicio, se insertó en dicha política como una forma de encubrimiento de crímenes de lesa humanidad cometidos por los aparatos represivos de dicho gobierno autoritario y cuya finalidad era que no se investigase ninguno de aquellos crímenes, para así evitar que se supiese la verdad sobre las torturas, desapariciones y ejecuciones de personas partidarias del régimen de la Unidad Popular, todo dado en un contexto propicio y creado expresamente para hacer posible esa política, tal como lo establece el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, conocida como Comisión Valech.⁶⁸

⁶⁶ SCS Rol 469-98 de 9 de Septiembre de 1998.

⁶⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. página 184.

⁶⁸ Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2005, págs. 169 y ss.

De cara a lo sostenido por la C.I.D.H. en la sentencia Almonacid Arellano y otros v/s Chile, la propuesta de la invalidez inmanente del D.L. 2.191/1978 de Amnistía por ser considerada una auto-amnistía, si bien soluciona el problema de abordar todos los casos de violaciones a los derechos humanos cometidas durante el período cubierto por el mentado decreto ley de una forma franca y sin tener que recurrir a subterfugios para poder resolverlos, no superaría el escollo fundamental al cual se enfrenta la judicatura en los casos de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura, a saber, lo problemático que resulta que un poder del Estado, en este caso el poder judicial, desconozca lo que en principio se cree una ley formal, por cierto ilegítima en su origen pero que en la práctica ha producido y sigue produciendo efectos jurídicos, utilizando criterios de índole no normativos. No es claro que esté dentro de sus atribuciones la facultad desconocer una norma jurídica bajo la premisa de esa norma es inválida en su origen sin el apoyo de otra norma jurídica que se lo permita, por lo que la tarea de la judicatura y de la doctrina ha sido encontrar una norma jurídica de mayor jerarquía que el D.L. 2.191/1978 en la cual hacer pie para poder invalidar dicho decreto ley y ese es precisamente el punto débil del fallo de la C.I.D.H. en el llamado caso Almonacid.

2.2.3.2. Tesis del secuestro calificado

Otra de las tesis elaboradas, por la jurisprudencia, para evitar los efectos del D.L. 2.191/1978 y con ello cumplir con la normativa internacional de derechos humanos vigente en Chile consistió en sostener, en resumen, que la conducta desplegada por los funcionarios públicos encausados en cada caso de desapariciones forzosas y conforme al amplio concepto que de ellos entrega el artículo 260 del Código Penal, constituiría una privación arbitraria e ilegal de la libertad ambulatoria, correspondiendo encuadrarla en la figura penal de detenciones irregulares, establecido en el artículo 148 del mencionado Código y que dicho delito, al igual que el secuestro, es ante todo uno que atenta contra la

libertad individual ambulatoria y por lo mismo, constituye un delito permanente en el sentido de que continúa consumándose en tanto el sujeto pasivo no recobre su libertad, y como en los casos de las desapariciones forzadas la investigación del sumario sólo determinaba el momento en que dicho secuestro se iniciaba pero no la fecha en que la persona secuestrada habría recobrado su libertad o que hubiese efectivamente fallecido, hechos que podrían haber establecido con fecha cierta el cese del estado consumativo a partir del cual podría determinarse si dicha fecha está dentro del período cubierto por la Ley de Amnistía o bien establecer que el fin del secuestro fue posterior pero en tal caso a partir de dicho momento habrían comenzado a correr los plazos de prescripción del delito⁶⁹.

Esta construcción es una ficción jurídica sostenida en que no es posible dar por acreditada fehacientemente la muerte de una persona si es que no se encuentra su cadáver, por lo que en los casos en que hubo detenciones y posteriores desapariciones forzadas de partidarios del régimen de la Unidad Popular bajo la dictadura del general Pinochet, lo que consta es la privación arbitraria e ilegal de la libertad ambulatoria pero en ningún caso la muerte, dándose los efectos explicados en el párrafo anterior. Sin embargo, la idea que sin el hallazgo del cuerpo no pueda acreditarse la muerte u homicidio de una persona, si bien hoy no parece razonable dada la libertad de prueba que rige en nuestro actual sistema procesal penal, tampoco era una regla absoluta bajo el antiguo Código de Procedimiento Penal como expondré a continuación y en esto sigo el razonamiento de la profesora Clara SZCZARANSKI⁷⁰, al cual adscribo.

En efecto, el antiguo Código de Procedimiento Penal (1906) establecía, en sus artículos 108 y siguientes, dos procedimientos distintos tendientes a la averiguación de

⁶⁹ En este sentido ver SCS Rol N° 3085-1999, desaparición de Félix Marmaduque Vargas Fernández, considerandos 4° y ss.

⁷⁰ En este sentido ver SZCZARANSKI CERDA, Clara. "¿Secuestros u Homicidios? Una Lectura del Código de Procedimiento Penal Chileno". En Revista de Derecho N° 10, Diciembre de 2003. Edit. Consejo de Defensa del Estado. Págs. 147 a 160.

un hecho punible cualquiera, lo que incluía a los homicidios. Así, el artículo 110 del C.P.P. (1906) señalaba, en primer término, que “[e]l delito se comprueba con el examen practicado por el juez, auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho; con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó, con documentos de carácter público o privado...” indicando en segundo lugar “... o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia”. Así, en el primer caso se refería a hechos que hubiesen dejado huellas, rastros y señales del mismo, tal como lo especificaba el artículo 112 del cuerpo legal en comento; y en el segundo a aquellos que no las hubiesen dejado, como lo esclarecía el artículo 116 del mismo texto y en este último caso, sentenciaba la norma señalada, “*el juez hará constar por cualquier medio de prueba, el hecho de haber sido cometido...*” y el medio de prueba por excelencia en este caso es el de las presunciones que podían llegar a constituir plena prueba de cumplir éstas con los requisitos que establecía el art 488 del C.P.P. (1906).

En consecuencia y tomando en cuenta lo que disponía el artículo 456 bis del C.P.P. (1906)⁷¹ el juez, para emitir un veredicto condenatorio, debía adquirir la convicción fundada de que de la ocurrencia del delito imputado y de la participación del acusado en el mismo y entonces la pregunta que surge es: si a los jueces que han fallado en el sentido de sostener que, tratándose de desapariciones forzadas se estaría en presencia de secuestros que aún se estarían ejecutando, pues no han aparecido las víctimas, de acuerdo a la forma en que acaecieron las detenciones, efectuadas por agentes de seguridad de la dictadura imperante en el país, el contexto político y represivo que se vivía, la política sistemática de exterminio de opositores implementada por el régimen del general Pinochet, los años transcurridos desde las desapariciones, los hallazgos de

⁷¹ “Art. 456 bis. Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.”

cadáveres de detenidos desaparecidos en fosas comunes, el hecho de que se disolvieron los aparatos represivos de la dictadura sin que hayan aparecido los presuntos secuestrados, etc., de verdad les asiste la convicción de que quienes hasta hoy permanecen como detenidos desaparecidos, aún están vivos y en poder de sus captores. El sentido común pareciera llevarnos a responder a esta pregunta en forma negativa.

En consecuencia, la tesis del secuestro calificado no sólo es criticable de cara a la convicción que el juez debe tener para dictar un fallo condenatorio sino que, además, porque sólo pretende resolver y hacer justicia en los casos de los detenidos desaparecidos por lo que, tratándose de ejecuciones sumarias o torturas cometidas por agentes del Estado durante la dictadura del general Pinochet, no han habido sentencias condenatorias lo que deja una sensación de impunidad o denegación de justicia, al constituir las mencionadas la gran mayoría de las violaciones a los derechos humanos cometidas bajo el régimen militar.

2.3.3.3. Aplicación de los convenios de Ginebra

Otra tesis que se ha elaborado desde la jurisprudencia para dejar sin efecto la aplicación del DL 2.191/1978, consiste en la aplicación de los Convenios de Ginebra a los delitos de lesa humanidad cometidos durante el régimen militar cubiertos por la denominada ley de amnistía, doctrina jurisprudencial que comenzó a plasmarse el año 2007, como se verá más adelante. Sin embargo antes de dicha fecha, querellantes en causas de derechos humanos habían planteado la tesis de inaplicabilidad del mentado decreto ley por contradecir lo dispuesto en los Convenios de Ginebra de 1949, vigentes a la época de comisión de los hechos amnistiados y de la dictación del D.L. en comento, basados principalmente en que los Convenios de Ginebra de 1949 proscribían los crímenes de guerra y hacían imposible que el Estado se autoexonerase de las vulneraciones de las que tratan dichos instrumentos internacionales y además, en que estos tratados establecen como deber de las partes “**tomar todas las oportunas medidas**

legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio...” “Cada una de las Partes Contratantes tendrá la **obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales**, sea cual fuere su nacionalidad”, todo esto según lo establecía el artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y que, según los querellantes, eran aplicables a los casos de homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, entre otras acciones previstas en el artículo 147 del IV Convenio.

Para que los Convenios de Ginebra fuesen susceptibles de aplicación como requisito previo debía establecerse que, previo al 11 de Septiembre de 1973 y en el tiempo inmediatamente posterior, hubo un estado de guerra interna en el país, requisito exigido para la aplicación de los mencionados convenios por sus artículos 2º y 3º que son comunes a los cuatro Convenios de Ginebra, lo que los querellantes fundamentaban en los Decretos Leyes N°s 3 y 5 de 1973 dictados por la Junta de Gobierno militar, entonces en el poder.

La respuesta invariable de la jurisprudencia a dichas alegaciones fue la de su rechazo, fundado en argumentos que a continuación reproduciré y que también tenían eco en la doctrina penal de la época.

En primer lugar, se sostuvo que la existencia de un estado de guerra en la época mencionada era sólo una ficción jurídica⁷² destinada a castigar o reprimir a quienes

⁷² DÍAZ TOLOZA, Regina. “Aplicación de los Convenios de Ginebra por los Tribunales de Justicia Chilenos.”. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 33 N° 2, Año 2006. Págs. 305 a 327. <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n2/art06.pdf>. Última consulta: 02-11-2014.

atentaban contra las fuerzas armadas y de orden que intentaban restablecer la normalidad del país y no se condecía con la realidad imperante en ese entonces, soslayando la aplicación del D.L. 2.191/1978, doctrina jurisprudencial sostenida en numerosos fallos dictados a partir del fallo del caso Insunza Bascuñán del año 1990⁷³, y que rechazó la aplicación de los Convenios de Ginebra solicitada por los querellantes en los casos de derechos humanos en que se debatía este tema.

En este sentido, como ejemplo de lo antes señalado la Corte, en fallo rol 5476-1994 que pone fin al caso Videla Moya, sostuvo que “mediante Decreto Ley N° 3 de 1973, se declaró estado de sitio por conmoción interna el territorio nacional, lo que no importó el reconocimiento de estado o tiempo de guerra en el país, lo cual se dispuso solamente con el objeto de dar aplicación a la normativa penal militar tanto sustantiva, procesal y orgánica, según se deja expresamente consignado en el Decreto Ley N° 5 del mismo año. “No obstante dicha declaración, su carácter limitativo o restrictivo, las circunstancias de público conocimiento que se vivieron en el país los meses posteriores al 11 de Septiembre de 1973, como el hecho que los actos preventivos, previos o preparatorios de un estado o tiempo de guerra no necesariamente lo constituyen o desembocan en éste, por cuanto el acaecimiento de graves trastornos internos podrán permitir la actuación de tribunales en tiempo de guerra, sin que ello signifique que el país esté en estado o tiempo de guerra”⁷⁴. En otros términos, en forma más explícita se sostuvo entonces 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,

⁷³ SCS 24 de agosto de 1990, Recurso de inaplicabilidad. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, N° LXXXVII segunda parte, sección cuarta, pp. 64 a 86.

⁷⁴ SCS Rol 5476-1994, considerando 2° en Revista Chilena de Derecho, vol. 23, n°s 2 y 3, 1996, págs. 456 – 459.

para todos los efectos de dicha legislación”⁷⁵. En consecuencia, la dictación de tales decretos leyes sólo habría tenido por objeto dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión y reprimir en la forma más drástica posible las acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general que se estaban cometiendo a causa de la situación de conmoción interna que vivía el país. “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”⁷⁶ y ello porque “tanto por lo expuesto, como por la circunstancias en que se desarrollaron los hechos con posterioridad al 11 de Septiembre de 1973, no es posible sostener que al interior del país existieron fuerzas armadas disidentes o grupos organizados que, bajo la dirección de un mando responsable ejercieran sobre una parte del territorio nacional, un control suficiente que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concretadas, por lo que resulta inaplicable la perspectiva contenida en los tratados internacionales ratificados por Chile que disponen diferentes reglamentaciones en dicho estado de cosas, como son las Convenciones de Ginebra de 1949.”^{77 78}.

En nuestra doctrina, la profesora Clara Szczeransky también argumentó en el mismo sentido anterior sosteniendo que, al menos formalmente, el 11 de Septiembre de 1973 no se estuvo en presencia de una guerra tal como se exige en los Convenios de

⁷⁵ SCS Rol 559-2004, Voto disidente, considerando 9°.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ SCS Rol 5476-1994, considerando 3° en Revista Chilena de Derecho, vol. 23, n°s 2 y 3, 1996, págs. 456 – 459.

⁷⁸ En este mismo sentido ver SCS CASO IVAN INSUNZA BASCUÑÁN, 24 de agosto de 1990. En Revista de Derecho y Jurisprudencia LXXXVII, segunda parte, sección cuarta, págs. 64 a 86, considerando 26; SCS CASO HERRERA COFRÉ, 03 de diciembre de 1996, Rol 263-1996 en Revista de Derecho y Jurisprudencia volumen 93, tomo II, segunda parte, sección cuarta, 1996, págs. 229 – 238, considerandos 4° y 5°.

Ginebra para hacer procedente su aplicación, aunque extrañamente reconoce que, en cuanto a la realidad histórica de la vivencia de una guerra “sólo destacaremos que los militares de la época presenciaron bombardeos; obedecieron bandos; supieron de sentencias emanadas de reales o supuestos Tribunales de Guerra y ejecutaron las sentencias que éstos, según las oportunidades y lugares, habrían dictado; presenciaron ejecuciones in situ y muertes en fuga de prisioneros; sufrieron la aplicación de la penalidad militar y tuvieron un enemigo definido por el mando. Estas y otras circunstancias de hecho, históricamente concurrentes, no pudieron sino hacer sentir a cada militar que ‘estaba en guerra’, condicionando su opción frente a las órdenes en cada caso recibidas.”⁷⁹. También la profesora Szczaranski sostuvo entonces que “De concluirse que, en Chile, entre 1973 y 1978, hubo una guerra de aquellas a las que son aplicables las normas de Ginebra, procede considerar la nulidad o inexistencia del Decreto Ley 2.191 de 1978, por contravenir los Convenios de Ginebra. Tal conclusión impediría aplicar el Decreto en virtud del principio pro reo ni siquiera como ley intermedia”⁸⁰.

Como dijimos, la tesis doctrinal y jurisprudencial antes señalada, comienza a ser contradicha a partir de la Sentencia de la Corte Suprema en causa rol 3125-04 del año 2007, que pone fin al llamado Caso Chena, y cuya uniformidad se concretó en el período inmediatamente posterior a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caratulada “Almoncid Arellano y otros v/s Chile” de fecha 26 de Septiembre de 2006 el que, si bien sólo argumenta en forma ambigua y genérica respecto de la imposibilidad de amnistiar crímenes de lesa humanidad y desde allí sostiene que el D.L. 2191/1978 es inválido, impone una obligación a los tribunales chilenos de inaplicar dicho Decreto Ley, aunque no señala como hacerlo.

⁷⁹ SZCZARANSKI, Clara. “El Perdón Social”. Ob cit.

⁸⁰ Ibid.

En efecto, el fallo “Almonacid Arellano v/s Chile” dejó establecidos 3 hechos en base a los cuales condenó al Estado de Chile por violar el Pacto de San José de Costa Rica. El primero de ellos es que el crimen del señor Almonacid Arellano es un crimen de lesa humanidad, lo que desarrolla el fallo en sus considerandos 93 y siguientes y lo funda en el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en el artículo 5.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente o Estatuto de Tokyo, elementos vigentes al momento de la ejecución del señor Almonacid Arellano y que reconocían la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional, que proscribía esos crímenes. Además, sostuvo la Corte en el considerando 98 del fallo en comento, que la prohibición de crímenes contra la humanidad fue además corroborada por la Asamblea General de Naciones Unidas que encargó a la Comisión de Derecho Internacional que formulara los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, los que fueron adoptados en 1950 y entre ellos, el Principio VI.c califica al asesinato como un crimen contra la humanidad al igual que lo hace el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, de los cuales Chile es parte desde 1950, finalizando en esta parte el fallo recordando que “desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura (supra párr. 82.5). De igual forma, la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura”, fecha en que se produjo la ejecución

del señor Almonacid Arellano (considerando 103). Por todo lo anterior, la Corte sostuvo que dicho crimen era uno que merecía ser calificado como crimen de lesa humanidad.

Lo segundo que establece el fallo Almonacid es que los crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados, fundamentando esta idea en las resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que, en resumen, sostenían, la primera, que la investigación rigurosa de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, son importantes para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales; y la segunda que los crímenes ya mencionados, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, deben ser investigados y quienes resulten responsables de su comisión, deben ser buscados, detenidos, enjuiciados y castigados, agregando que los Estados no podrán adoptar medidas legislativas ni de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, detención, extradición y castigo de estos crímenes (considerando 106). En el mismo sentido, el fallo invoca Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, junto con los Estatutos de los Tribunales para ex Yugoslavia (Artículo 29) y Ruanda (Artículo 28), además del informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona. La Corte agrega que la obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de los crímenes de lesa humanidad, y por ende la imposibilidad de amnistarlos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, citando al efecto la sentencia “Barrios Altos v/s Perú” de la propia Corte.

Lo último que sostiene la Corte en la sentencia Almonacid es que se condena al Estado de Chile por no haber cumplido su obligación de adecuar su legislación interna a

la Convención Americana de Derechos Humanos una vez ratificada ésta por nuestro país (considerandos 115 y siguientes).

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos condena a Chile por la aplicación del D.L. 2.191/1978 y le ordena dejar de hacerlo, no entrega razones jurídicas para inaplicar dicho decreto ley de cara al ordenamiento jurídico internacional humanitario sino que sólo entrega una suerte de recomendaciones o meros enunciados sin base legislativa y, en consecuencia, la C.I.D.H. deja muchas interrogantes planteadas con su fallo, por ejemplo: al adecuar la legislación y derogar el decreto ley de amnistía se produce el efecto de irretroactividad de la ley penal, es decir, sólo tendrá efectos hacia lo futuro sin embargo los hechos que se pretende juzgar ocurrieron en el pasado. De otra parte, ¿Cómo se puede soslayar el principio de aplicación de la ley penal más favorable al reo que es una norma incorporada al Pacto de San José de Costa Rica?; o ¿es posible aplicar pactos internacionales a hechos ocurridos mucho antes de su ratificación?, entre otras preguntas que el fallo Almonacid no logra responder en forma satisfactoria de cara al respeto de los derechos fundamentales en el proceso penal de quienes aparecen como imputados de los delitos cubiertos por el D.L. 2.191/1978.

Pareciera ser que, a raíz de esta condena al Estado de Chile, pero sobre todo ante la advertencia que el propio fallo Almonacid hace a los tribunales chilenos en su considerando 124⁸¹, la jurisprudencia de la Corte Suprema da un giro respecto de la no aplicabilidad de los Convenios de Ginebra que hasta entonces venía sosteniendo invariablemente. Así, el 13 de marzo del año 2007 la Corte Suprema dicta sentencia en

⁸¹ Sentencia CIDH, "Almonacid Arellano v/s Chile" Considerando 124: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

causa rol 3125-2004 que puso fin al llamado Caso Chena y da inicio a una nueva etapa en cuanto a la aplicación del D.L. 2.191/1978 pero, a diferencia del comentado fallo Almonacid, la Corte Suprema intenta dar sustento jurídico a la inaplicación del D.L. de amnistía de 1978.

En efecto, el fallo antes mencionado comienza por determinar que al 11 de septiembre de 1973 había un estado de guerra interna en Chile, lo que fundamenta en razón de lo siguiente:

1. La Junta de Gobierno en el poder y en ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, las que detentaba en forma exclusiva luego de haber derrocado el 11 de septiembre de 1973 al gobierno constitucional y legítimamente constituido hasta entonces, dictó con fecha 12 del mismo mes y año, el Decreto Ley N° 5 fundado en la situación de conmoción interna en que se encontraba el país y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general". Dicho Decreto Ley, en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo, contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación. Este estado se mantuvo hasta el 11 de septiembre de 1974 cuando, por el Decreto Ley N° 641, se declaró a Chile en estado de sitio en grado de defensa interna, debido a que las condiciones predominantes en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad"⁸², lo que se tradujo en el funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra, con la jurisdicción militar de ese tiempo

⁸² Artículo 6°, letra b) del Decreto Ley N° 641 de 1974.

y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II del Código de Justicia Militar y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra, situación que se mantuvo hasta el 11 de marzo de 1975⁸³.

2. Señala además la Corte, para sostener que en el Chile post 11 de septiembre de 1973 había un estado de guerra, que “más allá de la forma y nombre que se dé a las acciones militares desarrolladas en la referida data, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con «bandos» los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso.”⁸⁴.
3. Otra razón que da la Corte en el sentido que hemos venido comentando, es colegir el estado de guerra imperante en el país dado el nombramiento oficial de un General en Jefe de un Ejército especialmente designado para combatir a rebeldes organizados, en la especie la junta de gobierno, y la convocatoria de los Consejos de Guerra, según lo disponen los artículos 72, 73, 418 y 419 del Código de Justicia Militar. Así, los Decretos Leyes N°s. 3 y 13 de 1973 señalaban que la Junta de Gobierno ha asumido “las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia⁸⁵”, y que, “con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra”⁸⁶, detallando el Decreto Ley N° 13, en su artículo único, que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician “en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe.”⁸⁷. La Corte agrega que, durante ese tiempo, ella debió inhibirse de intervenir en los procesos judiciales especialísimos que en

⁸³ SCS rol 3125–2004 de 13 de marzo de 2007, considerando sexto.

⁸⁴ SCS rol 3125–2004 de 13 de marzo de 2007, considerando séptimo.

⁸⁵ Decreto Ley N° 13 de 1973, fundamento 1.

⁸⁶ Decreto Ley N° 13 de 1973, fundamento 2.

⁸⁷ SCS rol 3125–2004 de 13 de marzo de 2007, considerando octavo.

tales circunstancias surgen y ceder a la vigencia de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, “radicando la totalidad de la superintendencia del ejercicio jurisdiccional, aún disciplinaria, exclusivamente en el General en Jefe particularmente nombrado para superar la emergencia”, excluyendo toda posibilidad de inmiscuirse de cualquier otra autoridad de la jurisdicción ordinaria que no se encontrase incluida en la organización jerárquica, autónoma e independiente de los tribunales militares en dicho tiempo lo que, a juicio de la Corte, confirmó la existencia del estado de guerra⁸⁸.

4. También la Corte sostiene que el estado de guerra está refrendado por declaraciones de autoridades político militares y doctrina jurisprudencial de la época, emanada de fiscales militares y consejos de guerra. Así, en resolución de 31 de julio de 1974, dictada en el proceso N° 1-73 que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país, la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra sostuvo que “... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando de hecho ella existiere”. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF.AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho”, extendiéndose a continuación el fallo indicando las razones de por qué se consideraba que el país estaba en estado de guerra⁸⁹. Continúa el argumento de la Corte sosteniendo que el Consejo de Guerra de Temuco, con fecha 16 de octubre de 1973, en causa rol N° 1449-73 concluyó: “... es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre últimos, hechos que están previstos -para tal calificación- por el artículo

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ SCS rol 3125-2004 de 13 de marzo de 2007, considerando noveno.

418 del Código de Justicia Militar”⁹⁰. En este mismo sentido, la Corte se refiere a un discurso pronunciado por el general Pinochet, entonces presidente de la Junta de Gobierno, al cumplirse un mes de la constitución de la misma. En el fallo de la Corte no se transcribe la parte pertinente, pero sin duda es ilustrativo citarlo. El discurso señalaba: “Los siniestros planes para realizar una masacre en masa de un pueblo que no aceptaba sus ideas, se habían preparado en forma subterránea. Países extranjeros enviaron armas y mercenarios del odio para combatirnos; sin embargo, la mano de Dios se hizo presente para salvarnos, a pocos días, antes de consumarse tan horrendo crimen. Hoy sabemos qué habría ocurrido, ya que los documentos encontrados así lo indican: el marxismo internacional hubiera desatado la guerra civil, en cumplimiento de sus siniestros planes, y la vida de más de un millón de chilenos, se habría segado a sangre y fuego...” “...Por ello, subsisten el estado de guerra interno y el estado de sitio, del cual la ciudadanía tiene que tomar cabal conciencia, porque de su espíritu de responsabilidad, depende el éxito de nuestras gestiones de paz y concordia, en que estamos empeñados para el bien de Chile y de sus hijos”⁹¹. La Corte en su argumentación sostiene que “estas ideas fueron refrendadas en el documento oficial emitido por el Ejército de Chile en respuesta a la entrega del informe emanado de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el que en su sección 2.g) expresa: «sólo por eso, la guerra civil revolucionaria pudo conjurarse en fase larvada, sin que ella estallara en todas sus dimensiones. Pero persistió la guerra subversiva. Hoy, para algunos observadores ligeros y desinformados de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan como indefenso». «Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que, para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ A un Mes de la Constitución de la Junta de Gobierno. PINOCHET, Augusto. Discurso pronunciado el 11 de Octubre de 1974. <http://www.beersandpolitics.com/discursos/augusto-pinochet/a-un-mes-de-la-constitucion-de-la-junta-de-gobierno/1000> . Última visita: 06/07/2014.

preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras esos grupos no fueran militarmente anulados». «Pero el Informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los derechos humanos»⁹².

5. Un último argumento usado por la Corte Suprema para sostener que en el Chile inmediatamente anterior al 11 de Septiembre de 1973 y en los años posteriores hubo un estado de guerra y sobre esa tesis establecer la procedencia de la aplicación de los Convenios de Ginebra es señalar, de acuerdo a todos los argumentos dados precedentemente, que fue el propio gobierno de facto de la época quien hace un reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior reiterando que el artículo 418 del Código de Justicia Militar “entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial” y los Decretos Leyes N°s. 3 y 5 de 1973 son una constatación oficial de dicho estado de guerra, reafirmado por el Decreto Ley N° 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse, según su artículo 6° literal b), “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”⁹³.

La virtud de la construcción dogmática de la Corte Suprema, a la que me he venido refiriendo, radica en que a través de sostener que a la época del golpe de estado de 11 de Septiembre de 1973 Chile se encontraba en estado de guerra, es posible dar aplicación a los Convenios de Ginebra, cuerpos normativos ratificados por Chile y

⁹² SCS rol 3125–2004 de 13 de marzo de 2007, considerando décimo.

⁹³ SCS rol 3125–2004 de 13 de marzo de 2007, considerando undécimo.

publicados en el Diario Oficial en los años 1949 y 1950 respectivamente⁹⁴, lo que los hace plenamente aplicables a la fecha del quiebre institucional y prescinde de los problemas que presenta otra normativa internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de San José de Costa Rica, ambos ratificados y publicados en el diario oficial a la vuelta de la democracia. Así lo destaca la Corte sosteniendo que el Decreto Ley N° 5 “interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era «para todos los efectos de dicha legislación», o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.”⁹⁵.

Entonces, dado que la Corte Suprema estableció que el territorio nacional se encontraba, en la realidad y jurídicamente, en estado de guerra interna lo que constituiría un conflicto armado no internacional que se habría comenzado a gestar un poco antes del 11 de septiembre de 1973, su fecha culmine, y de esta forma la aplicación del artículo 3° común de los Convenios de Ginebra está fuera de discusión, pues esta norma prescribe expresamente tal situación como presupuesto de aplicación de tales pactos internacionales⁹⁶. En consecuencia, al aplicarse el artículo 3 común de los Convenios de

⁹⁴ Sin embargo, como se podrá apreciar infra, la argumentación de la Corte Suprema es diferente al momento de solucionar el problema relacionado con la prescripción de la acción penal, en donde se refugia en la consideración de que existían normas de *ius cogens* vinculantes para el estado de Chile que hacían imprescriptible los delitos de lesa humanidad. Esta argumentación también es utilizable para fundamentar la prohibición de amnistiar dichos delitos, sin embargo, en este trabajo se prefirió destacar la línea argumental referente a la interpretación del DL 2.191 y las normas vigentes al momento de comisión de los ilícitos, tanto por su mayor fortaleza argumental, como porque, desde mi punto de vista, la utilización del *ius cogens* se relaciona más bien con la salida al problema de la prescripción de la acción penal que al problema del DL 2191/1978.

⁹⁵ SCS rol 3125–2004 de 13 de marzo de 2007, considerando undécimo

⁹⁶ El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra señala lo siguiente:

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

Ginebra a casos de conflicto armado no internacional y existiendo de hecho y jurídicamente tal situación en Chile en el tiempo inmediatamente anterior y posterior al 11 de Septiembre de 1973, quedaban prohibidos entre los bandos beligerantes el trato inhumano, ejecuciones sumarias y torturas, situaciones que se dieron de manera masiva y sistemática a partir de esa fecha.

Luego, al relacionar el recién mencionado artículo 3° con los artículo 146⁹⁷ y 147⁹⁸ del IV Convenio de Ginebra la Corte Suprema concluye que “el estado de Chile,

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

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
 - b) la toma de rehenes;
 - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y enfermos serán recogidos y asistidos.

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

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

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

⁹⁷ Artículo 146 IV Convenio Ginebra - Sanciones penales. I. Generalidades

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

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

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

se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra las personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe”⁹⁹ ¹⁰⁰, por lo que estaría prohibido para Chile amnistiar hechos delictuales en el marco de un conflicto armado interno, consistentes en infracciones graves para la convención, pues esta amnistía iría en contra del mandato de los Convenios¹⁰¹ por ende, el Decreto Ley 2.191 de 1978, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto de las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia”¹⁰².

Como puede apreciarse, esta doctrina jurisprudencial va mucho más allá de lo que propone la CIDH en el fallo Almonacid, intentando dar fundamentos sólidos a la inaplicación del D.L. de amnistía de 1978 en razón de la aplicación jerárquica de los

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

⁹⁸ Artículo 147 IV Convenio Ginebra

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

⁹⁹ SCS rol 3125–2004 de 13 de marzo de 2007, considerando decimoséptimo.

¹⁰⁰ En este sentido ver también SCS Rol 468-98, considerando décimo.

¹⁰¹ Artículo 148 IV Convenio Ginebra. Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.

¹⁰² SCS rol 3125–2004 de 13 de marzo de 2007, considerando Vigésimo Quinto.

Convenios de Ginebra, sin embargo, no ha estado exenta de críticas. Así, se ha dicho que la Corte incurre en un salto argumentativo que supone a la pena como único mecanismo de cumplir con lo exigido en los Convenios de Ginebra, específicamente en el artículo 148 del IV Convenio lo que, de acuerdo a lo que sostiene el profesor Juan Pablo MAÑALICH, es transformar deberes y garantías que contiene el derecho internacional en deberes de punición irrestricta de violaciones a los derechos humanos, lo que sería incorrecto pues en los Convenios de Ginebra no existiría, a su juicio, “un principio de proscripción de amnistías al término de un conflicto armado, sino (...) reglas que definen estándares mínimos de trato de individuos involucrados en tales conflictos”¹⁰³. En este sentido, Ximena FUENTES Torrijo ha sostenido que no existiría una obligación absoluta de juzgar y castigar a los responsables de graves violaciones a las Convenciones de Ginebra, la que ubica en el artículo 146 del IV Convenio, por cuanto el ámbito de aplicación de estas convenciones es la guerra internacional, ello fundado en que si bien el artículo 146 habla en general de infracciones graves contra el Convenio en su conjunto, lo que incluye al artículo 3 común, y el artículo 147 describe como infracciones graves las conductas prohibidas por el artículo 3, debe tenerse presente que la intención de las partes negociadoras del Convenio fue sólo establecer ciertas obligaciones de comportamiento sustantivas relativas al trato que debe darse a los insurgentes o rebeldes en casos de conflicto interno y que en el año 1949 no se pensaba en incluir en el tratado, obligaciones relativas a la responsabilidad penal individual, o a la prohibición de amnistías o la prohibición de prescripción de la acción penal y por lo mismo hay quienes no dudan en sostener que el artículo 146 no es aplicable a casos de conflicto interno, calificando la interpretación que la Corte hace de los artículos señalados como “creativa”¹⁰⁴.

¹⁰³ MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. páginas 173 y siguientes.

¹⁰⁴ En este sentido, FUENTES TORRIJO, Ximena. “Derecho Público”, en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 2, año 2005, págs. 1193 a 1220.

Respecto de lo anteriormente planteado cabe señalar, en cuanto a que los artículos 146 y siguientes sólo tendrían aplicación en caso de un conflicto internacional, que lo cierto es que el artículo 3, en su penúltimo inciso, contiene una norma que, a mi entender, manifiesta la intención de hacer aplicable la totalidad de los Convenios a los casos de conflictos armados, y que sostiene “2”, lo que se ve reforzado por toda la normativa del IV Convenio de Ginebra que, de acuerdo a su título, se refiere “A La Protección debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra” y por tiempo de guerra, según la primera parte del artículo 3, no sólo debemos entender la internacional sino también la guerra interna todo lo cual hace aplicables los artículos 146, 147 y 148 del IV Convenio de Ginebra a los casos de violaciones a los derechos humanos acaecidos durante la dictadura chilena y hacen imposible la aplicación del D.L. 2.191/1978 a su respecto, al ser inaplicable por inconstitucionalidad fundado en las normas ya citadas y en la aplicación de los principios de pacta sunt servanda, bona fide y lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena Sobre Derechos de los Tratados que dispone que una norma de derecho interno no puede dejar sin efecto una norma de derecho internacional y, en consecuencia, el D.L. 2.191/1978 no debiese haber sido dictado jamás, sobre todo considerando que, a la fecha en que entró en vigencia la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia era que la normativa internacional de Derechos Humanos, si bien tenía un valor inferior a la Constitución, su rango era superior al de la ley.

Además de lo anterior, estimo que no existe un deber irrestricto de punición de violaciones a los derechos humanos en la norma del artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, pues ella exige como obligaciones de los estados, tomar medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el Convenio, a las que se refiere el artículo 147, buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones y hacerlas comparecer ante los propios tribunales, o entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes. Como

puede apreciarse, las obligaciones impuestas a los estados por los Convenios de Ginebra, son de dos tipos: las primeras son en el plano legislativo e importan que el estado parte debe dictar leyes para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el Convenio; y las segundas son de orden procesal penal e importan buscar a las personas acusadas de cometer, por si o terceros, infracciones graves a los Convenios, hacerlas comparecer ante los propios tribunales o entregarlas para que sean juzgadas por otra de las partes del pacto. En ningún caso se exige aplicar un castigo efectivo a quienes sean condenados por la comisión de las antedichas infracciones, sino sólo un deber de comparecencia y juzgamiento y es más, se exige como obligación a los estados que se respeten todas las garantías y derechos procesales de los inculcados. Es decir, las penas impuestas por la comisión de dichas violaciones graves, a la luz de los Convenios de Ginebra, en teoría podían ser objeto de amnistías impropias y de prescripción, pero respecto de ellos no podían dictarse autoamnistías pues por los Convenios de Ginebra, especialmente por el artículo 148 del IV Convenio, está vedado a los estados “exonerar de responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante...” respecto de las graves violaciones de las que trata el artículo 147 del IV Convenio, es decir, existe una prohibición a las Partes Contratantes de dictar normas que tengan por finalidad eludir la persecución de las responsabilidades criminales del Estado o sus agentes, siendo éste precisamente el caso del D.L. 2.191/1978. Asimismo, como ya señalé, las violaciones a los derechos humanos y demás delitos que no estén mencionados en dicha norma, pueden ser amnistiados y objeto de aplicación de la prescripción de la acción penal o la pena. Esta es la única interpretación posible para que el artículo citado conviva conjuntamente, al interior del tratado, con la norma del artículo 6 N° 5 del II° Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra que sostiene: “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.”.

En consecuencia desde la óptica de los Convenios de Ginebra, si bien no existe un mandato de punición irrestricta de violaciones a los derechos humanos que pueda deducirse de su aplicación, sí es posible sostener una inaplicabilidad del D.L. 2.191/1978 y desde allí dar un salto hacia la determinación de responsabilidades y una dictación de condena y eventual castigo a los culpables de violaciones a los derechos humanos en el período cubierto por la Ley de Amnistía, fundándose en la legislación aplicable en ese entonces, con el supuesto único escollo de la prescripción de la acción penal, o de la pena en su caso, a lo que me referiré más adelante.

En el mismo sentido anterior el profesor Jorge Mera Figueroa¹⁰⁵ ha sostenido, en un intento de compatibilizar la vigencia y aplicación del D.L. 2.191/1978 con los tratados internacionales vigentes a la época de su dictación, específicamente con los Convenios de Ginebra, que para el año 1978 el Estado de Chile se había obligado a cumplir, en situaciones de conflictos armados externos e internos, con estándares mínimos de trato de individuos participantes en dichos conflictos y, como vimos, también contrajo la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves señaladas en el tratado, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. y si bien, desde el punto de vista del profesor Mera la sola alegación de la existencia de una norma internacional no es suficiente para hacerla operacional sin más por los tribunales de justicia, sin duda su existencia debe necesariamente ser tomada en cuenta al momento de aplicar las normas jurídicas internas imperantes en la época o de crear nueva normativa, lo que necesariamente debe ser hecho a la luz y en concordancia con los tratados que Chile suscribió, lo que no ocurrió al dictarse el D.L. 2191/1978 dada su evidente contradicción con los artículos 146, 147 y 148 del IV Convenio de Ginebra y el artículo 6 N° 5 del II° Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, como ya se

¹⁰⁵ MERA, Jorge. "El Decreto Ley de Amnistía y los Derechos Humanos". En Estudios de derecho penal, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 30, año 1994. Edit. Universidad Diego Portales, páginas 25 a 30.

analizó y en tal sentido el profesor Mera plantea que “los tribunales de justicia, interpretando correctamente el decreto ley 2.191/1978 de amnistía, pueden y deben llegar a la conclusión de que no se incluyen en él a las violaciones graves de los derechos humanos. No se trata, por consiguiente, de que dicha amnistía carezca de valor jurídicos en términos absolutos. Su aplicación a múltiples otras situaciones es válida”¹⁰⁶, es decir, con la interpretación que propone el profesor Mera apunta a distinguir entre graves violaciones a los derechos humanos, otras violaciones a los derechos humanos no graves y otros delitos que no importen violaciones a los derechos humanos y de esta forma sostener que no toda violación de dichos pactos implica la obligación estatal de perseguir aquellos delitos sino sólo aquellas que se consignan en el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra, por lo que tratándose de este tipo de violaciones no regiría el D.L. 2.191/1978, en cambio tratándose de violaciones a los derechos humanos no incluidas en dicho artículo y delitos comunes, el Decreto Ley de Amnistía sigue plenamente vigente y es posible aplicarlo.

2.3.4. Soluciones Políticas que han buscado invalidar el Decreto Ley 2.191/1978 de Amnistía

2.3.4.1. Ley que derogue el D.L. 2.191/1978.

Una de las opciones que se ha propuesto para, eventualmente, asegurar el juzgamiento de los sujetos que cometieron violaciones a los derechos humanos durante la dictadura, militar del general Pinochet, es la dictación de una ley que derogue el D.L. 2.191/1978. Esta alternativa, contemplada dentro de las facultades del poder legislativo en Chile, “no ofrece obstáculos respecto de su constitucionalidad, pudiendo bastar para ello con una ley simple, que no exige quórum especialmente elevado”,¹⁰⁷ y con ello, evidentemente, eliminar el D.L. 2.191/1978 de nuestro ordenamiento jurídico y de esta

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

forma cumplir con el mandato que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio a Chile en la sentencia Almonacid Arellano v/s Chile. Sin embargo, respecto de la dictación de una ley como la descrita hay que tener en cuenta dos temas importantes de cara al efectivo juzgamiento de los acusados de violar los derechos humanos durante el período 1973 a 1978.

En primer lugar, una ley derogatoria del D.L. de Amnistía importa la declaración y aceptación por parte de poder legislativo, de la validez del mencionado decreto durante el tiempo que estuvo vigente¹⁰⁸, es decir, significa la negación expresa por parte del poder legislativo de la tesis nacional, pero también de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresada en los fallos Barrios Altos, La Cantuta y Almonacid Arellano, que aboga por la invalidez del D.L. 2.191/1978 por constituir éste una auto-amnistía.

En segundo lugar, es necesario preguntarse sobre el real alcance de la derogación del D.L. en comento o más bien sobre la efectividad que tendría una normativa como esta sobre el efectivo juzgamiento de los procesados por las violaciones a los derechos humanos cometidas desde el 11 de septiembre 1973 hasta el 10 de marzo de 1978, tiempo durante el cual el decreto ley buscó amnistiar dichos ilícitos, pregunta que nos conduce al debate sobre la aplicación retroactiva de la ley penal para lo que debemos analizar la normativa aplicable respecto a los efectos de la ley penal en el tiempo, a saber, artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República (1980) y el artículo 18 incisos 1 y 2 del Código Penal que consagran la idea de que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

¹⁰⁸ En este sentido, MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. página 193.

En base a estos cuerpos normativos, una parte importante de la doctrina considera que, como la ley solo produce efectos hacia el futuro, los sujetos procesados podrían alegar la aplicación del D.L. 2.191/1978. De esta forma, siendo la ley derogatoria una norma desfavorable para el imputado, posterior a la dictación del D.L. 2.191/1978, que tendría el carácter de ley intermedia, no podrían los sujetos procesados ser privados de los beneficios que este decreto establece. En este sentido, se ha sostenido por autores como GARRIDO MONTT que el artículo 18 del Código Penal no exige, para la aplicación de la ley intermedia, que ésta se encuentre vigente al momento de la sentencia sino que basta con que haya sido promulgada, por lo que de las tres leyes aplicables al caso en concreto, esto es, la vigente al momento de los hechos, la intermedia que fue derogada y la vigente al momento del juzgamiento, el juez debe seleccionar la más favorable¹⁰⁹. En el mismo sentido también POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ¹¹⁰ y CURY¹¹¹.

En contra de esta postura, hay quienes consideran que una ley intermedia, es decir aquella que se ha promulgado después de ejecutado el hecho y ha cesado de regir antes de que se pronuncie sentencia de termino, no debe aplicarse al caso en concreto. De esta forma, CORREA sostiene que, a su parecer, no es claro que una ley intermedia, es decir, dictada después de la comisión de los hechos y derogada antes de dictada la sentencia, consagre derechos para los autores de crímenes de lesa humanidad. Agrega que “el principio de legalidad pretende evitar que las personas sean juzgadas por crímenes establecidos con posterioridad a su comisión, es decir, desconocidos por ellas o en condiciones diferentes de las establecidas por las normas jurídicas vigentes a la fecha de la perpetración del delito. Se pretende así dar una garantía a las personas de que no serán juzgadas por delitos que no existían al ejecutarse la conducta que luego es punida”

¹⁰⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, Páginas 110-111.

¹¹⁰ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. Cit. págs. 132 y siguientes.

¹¹¹ CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Séptima Edición. Santiago, 2005, pág. 232.

¹¹². En este sentido, reflexiona el autor citado, los culpables de cometer delitos de lesa humanidad durante la dictadura del general Pinochet, estaban bajo el imperio de las normas establecidas en el Código Penal a la época de los hechos, que sancionaban los delitos de secuestro, homicidio y apremios ilegítimos, de lo que el autor colige que, como son los tribunales los que deben declarar la procedencia de la amnistía en el caso concreto y estos deben aplicar el derecho vigente al momento de los hechos y al tiempo de dictar sentencia, si no hubiere contradicción entre ambos, pero no debieran considerar una norma dictada con posterioridad a los hechos y que dejó de tener vigencia con anterioridad a la dictación de la sentencia.¹¹³.

MAÑALICH¹¹⁴ al respecto, explica que el debate acerca de si aplicamos o no la ley intermedia no descansa, como podría pensarse, en el principio de legalidad o de retroactividad de la ley penal más favorable pues por definición, explica el citado autor, toda ley intermedia es una ley que se aplicará retroactivamente ya que ésta, en realidad, no se encontraba vigente al momento en que se cometieron los ilícitos¹¹⁵. Es así que la aplicación retroactiva de una ley no es debido a la aplicación del principio de legalidad, sino que se debe a la aplicación del principio de “favorabilidad”. Entonces, continua el autor, “la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable, sólo resulta recortado allí donde rige el principio de favorabilidad, que ordena la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable”¹¹⁶, lo que estaría establecido en el artículo 18 incisos 2° y 3° del Código Penal. Para MAÑALICH, la diferencia entre el principio de irretroactividad de la ley penal más desfavorable y el principio de favorabilidad radica en que el primero pretende asegurar que “las condiciones de las cuales depende la punibilidad del hecho juzgado hayan estado vigentes al momento de su comisión” (es

¹¹² CORREA, Cristián. “El Decreto Ley de Amnistía: Orígenes, Aplicación y Debate Sobre su Validez”. En Justicia, Derechos humanos y el decreto de amnistía. Coord. Paulina Veloso. Editado por PNUD, 2008, página 60.

¹¹³ CORREA, Cristián. Ob. Cit.

¹¹⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. Págs. 195 y ss.

¹¹⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. págs 195 y 196.

¹¹⁶ *Ibíd.*

decir principio de legalidad) y el segundo, el principio de favorabilidad, pretende “asegurar que el quebrantamiento imputable de la norma de comportamiento que es reprochado jurídico-penalmente sea, al momento de la adjudicación, merecedor de la misma respuesta punitiva establecida por la norma de sanción vigente al momento del hecho.”¹¹⁷. Así, MAÑALICH considera que, como el principio de favorabilidad exige que haya congruencia entre el estatus jurídico penal al momento de la comisión de ilícito y a momento de su juzgamiento, lo que se intenta evitar con dicho principio es que exista una respuesta punitiva excesiva mirado como “concreción” del principio de culpabilidad, para lo cual lo único relevante son la ley al momento del hecho juzgado y la ley vigente al momento de juzgamiento del hecho, por lo que el principio de favorabilidad no ofrece fundamento alguno para la aplicación de la ley intermedia como ley más favorable”¹¹⁸.

De otro lado, hay quienes sostienen que cuando la ley ordena que se aplique el estatus jurídico menos riguroso, lo hace más por razones humanitarias y por aplicación del principio pro-reo que por razones de merecimiento de pena¹¹⁹. En el mismo sentido se pronuncia ETCHEBERRY agregando como fundamento de este principio que “no resultaría justo perjudicar al reo por una demora en su proceso, que generalmente no le es imputable.”¹²⁰.

En este sentido, me parece que el principio de favorabilidad descansa más bien en el principio de proporcionalidad y en la prohibición de exceso, pues si el legislador estima que un determinado hecho hoy debe ser penado en forma más benigna o no ser castigado, no puede sostener racionalmente un criterio diverso para hechos cometidos antes de que cambiase su postura al respecto. Dice relación también con una cierta

¹¹⁷ Ibid. 197.

¹¹⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. Pág. 200.

¹¹⁹ CURY URZÚA, Enrique. Ob. Cit.

¹²⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. pág. 148.

“congruencia que debe mantener el ordenamiento jurídico entre la reacción punitiva del Estado al momento de la imposición de la pena y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena, expresada en la ley penal vigente en ese mismo momento”¹²¹ y además con la igualdad ante la ley pues, dos personas que han cometido el mismo hecho punible, no pueden ser objeto de distinto reproche penal, aquello atenta contra mínimos criterios de justicia y en este sentido, MAÑALICH sostiene, con razón, que “una respuesta punitiva que disociase estrictamente la validez formal de un determinado régimen jurídico vigente en un tiempo pasado, de un lado, de las razones sustantivas a su favor que ya no son, en el tiempo presente, mantenidas con igual vigor, de otro, sería la respuesta propia de un Estado paranoide acerca de la fuerza vinculante de sus normas jurídicas; esto es, la respuesta propia de un Estado autoritario.”¹²².

De otro lado, resulta interesante hacer notar que el D.L. 2.191/1978 no sería, en rigor, una ley intermedia debido a que el debate, en abstracto, sobre las leyes intermedias radica en un supuesto ligeramente diferente al cual nos enfrentamos. En efecto, el supuesto base de las leyes intermedias implica que éstas no han sido dictadas para tener vigencia retroactivamente, sino que para que sean aplicadas desde una fecha determinada hacia el futuro, siendo más benevolentes que la primera norma que remplazan o derogan. Luego, estando ya vigente la ley más benevolente, se dicta una tercera norma que deroga aquella que era más benévola, siendo esta tercera ley menos favorable al imputado, sea porque vuelve a imponer el status de la primera ley o porque aplica un status menos grave que la primera pero más grave que la segunda y es durante la vigencia de esta tercera ley cuando se produce el juzgamiento del hecho cometido. En este sentido, se ha sostenido que cuando se aplica retroactivamente una ley intermedia como ley penal más favorable, se hace por una “revaloración del hecho que ha conducido a desincriminarlo o tratarlo en forma más benigna, a causa de que su

¹²¹ BASCUÑÁN, Antonio. “Ley Penal”. En Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 2, Año 2005, Editorial Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2005, págs. 361 a 385.

¹²² MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. págs. 200 y 201

reprobabilidad social ya no se juzga tan intensa¹²³ al momento de su juzgamiento. Sin embargo, tratándose de leyes temporales "lo que en ellas determinó el elevado desvalor de la conducta fueron las circunstancias en las cuales se ejecutó y el hecho de que la norma haya dejado de regir se debe a una modificación de tales circunstancias, no a una revaloración del hecho que se perpetró cuando ellas todavía persistían"¹²⁴.

Tratándose del D.L. 2.191/1978, éste fue dictado para tener una aplicación retroactiva durante un periodo de tiempo determinado definido en la misma norma por lo que, en rigor, se trataría de una ley temporal más que de una ley intermedia. En efecto, si bien es cierto las leyes temporales, por lo general, se asocian a eventos excepcionales que obligan a establecer un régimen punitivo más severo mientras dure el periodo de emergencia, lo que las caracteriza es su duración temporal acotada y definida y no que establezcan regímenes punitivos más severos¹²⁵ es decir, "sólo es ley temporal aquella ley dependiente de un modo especial de una circunstancia transitoria"¹²⁶, por lo que nada impide la dictación de una ley temporal que establezca penas más benignas o exima de penas para un delito específico. Así, la dictación del D.L. 2.191/1978 obedeció a la aplicación de un régimen punitivo más benigno a los crímenes cometidos entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, justificado en que la "conmoción interna" que había existido en Chile ya había sido superada y se había instalado, a entender de la cúpula de la dictadura militar, 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"¹²⁷. De esta forma,

¹²³ CURY URZÚA, Enrique. Ob cit., pág. 233.

¹²⁴ CURY URZÚA, Enrique. Ob cit.

¹²⁵ En este sentido ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. 2ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 169.

¹²⁶ JAKOBS, Günther. "Derecho Penal. Parte General". Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2ª Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1991, pág. 118.

¹²⁷ Decreto Ley 2.191 de 1978. Considerandos 1º y 2º.

independiente que dicha justificación pueda considerarse válida o no, formalmente el D.L. 2.191/1978 fue dictado para regir durante un periodo de tiempo determinado, por una razón coyuntural más bien específica, y una vez agotado su tiempo de vigencia volvió a aplicarse el régimen normal establecido en el Código Penal para los delitos a los que hace referencia el D.L. de amnistía de 1978, menos benigno, lo que no importa desde ningún punto de vista, la derogación del mentado decreto ley por un cambio de criterio del legislador. Así las cosas, pareciera más adecuado considerar dicho decreto ley como una ley temporal que como una ley intermedia¹²⁸.

Dicho lo anterior, por la declaración expresa de que tendrá efectos retroactivos, desde el punto de vista legislativo el D.L. 2.191/1978 rige como si hubiese sido dictado y publicado el 11 de Septiembre de 1973 y lo hizo hasta el 10 de Marzo de 1978 y de esta forma, cabe preguntarse qué ocurre con los hechos cometidos durante el período de vigencia de la ley temporal y que son juzgados después de que éste ha terminado. En este sentido la doctrina ha sostenido, en referencias a leyes temporales más rigurosas que la legislación a la que hacen excepción, que debe arreglarse a ella su juzgamiento aún por sobre el principio de favorabilidad¹²⁹, esto es, aún si la ley común es más favorable al imputado que la ley temporal. Esta ultractividad de la ley temporal “resulta necesaria desde el punto de vista de la pena, pues, en caso contrario sería fácil hacer ineficaz la ley penal temporal mediante el recurso de prolongar los procesos”¹³⁰ y si ello es así tratándose de leyes que son más rigurosas para el imputado, con mayor razón entonces, se estará a ella si la ley temporal es más favorable al imputado. Por lo demás, varios códigos penales comparados han resuelto la cuestión en el sentido planteado, tales como

¹²⁸ En este sentido ver CURY URZÚA, Enrique. Ob. Cit. Págs. 232 y 233 y ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. Pág. 150.

¹²⁹ En este sentido ver MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. pág. 198.

¹³⁰ BUSTOS, Juan. Ob. Cit. Pág. 400.

el alemán, el italiano y más cerca nuestro, el peruano¹³¹. En la especie, el D.L. de Amnistía de 1978 estableció que la comisión de determinados hechos punibles se juzgarían de una manera más benigna a la ordenada por el Código Penal, debido a una situación excepcional en la cual se encontraba el país, entonces podría sostenerse que una ley posterior que derogue el señalado Decreto Ley importaría una declaración expresa del legislador de que dicha situación excepcional en que se fundó el D.L. 2.191/1978 no existió y que debiese aplicarse, por tanto, para los hechos delictivos a los que dicho texto legal se refiere, el régimen punitivo normal establecido en el Código Penal a la fecha de ocurrencia de los hechos, por lo que dicha derogación sólo importaría la modificación de la forma en que el legislador entiende el desvalor de los ilícitos cometidos entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978 y la necesidad de castigarlos o no, pero en ningún caso ello se traduciría en la dictación de una ley penal más desfavorable y su aplicación retroactiva.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, buscando armonizar esta idea con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, MAÑALICH ha sostenido que, al derogar el D.L. 2.191/1978 recupera vigencia la ley penal vigente al momento de acaecer los hechos cubiertos por el D.L. de Amnistía por lo que, en rigor, no se infringiría la prohibición de la retroactividad de la ley penal más desfavorable que supone la dictación posterior de una legislación que castigue los hechos en forma más severa, prohibición que tiene rango constitucional. Sin embargo, el principio de favorabilidad del que da cuenta la norma en comento, a decir de MAÑALICH, sólo tendría rango legal y podría ser derogado por una ley posterior que dispusiese, además de derogar el D.L. 2.191/1978, la inaplicabilidad de éste como ley posterior más favorable respecto de los hechos cubiertos por dicho decreto ley, sin que procediese esgrimir objeción alguna sobre la base del principio constitucional de legalidad¹³². En

¹³¹ En este sentido ver RODRIGUEZ, Ángel. "La Llamada Aplicación Retroactiva de la Ley Penal Favorable". En Revista Derecho Penal Contemporáneo, N° 29, Octubre – Diciembre 2009. Legis Editores S.A. Bogotá, págs. 111 a 154.

¹³² MAÑALICH, Ob. cit. pág. 198.

este sentido, MAÑALICH señala que “invocar el artículo 18 del Código Penal para objetar la inaplicabilidad del D.L. 2.191/1978 que pudiera seguirse de una eventual ley derogatoria, tal como suele esgrimirse por parte de la doctrina nacional, implica desconocer que el art. 18 del Código Penal es una (“mera”) disposición legal, que como tal puede ser siempre restringida en su alcance y efectos mediante una ley posterior”¹³³.

El autor citado termina su idea diciendo que lo anterior sería cuestionable si instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile reconocieran el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, como en el hecho lo hacen el artículo 15 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9 *in fine* del Pacto de San José de Costa Rica, sin embargo, este principio, según MAÑALICH, no se aplicaría al D.L. 2.191/1978 pues, al ser derogado se transformaría en una ley intermedia y en cuanto tal, no sería cubierto por el mandato de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable pues, no obstante lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, que pareciera dar razón a la aplicación de una ley intermedia como ley más favorable, aquella consideración resulta neutralizada porque, en primer lugar, “la inclusión de la ley intermedia bajo el alcance del principio de favorabilidad no se adecúa al fundamento material del mismo¹³⁴”, sosteniendo seguidamente el autor en comentario que es posible excluir de la aplicación retroactiva a la ley intermedia más favorable señalando que para ello sólo se requiere “proponer una correlación temporal entre la cláusula referida a la “promulgación” – entendida como entrada en vigencia – de la ley más favorable (“antes de que se pronuncie la sentencia de término”), de un lado, y la cláusula referida al juzgamiento del hecho de conformidad con esa ley, de otro, de manera tal de introducir, a modo de presupuesto implícito, la condición consistente en que la ley más favorable sea la ley vigente al momento del pronunciamiento de la sentencia de término.”¹³⁵, de esta forma, MAÑALICH sostiene

¹³³ MAÑALICH, Ob. cit. págs. 198 y 199.

¹³⁴ MAÑALICH, Ob. cit. pág. 203.

¹³⁵ MAÑALICH, Ob. cit. Págs.. 204 y 205.

que es posible, tras la derogación del D.L. de Amnistía, enjuiciar y castigar hoy según la ley penal vigente al momento de su comisión, los hechos hechos delictivos cubiertos por dicho decreto ley.

En apoyo de la tesis anteriormente planteada, BASCUÑAN sostiene que el principio de favorabilidad o de aplicación de la ley penal más favorable, tal como está redactado en el artículo 19 N° 3 inciso 7 de la Carta Fundamental, que sostiene que ningún delito puede castigarse con una pena distinta a aquella que establezca una ley promulgada con anterioridad al hecho punible, a menos que una nueva ley favorezca al afectado, no impone sino que permite la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, siendo un deber impuesto por la Carta Fundamental a los tribunales de justicia y al ministerio público, mas no al legislador debiendo, en consecuencia, aplicarse en tanto mandato de optimización que ordena al legislador, realizar el principio en comento en la medida de lo posible, según las posibilidades fácticas y normativas existentes, mas no constituye una norma imperativa, a diferencia de lo que ocurre con la norma de rango legal, del artículo 18 inciso 2° del Código Penal.¹³⁶

No obstante lo anterior, desde mi punto de vista no parece tan simple llegar a la conclusión antes planteada, pues es claro que la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, además de su tipificación legal y su consagración a nivel constitucional, es recogida también en el derecho internacional de derechos humanos. En efecto, un primer esbozo de esta garantía lo podemos encontrar en la Declaración Universal de Derechos humanos¹³⁷. También se encuentra estipulada, con algo más de desarrollo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁸, norma reiterada en el artículo 9

¹³⁶ En este sentido ver BASCUÑAN, Antonio. Ob. Cit. pág. 363.

¹³⁷ Convención Universal de Derechos Humanos, Artículo 11 N° 2: "Nadie puede ser condenado por actos u omisiones que e el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o Internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del ilícito"

¹³⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 15. 1) "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la

de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos bajo el epígrafe “Principio de Legalidad y de Retroactividad” y señalando que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Esta norma “debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana”¹³⁹. Además, si bien es cierto se trata de la consagración de un principio que, en cuanto a tal, establece un mandato de optimización, hay que conceder también que, de la expresión “se beneficiará”, es posible deducir que estamos ante una norma internacional de derechos humanos que impone taxativamente un mandato al legislador y al juez, a saber, establecer una norma interna que ordene en forma aún más perentoria, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable y entre tanto no impedir que el juez realice esta aplicación por ser, la señalada, una norma internacional plenamente vigente entre nosotros en virtud de haber sido ella incorporada a nuestro ordenamiento jurídico según lo dispone el artículo 5° Inciso segundo de la Carta Fundamental y por tanto, intangible para el legislador e incluso para el constituyente derivado, con rango supraconstitucional, tal como lo señalé en su oportunidad. Sin embargo, el debate acerca de si el principio de favorabilidad se encuentra en el mismo pie de la prohibición legal de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable al imputado, pareciera ser que ha sido resuelto por la doctrina en su mayoría. Así, por ejemplo, CURY ha sostenido que “en el régimen de nuestro ordenamiento jurídico la aplicación de la ley penal más favorable es imperativa para el juez. Esto, que constituía una opinión unánime ya antes

comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2) Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá 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.”.

¹³⁹ MALJAR, Daniel. “El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales”. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 95 y 96.

de la reforma de 1972, ha quedado fuera de toda duda con la introducción en el art. 18 del inc. tercero, que obliga a modificar de oficio la sentencia pronunciada en caso de promulgarse una ley más benigna”¹⁴⁰.

Refuerza lo anteriormente dicho, la regla de interpretación que establece el literal b) del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, que establece que ninguna disposición de la Convención puede interpretarse en el sentido de suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella o bien, limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados y es claro que una interpretación de la norma que consagra la garantía de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, como la que he venido criticando, potencialmente, suprime, restringe o limita el goce y ejercicio de dicha garantía, pues para su eliminación o restricción bastaría una norma simplemente legal en contrario, lo que no está permitido ni por la Convención ni por el artículo 5º inciso segundo de la Constitución, ni por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dispone que un Estado parte de la Convención no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, de forma tal que una norma simplemente legal que estableciera la inaplicabilidad del Decreto Ley de Amnistía como ley más favorable, no podría afectar ni anular el principio de favorabilidad por lo que, como ha quedado claro, lo que le está impedido al legislador es realizar acciones o dictar legislación que anule o restrinja el ejercicio de dicha garantía.

No obstante todo lo que se ha dicho anteriormente, aun cuando hipotéticamente fuese aceptable la tesis del rango legal del principio de favorabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, de igual forma, la norma legal que prohibiese aplicar

¹⁴⁰ CURY, Enrique. Ob. Cit. pág. 243.

retroactivamente el Decreto Ley de Amnistía como ley más favorable sería inviable e inaplicable por ser ella contraria a la Constitución, pues impactaría en forma negativa en las condiciones del imputado de cara al proceso penal en el que se viese involucrado tornando su condición penal en más gravosa, por lo que vulneraría el principio de irretroactividad de ley penal desfavorable el que, sin duda alguna, tiene rango constitucional por lo que no es modificable en forma legal y si bien podría sostenerse que la norma que prohibiese la aplicación retroactiva del D.L. de Amnistía no sería una norma de derecho penal sustantivo, lo cierto es que “por ley más benigna debe entenderse, a decir de Mezguer, la situación normativa que coprende *el total estado jurídico* en que se apoya la sanción penal en el caso concreto. De modo que no se limita sólo a la reforma o derogación de un tipo penal en especial cuando existen tanto en la nueva como en la vieja ley otras disposiciones que aplicándolas a la situación concreta con hermenéutica integrativa arrojan como resultado una posición más favorable para el imputado que, quizás si se tomara solo en cuenta la figura del tipo penal atribuido en forma aislada como compartimiento de estanco, el resultado no sería el mismo.”.

En conclusión, como se puede apreciar, la posibilidad de una salida legislativa mediante el uso de una ley derogatoria se presenta, en mi opinión, como meramente simbólica pues, de cara al principio de irretroactividad de la ley penal y el de favorabilidad o aplicación de la ley penal más favorable, su efecto sería nulo sobre el juzgamiento y eventual condena respecto de aquellos hechos punibles cometidos durante el período comprendido entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978 y cubiertos por el D.L. 2.191/1978.

2.3.4.2. Proyectos de leyes interpretativas del D.L. 2.191/1978

Otra de las posibles soluciones al problema planteado por la ley de amnistía es que se interpreten las normas jurídicas que digan relación con la aplicación del D.L. 2.191/1978, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por

Chile y las normas de *ius cogens* relativas a la materia. Así, por una parte se ha propuesto dictar una ley interpretativa que logre unificar la interpretación jurisprudencial, partiendo esta solución desde el legislador, de lo que da cuenta el proyecto de ley presentado por los diputados Juan Bustos, Antonio Leal y Laura Soto y por la otra se plantea una propuesta que dice relación con la actuación de los jueces en la materia y a ello se refiere la propuesta interpretativa del profesor Jorge Mera Figueroa.

En cuanto a la primera propuesta, en el mes de Agosto del año 2005 los diputados Juan Bustos, Antonio Leal y Laura Soto presentaron un proyecto de ley que llevó el número 3959-07 y que establecía una interpretación del artículo 93 del Código Penal en el sentido de señalar que “sus disposiciones no exoneran al Estado de Chile de su obligación de cumplir estrictamente la legislación internacional sobre crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, de hacerlos objeto de una investigación adecuada e imparcial, y que las persona contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes sean buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”. En una clara referencia, en mi opinión, a la interpretación que hace la Corte Suprema de los Convenios de Ginebra y su aplicación respecto de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar encabezada por el general Pinochet.

Dicho proyecto de ley fue aprobado por la Cámara, sin adiciones, sin embargo, luego de pasar por el Senado se le introdujeron variaciones sustanciales a su texto quedando como sigue: “deberá entenderse que no será aplicable a los crímenes de lesa humanidad y de guerra contemplados en las normas imperativas de *ius cogens*, en el derecho consuetudinario internacional y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”, todo ello, obviamente, referido al artículo 93 del Código Penal lo que, al igual que el texto original, deja traslucir un claro fin de apartar a la interpretación legal del concepto de guerra interna como explicación válida para justificar las violaciones a los derechos humanos acaecidas en Chile durante el periodo

comprendido entre los años 1973 y 1978 y armonizar la legislación interna a la legislación internacional humanitaria, pero agrega una referencia al respeto a las normas de *ius cogens*, en un intento de armonizar nuestra legislación con a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo *Almonacid Arellano v/s Chile*, lo que aparece como una novedad y como una propuesta vanguardista en orden a reanocer principios de *soft law* como norma vigente y obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido del proyecto de ley comentado anteriormente se han presentado al Congreso cinco proyectos más, que constan en los Boletines Legislativos N°s 654-07, 1718-07, 3959-07, 6422-07 y el 9773-07 ingresado con fecha 10 de Diciembre de 2014 por mensaje de la Presidenta de la República.

A este respecto es claro que hoy en día, dado el estado de la legislación actual en materia de derechos humanos y su impacto en el ordenamiento jurídico interno y teniendo presentes los principios de derechos humanos vigentes en 1973 y los tratados internacionales entonces vigentes en Chile y en el mundo, la norma del artículo 93 del Código Penal debe ser interpretada pues su sentido y alcance es oscuro, lo que se refleja en la errática jurisprudencia de la Corte Suprema y ello pese a que, a primera vista, la redacción de la norma en comento parece clara, sin embargo debe considerarse, como sostiene CORREA, que “la interpretación de la ley no es sólo un problema sobre cómo deben ser entendidos artículos o textos aislados, sino por sobre todo debe referirse a cómo textos que aún por sí solos puedan parecer tener un tenor claro, requieren ser dilucidados en relación a otras normas de igual o superior rango dentro de la jerarquía normativa. La interpretación debe ser sistemática y acorde con la evolución del sistema legal, por lo que una norma dictada en 1875, por ejemplo, cuyo tenor ha sido claro por

décadas, puede resultar obscuro y requerir ser interpretado como consecuencia del surgimiento de otras normas.”¹⁴¹.

Se ha sostenido que esta alternativa plantea una serie de beneficios en desmedro de las soluciones políticas que se han propuesto para poner término al Decreto Ley de Amnistía, como son la derogación y la nulidad, expuestas en este trabajo. Así, por tratarse de una norma interpretativa no sería objeto de los debates sobre la ultractividad de la ley penal, o dicho de otra forma, sobre efectos de la ley penal en el tiempo¹⁴², como bien lo ha señalado CURY¹⁴³, pues la norma interpretativa se entiende incorporada a la norma interpretada, según lo dispone el artículo 9 del Código Civil, de manera tal que “la ley interpretada y la ley interpretativa se muestran como dos leyes coexistentes en torno al mismo objeto; de aquí se desprende que pueden coexistir en la medida que no se encuentren, entre sí, en antinomia”¹⁴⁴. Esto en principio parece ser correcto, siempre y cuando se trate de una verdadera norma interpretativa y no una que modifique el estatus jurídico penal del imputado que no existía con anterioridad a la dictación de la norma interpretativa.

Otra de las ventajas de dictar una ley que interprete el artículo 93 del Código Penal en el sentido que he venido comentando, es que ella no se limitaría a la sola aplicación e interpretación del D.L. 2.191/1978, sino que, por la generalidad y abstracción de la norma, también abarcaría a otras formas de extinción de responsabilidad penal, “como la prescripción de la acción penal, así como también a instituciones que podrían favorecer a personas ya condenadas por este tipo de delitos, al ser aplicable respecto de la prescripción de la pena y el indulto.”¹⁴⁵.

¹⁴¹ CORREA, Cristián. “El Decreto Ley de Amnistía: Orígenes, Aplicación y Debate Sobre su Validez”. En Justicia, Derechos humanos y el decreto de amnistía. Paulina Veloso (editora) PNUD, 2010, pág. 63.

¹⁴² En este sentido, CORREA, Cristián. Ob. Cit. pág. 64.

¹⁴³ En este sentido ver CURY, Enrique. Ob. Cit. pág. 193.

¹⁴⁴ DUCCI CLARO, Carlos, “Interpretación jurídica”, pág. 46, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

¹⁴⁵ CORREA, Cristián. Ob. Cit. pág. 65.

No obstante lo anterior, la propuesta interpretativa puede ser criticada sosteniendo que, en estricto rigor, la norma interpretativa incluiría en el juzgamiento de una persona, elementos que no estaban vigentes como ley incorporada al ordenamiento jurídico interno al momento de la comisión del delito, es decir, chocaría tanto con el principio de legalidad como con la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable. Tal es el caso de tratados internacionales que no fueron ratificados por Chile sino con posterioridad al año 1989 como por ejemplo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. De otra parte, utilizar normas de *ius cogens* para justificar la condena de los sujetos que cometieron las violaciones de derechos humanos puede ser discutible por no cumplirse, en tal caso, con los requisitos de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, especialmente en sus dimensiones de *ley scripta et stricta*, pues se trata de principios o más bien de declaraciones de principios que constituyen *soft law* y no normas jurídicas propiamente dichas, discusión que se presenta especialmente al momento de discutir si la acción penal para perseguir los hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos están prescritas o no.

Una primera propuesta para rebatir una posible aplicación retroactiva de normas penales más desfavorables para el imputado es interpretar la norma del artículo 93 del Código Penal, limitándola sólo a los tratados internacionales de derechos humanos vigentes a la época de los hechos susceptibles de ser amnistiados por el D.L. 2.191/1978, tal como se ha plasmado en la última jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Así, en primer término solo podría sistematizarse e interpretarse el artículo 93 del Código Penal, al menos para los hechos ocurridos hasta antes del inicio de la década del 90, con los Convenios de Ginebra y otras normas de derecho humanitario vigentes en Chile en dicha época pues, tratados internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y políticos no entraron en vigencia sino hasta después de la vuelta a la democracia.

Una segunda opción a este respecto sería sostener que, si bien la mayoría de la normativa internacional de derechos humanos aplicable a la especie aún no había entrado en vigor internamente en Chile, tal como sucedía con el el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, igualmente es posible aplicarla de modo internacionalmente obligatorio, en razón de los principios de *ius cogens* o por aplicación de la Convención Internaonal Sobre Derecho de los Tratados y al respecto debe tenerse presente que “desde 1948 comienza a desarrollarse un sistema internacional de protección y garantía de los derechos a base de principios de *ius cogens*, derecho consuetudinario internacional y derecho convencional internacional, coadyuvante y complementario del derecho interno de los estados”¹⁴⁶. Además, es claro que al 11 de septiembre de 1973 Chile era parte del sistema universal y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y también había ratificado los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Internacional a través del Decreto Supremo N° 752, de 5 de diciembre de 1950, los que fueron publicados en el Diario Oficial de los días 17 al 20 de abril de 1951 en cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, éste fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, comenzando a tener vigor internacional para nuestro Estado el 10 de mayo de 1972, sin embargo, dicho pacto recién fue publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, rigiendo sólo a partir de dicha fecha, como norma interna obligatoria, ocurriendo lo mismo con la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada por Chile en 1969 y con vigor internacional para nuestro país desde julio de 1978 y que fue recién ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991¹⁴⁷. Por lo tanto, el sistema internacional de protección y garantía de los derechos a base de principios de *ius cogens*, derecho consuetudinario internacional y derecho convencional internacional, coadyuvante y complementario del derecho interno

¹⁴⁶ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 y su Armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 2005, vol.18, no.2 [citado 19 Septiembre 2008], p.107-130. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

¹⁴⁷ En este sentido ver NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Decreto Ley de Amnistía...”

de los estados se encontraba plenamente vigente al 11 de septiembre de 1973 y también al 10 de marzo de 1978 y en tal sentido, nuestra legislación interna, incluida por cierto la dictación de una ley de amnistía, debía adecuarse a dichos principios de aplicación obligatoria.

La idea anterior adquiere aún más fuerza al considerar que el artículo 18 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados dispone que el Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado si lo ha firmado, o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado o bien, si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente. Así, es razonable sostener que al dictarse el Decreto Ley de Amnistía se transgredió esta disposición, puesto que el Estado de Chile se había obligado internacionalmente, mediante la firma de los pactos respectivos, a no hacer nada que fuese en contra de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que sabían o debían saber el Estado y sus agentes, por lo que no es posible sostener que una ley interpretativa del artículo 93 del Código Penal vulnera el principio de prohibición de retroactividad de la ley penal más desfavorable al imputado o de la norma que obliga a la retroactividad de la ley penal favorable, pues la norma que establece dicha favorabilidad, carece de validez legal de cara al derecho internacional humanitario y de derechos humanos vigente a la época y obligatorio para Chile. Esta postura no es contradictoria con la que desarrollé al tratar la derogación de la ley de amnistía, porque en este caso no se trata de derogar por un acto legislativo posterior a los hechos constitutivos de delito, una norma que establece un régimen más favorable a un imputado, sino que se trata de invalidarla por un acto legislativo anterior a dichos hechos que es explicado en su alcance por un acto legislativo posterior, explicación fundada en actos legislativos también anteriores a los hechos y de mayor rango por lo que la

objeción referente a que al imputado se le aplica un régimen más desfavorable, desconocido para él al momento de la comisión de los hechos, desde esta óptica no es rigurosa.

Una propuesta un tanto distinta de lo anteriormente señalado, la sostiene el profesor Jorge MERA Figueroa, proponiendo una forma de interpretación judicial del Decreto Ley de Amnistía¹⁴⁸. En este sentido, MERA sostiene que los tribunales de justicia, interpretando correctamente el Decreto Ley 2.191/1978, pueden y deben concluir que esta norma no ampara, o más bien excluye de su aplicación, los hechos delictivos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos, atribuyéndole valor pero acotándolo sólo a ciertos delitos en cuanto al sujeto activo de los mismos y su forma de comisión. Así, sostiene el autor citado que el Decreto Ley de Amnistía puede ser aplicado a los hechos delictuales acaecidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978 que hayan sido auténticos enfrentamientos armados, situaciones que son del todo excepcionales según el autor; también respecto de aquellas violaciones a los derechos humanos que no revisten el carácter de graves, por no afectar la vida o la integridad corporal o la libertad en forma significativa; además es aplicable a todos aquellos hechos que, dada la amplitud del texto del Decreto Ley en comento, resultaron beneficiados por él pese a haber incurrido en hechos delictivos que nada tenían que ver con la represión ni con la respuesta a la misma; y a quienes cometieron los hechos delictivos descritos en la norma pero ejecutando acciones de resistencia a la dictadura militar.

Si bien la tesis interpretativa de MERA puede ser correcta, su punto débil es que depende únicamente del criterio de los jueces pues no se hace cargo de explicar razonablemente por qué ellos deben aplicar la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, que lo propone en su ponencia, tratado no vigente en Chile como

¹⁴⁸ MERA, Jorge. El decreto ley de amnistía y los derechos humanos. Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Seminarios, Año 1994, N° 30, págs. 25 a 30.

ley interna al momento de cometerse los hechos susceptibles de ser amnistiados, por lo que un juez siempre podrá aplicar la normativa ateniéndose al texto legal únicamente, sin hacer una interpretación sistemática del mismo, efecto que se reduce con la dictación de una ley interpretativa.

2.3.4.3. Proyecto de ley que declare la nulidad del D.L. 2.191/1978.

Otra de las soluciones que se ha planteado y que es posible enmarcar dentro del grupo de las soluciones políticas al tema de la ley de amnistía, es la de dictar una ley que declare nulo el D.L. 2.191/1978.

Esta alternativa se propuso principalmente durante el primer gobierno de la Presidenta Michel Bachelet, concretándose a través de la presentación de un proyecto de ley confecha 2 de Mayo de 2006 y que consta en el Boletín Legislativo 4162-07 y a diferencia del caso anterior, al declarar nulo el D.L. 2.191/1978 el legislador estaría expresando la voluntad del legislador de señalar que la referida ley adolecía de un vicio desde su promulgación y posterior entrada en vigencia, lo que importaría considerar que este jamás nació a la vida del derecho, esto es, implicaría retrotraer el estado de las cosas al momento anterior a que se dictara el mentado Decreto Ley.

El proyecto de ley en comento, se fundó en sostener que la amnistía, en tanto acto de indulgencia frente al vencido, tiene un origen histórico de benignidad, estando sujeta a las limitaciones que emanan de los tratados internacionales. Además se esgrimía como antecedente del proyecto de ley, el que no es posible dar la denominación de “amnistía” a las tentativas de encubrimiento, bajo la modalidad de amnistías al revés o autoamnistías, pues estas figuras no cumplen con los presupuestos básicos de la institución (como se vio en su oportunidad, supra) y al ser el D.L. 2.191, de 19 de abril de 1978 una modalidad de amnistía al revés, pues constituye una tentativa de

encubrimiento de crímenes de lesa humanidad, éste es nulo al contravenir el orden internacional y constitucional de los derechos humanos. Finalmente, como antecedente fundante del proyecto de ley se consignó que la declaración de nulidad de derecho público por inconstitucionalidad del D.L. 2.191/1978, no puede llevar a una mal intencionada discusión acerca del tema de los efectos de la ley penal en el tiempo, pues el proyecto de ley comentado no plantea una derogación formal, sino de nulidad de derecho público del Decreto Ley por el vicio contenido en esta apariencia de ley.¹⁴⁹

Si bien es cierto la solución en análisis, entendida de esta forma, no presenta los problemas de una ley derogatoria en el sentido de que esta última importa la ausencia de pretensión alguna de desconocer la validez del Decreto Ley de Amnistía durante el tiempo en que éste tuvo vigencia, lo que sin duda entrega una señal política muy potente en orden a desconocer toda validez del D.L. 2.191/1978 en cualquier tiempo en que este haya permanecido vigente, las condiciones para dictar una ley que anule otra ley con todas las consecuencias que ello conlleva, no está contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, lo que hace que una ley anulatoria como la comentada sea de dudosa constitucionalidad. En efecto, nuestra Carta Fundamental no contempla la posibilidad de dictar leyes que anulen otras leyes y difícilmente se podría abogar por una interpretación extensiva de la Constitución, toda vez que el enunciado del artículo 63 de la CPR, “sólo son materias de ley”, trae consigo un entendimiento restrictivo de las facultades del poder legislativo. Así las cosas, el Congreso Nacional tiene una competencia limitada restringida sólo a 20 ámbitos enumerados taxativamente en el artículo 63 de la Constitución y si bien la descripción normativa de algunas de ellas es amplia, no es posible sostener de aquello, incluso si se interpretasen se forma extensiva, que al menos una autoriza a declarar la nulidad, ilegitimidad o inconstitucionalidad de leyes, incluyendo en esta afirmación a aquella materia contemplada en el numeral 16 del artículo 63 de la Carta Fundamental¹⁵⁰. Por todo lo anterior, la dictación de una ley que

¹⁴⁹ En este sentido ver CORREA, Cristián. Ob. Cit. pág. 55.

¹⁵⁰ En este sentido: CORREA, Cristián. Ob. Cit. pág. 58.

declare “insaneablemente nulo” el Decreto Ley de Amnistía, imitando las iniciativas de Argentina y Uruguay en esta materia, resulta inviable por ser ella contraria a la actual redacción de la Carta del 80, lo que no quita que sea ello posible en el futuro si se modifica la Constitución para permitirlo.

2.3.5. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad y Expulsión del Ordenamiento Jurídico.

No obstante la imposibilidad de dictar una ley anulatoria del Decreto Ley de Amnistía, el ordenamiento jurídico Chileno sí contempla la posibilidad de anular una ley que se encuentre en contravención a la Constitución o, en general, sea contraria al bloque de constitucionalidad de derechos. Así, hay quienes han sostenido que es posible inaplicar el D.L. 2.191/1978 directamente por el juez que conoce del caso, tal y como se ha resuelto por alguna jurisprudencia en el pasado y como lo ha planteado cierto sector de la doctrina que ha establecido que en nuestro país existe un control concreto y difuso de constitucionalidad de las normas, el que se desarrolla a partir del artículo 6° de la Constitución¹⁵¹. Conforme a esto, las normas contrarias a la Constitución no obligan a los órganos del Estado y además se concluye que ellos no pueden someter su acción a normas dictadas en disconformidad a la Constitución. Por tanto, cuando un juez enfrenta un conflicto entre una norma legal vigente y una garantía fundamental, no puede aplicar la norma contraria a la garantía porque estaría incumpliendo la obligación impuesta por el inciso segundo de la norma en comento, poniéndose al margen de la Constitución¹⁵².

¹⁵¹ Artículo 6: Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

¹⁵² En este sentido ver: RIOS A., Lautaro. “El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile”. *Ius et Praxis*. [online]. 2002, vol.8, no.1 [citado 25 Julio 2006], p.389-418. Disponible en la World Wide

De otro lado, se ha sostenido a este respecto que según el artículo 6 de la Carta, todo el ordenamiento jurídico gira en torno a la idea de que la Constitución es la norma de normas y todo el aparato del Estado debe adecuarse a ella. Entonces, dar primacía al artículo 7° de la Constitución sobre el artículo 6° importa vulnerar este principio básico al permitir que los jueces apliquen normas contrarias a la Constitución, a sabiendas. De esta forma, cuando el juez decide inaplicar una norma contraria a una garantía fundamental no hace otra cosa que ejercer la esencia de su función, esto es, interpretar las normas para decidir cuál aplicar al caso concreto, pues corresponde al juez la responsabilidad de elegir los únicos significados compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas, idea que fue ratificada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago antes de la reforma¹⁵³. También se ha dicho a este respecto, que la existencia en nuestro país de un control concreto y difuso de constitucionalidad de las leyes colisiona con lo señalado en el artículo 93 N° 6° de la Carta Fundamental reformada el año 2005, el que dispone que es atribución del Tribunal Constitucional resolver la inaplicabilidad de una norma cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución, agregando en su inciso undécimo que, en este caso, la cuestión de constitucionalidad podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Y es justamente en base a esta última expresión que se ha construido una contrargumentación que sostiene que dicha norma hace facultativo para

Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100021&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

¹⁵³ Ver: SENTENCIA ROL N° 28.075 DE 9 DE JULIO DE 2001, considerando 16°: "El principio lleva consigo la necesidad de la aplicación inmediata y directa de la Constitución a una situación de hecho o fenómeno jurídico o derechos determinados. Así se desprende del carácter imperativo de sus contenidos, carácter explicado a su vez en el inciso 2° del mismo artículo (6° de la Constitución), al prescribir que 'los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo'. Como complemento y exigencia de tal supremacía se alza, en consecuencia, el método de interpretación de las leyes, que obliga al intérprete a que, ante varias interpretaciones posibles de la ley, debe considerarse y aplicarse aquella de las interpretaciones que más se ajuste a la Constitución, lo que obliga a los jueces a interpretar sus contenidos de un modo sistemático tal que el resultado de dicha interpretación conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales, fuente primaria en que se asienta el orden jurídico. Este pilar del principio, en derechos humanos, se contiene en efecto en el artículo 5° inciso 2° de la Ley Fundamental

el juez ordinario el acudir al Tribunal Constitucional y entonces, la interpretación de las citadas normas que debiese hacerse en este tema será: que el artículo 6° de la Constitución se encuentra dentro de las bases de la institucionalidad que es el capítulo según el cual debe interpretarse el resto de la Constitución. Así lo sostuvo la Excma. Corte Suprema en causa rol 983-93 Recurso de Protección interpuesto contra Francisco Martorell y Otro¹⁵⁴. Sin embargo, esta discrecionalidad no importa una autorización para aplicar a la decisión del caso un precepto inconstitucional, sino que se traduce en la siguiente fórmula: cuando el juez no tiene duda acerca de la constitucionalidad de un precepto, debe aplicarlo; cuando el juez no tiene duda sobre la inconstitucionalidad de un precepto, debe inaplicarlo; y sólo cuando el juez tenga dudas respecto de la constitucionalidad de una determinada norma deberá ocurrir ante el Tribunal Constitucional¹⁵⁵. Así, el Tribunal Constitucional sólo conocerá de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del numeral 6° del artículo 93 de la Constitución en el caso en que el Tribunal *a quo* tenga dudas sobre la constitucionalidad de una norma o bien cuando el juez aplique un precepto legal que una de las partes reclamó en dicha instancia como inconstitucional y la parte afectada decida llevar la cuestión ante la jurisdicción constitucional.

¹⁵⁴ "Que de lo expuesto en los considerandos precedentes, se infiere que para dilucidar el presente caso es necesario en primer término, tener presente que la Constitución Política es un ordenamiento institucional cuyos preceptos no pueden ser interpretados en forma aislada, sino que de un modo sistemático, por cuanto forman un conjunto orgánico y coherente, debiendo existir la debida correspondencia entre las distintas normas del texto constitucional.

Que en este sentido, dentro del capítulo primero de la Carta Fundamental que consagra las bases de la institucionalidad, el artículo primero es la fuente de interpretación más relevante, pues refleja la filosofía que la inspira, marcando el sentido y alcance de sus normas; en su inciso segundo establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, señalando que es deber del estado "Promover el bien común", concepto que define como el "conjunto de las condiciones sociales que permiten a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional una mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece ; en su Inciso final, señala que es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar Protección a la población y a la familia, y propender al fortalecimiento de ésta".

¹⁵⁵ En este sentido ver: MARTINEZ ESTAY, José. "Recurso de Inaplicabilidad, TC y Juez Ordinario en la Reforma Constitucional", en "NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (Coord), "La Constitución Reformada de 2005" Edit. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Librotecnia. Santiago, 2005, págs. 457 y ss.

Sin embargo, la facultad de expulsar una norma del ordenamiento jurídico por inconstitucionalidad y con efecto *erga homnes* está radicada única y exclusivamente en el Tribunal Constitucional. En efecto, ni el Congreso o el Presidente de la República tienen tal facultad en razón de lo dispuesto en el artículo 7° de la Carta Fundamental, pues los órganos del Estado señalados sólo actúan válidamente dentro del ámbito de su competencia y no pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes, so pena de nulidad de los actos que contravengan aquello. De su parte, tratándose de la posible inaplicación por los tribunales ordinarios de justicia, la reforma constitucional de 2005 entregó el conocimiento y fallo sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal en exclusiva al Tribunal Constitucional, quedando ella regulada en el artículo 93 de la Constitución Política de la República, específicamente en su numeral 6°, decisión que debe ser tomada por la mayoría de los miembros en ejercicio del Tribunal y que será puesta en conocimiento de este órgano por alguna de las partes o por el juez que conoce del asunto en que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, es decir, sólo puede recurrirse de inaplicabilidad en el curso de un procedimiento donde se pretende aplicar el precepto legal considerado inconstitucional. Cabe consignar que la reforma constitucional de 2005 agrega una particularidad que hasta entonces no existía en el ordenamiento jurídico nacional, a saber, luego de haberse declarado inaplicable un precepto legal por el Tribunal Constitucional, este tribunal de oficio o a petición de cualquier persona, pues se consagra acción popular al respecto, podrá declarar inconstitucional dicho precepto legal por los cuatro quintos de sus miembros en ejercicio, expulsando el precepto inconstitucional del ordenamiento jurídico, con efectos *erga homnes*, tal como lo señala el numeral 7° del artículo 93 de la Carta Fundamental.

Dado lo anterior la pregunta que surge es si, de cara a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Almonacid Arellano v/s Chile, a fin de eliminar los efectos del D.L. 2.191/1978 es conveniente incoar una acción de

inaplicabilidad por inconstitucionalidad del número 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental ante el Tribunal Constitucional y obtenida ésta, solicitar su inconstitucionalidad y su expusión del ordenamiento jurídico según lo ordena el numeral 7° de la disposición citada y en este sentido, las dificultades que podemos encontrar son dos. Una primera aparente dificultad es que el artículo 94 de la Constitución Política de la República señala expresamente, en su inciso tercero parte final, que “no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”. En consecuencia, la declaración de nulidad del Tribunal Constitucional sólo produce efecto hacia lo futuro pues “queda especialmente consagrado en el texto constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos *ex nunc* desde su publicación en el Diario Oficial. Así, ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico constitucional podrán dar efectos retroactivos a las sentencias que expulsen de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango legal”¹⁵⁶, lo que importa que la sentencia del Tribunal Constitucional “no afectará los derechos adquiridos ni las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del precepto que se declare inconstitucional, antes de la publicación del fallo”¹⁵⁷.

No obstante lo ya señalado, la duda que queda planteada es qué debe entenderse por “derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas”, o más bien si estos conceptos incluyen que un hecho punible acaecido entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978 sea susceptible de ser amnistiado en razón de lo dispuesto por el D.L. 2.191/1978 y al respecto creo que no es razonable sostener aquello pues, como puede apreciarse del desarrollo jurisprudencial de la aplicación del Decreto Ley de

¹⁵⁶ NOGUEIRA, Humberto. “El Control Represivo, Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad Leyes en la Reforma Constitucional 2005, de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencias”. En ZÚÑIGA, Francisco (coord.). “Reforma Constitucional”. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005. pág. 615

¹⁵⁷ RIOS, Lautaro, “El Nuevo Tribunal Constitucional”, En ZÚÑIGA, Francisco (coord.). “Reforma Constitucional”... pág. 643.

Amnistía, ésta no ha sido más que una mera expectativa que, por lo demás, no existía al momento de cometerse los delitos de los que habla dicho decreto ley. A este respecto, parece más razonable sostener que el artículo 94 de la Constitución se refiere más bien a sentencias definitivas o equivalentes jurisdiccionales de ésta, que se encuentren ejecutoriadas, y ello porque “...la irretroactividad se traduce en que la sentencia no puede afectar ``situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma’’¹⁵⁸, ni ``situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad’’ (Sentencia Rol 597). Así, la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales [...]’’¹⁵⁹. Por lo demás, la propuesta es la única forma de interpretar la norma del artículo 94 para darle un sentido coherente y armónico, ya que una sentencia de inconstitucionalidad busca que no se utilice un precepto declarado inconstitucional en la resolución de un determinado asunto. Sostener que la sentencia que declare la inconstitucionalidad del D.L. 2.191/1978 no afectaría a los hechos cubiertos por la amnistía y que no hayan sido juzgados, argumentando que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen efecto *ex nunc*, como lo deja entrever CORREA¹⁶⁰, importa aceptar que respecto de los hechos acaecidos en esa época y sobre los que aún no ha recaído sentencia firme podrían ser juzgados aplicando una norma declarada inconstitucional y expulsada del ordenamiento jurídico, lo que es contrario a los fines de la acción de inconstitucionalidad.

Una segunda objeción que presenta la solución en comento es que, dado el mecanismo de conformación del Tribunal Constitucional, donde el peso del factor político o más bien ideológico en la elección de los miembros del Tribunal es relevante, dada la actual composición de este organismo y el alto quorum exigido para los efectos de las acciones constitucionales establecidas en los numerales 6° y 7° del artículo 93 de

¹⁵⁸ NOGUEIRA, Humberto. “El control represivo y abstracto...”, ob. cit., p. 467.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710 de 2010, considerando centesimosexagesimoctavo.

¹⁶⁰ En este sentido ver CORREA, Cristián. Ob. Cit. pág. 59.

la Carta Fundamental, puede pensarse que es casi ilusorio pensar en obtener un fallo favorable a la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Ley de Amnistía que lo expulse de nuestro ordenamiento jurídico y esto sería un grave revés para obtener la invalidación de dicha norma puesto que, como bien señala CORREA, un pronunciamiento contrario de parte del Tribunal Constitucional enviaría un mensaje negativo a “...aquellos ministros de la Corte Suprema y otros jueces en relación a afirmar la legitimidad del D.L. 2.191/1978 y su preeminencia sobre las obligaciones provenientes del derecho internacional de juzgar los crímenes de lesa humanidad.”¹⁶¹. Sin embargo, parece ser que luego del fallo Almonacid, nuestro Tribunal Constitucional no tendría la opción de pronunciarse contra lo resuelto por la CIDH y ello porque, de hacerlo, dejaría al Estado de Chile en un muy mal pie de cara al cumplimiento de sus obligaciones internacionales ya que fue el Estado de Chile quien le dio competencia a la CIDH para resolver cuestiones relativas a la violación de derechos humanos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica y justamente fue esa Corte internacional la que dijo que el D.L. de Amnistía de 1978 viola los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, condenando al Estado de Chile por su aplicación y ordenando que sea anulado, por lo que mal puede el Tribunal Constitucional chileno decir que dicha norma es constitucional yendo contra lo mandado por la CIDH¹⁶².

2.4. Amnistía y Prescripción

2.4.1. Invalidez del Decreto Ley 2.191/1978 y Prescripción

Hasta acá se han analizado las posibles formas de eliminación del Decreto Ley de Amnistía y las posibles consecuencias de cada una de las opciones, sin embargo, tal vez el mayor escollo a resolver jurídicamente una vez eliminado el D.L. 2.191/1978 lo presenta la aplicación de la prescripción, sea de la acción penal o de la pena, a los

¹⁶¹ CORREA, Cristián. Ob. Cit. pág. 59.

¹⁶² En este sentido ver fallo de la Illma. Corte de Apelaciones de Rancagua Rol N° 103-2011, considerandos 1 a 8.

hechos susceptibles de ser amnistiados. En efecto, una vez derogada o anulada dicha norma y reviviendo la posibilidad de enjuiciamiento de los delitos susceptibles de haber sido amnistiados sucede que, en teoría, habrán transcurrido con creces los plazos de prescripción establecidos en la ley, por lo que cabe preguntarse si es posible sortear este obstáculo de conformidad al ordenamiento jurídico vigente.

Siguiendo el razonamiento anterior, lo primero que corresponderá analizar es la institución de la prescripción. CURY la ha definido como “una institución en virtud de la cual, por el sólo transcurso de un determinado lapso, se extingue la responsabilidad penal ya declarada en una sentencia firme, o se excluye la posibilidad de establecerla legalmente. En el primer caso se habla de prescripción de la pena y en el segundo, de prescripción del delito o, como lo hace la ley en vigor, de la acción penal”¹⁶³.

El instituto de la prescripción ha sido fundamentado desde distintas posiciones, así se lo ha querido fundar en el olvido social respecto del hecho criminal acontecido, es decir, con el transcurso del tiempo la sociedad olvida el hecho objeto del reproche penal y por lo tanto, se hacen innecesarios su persecución y castigo. También se ha querido encontrar su fundamento en la pérdida del interés del Estado en castigar el hecho punible debido al mucho tiempo transcurrido desde su comisión. También se ha dicho que el fundamento de la prescripción estaría en la estabilización de las situaciones jurídicas o derechamente en la seguridad jurídica, como también se la ha fundado en la pérdida de las pruebas para acreditar el hecho punible por el tiempo transcurrido¹⁶⁴. En consecuencia, para una parte de la doctrina la prescripción tiene un fundamento sólo de carácter procesal, en cambio para otros lo correcto es fundarla en consideraciones de carácter sustantivo o material, lo que no parece ser menor de cara a los efectos de la ley en el tiempo pues las leyes procesales rigen in actum, por lo que el declarar hoy como

¹⁶³ CURY, Enrique. Ob. Cit. pág. 797.

¹⁶⁴ En este sentido, YUSEFF, Gonzalo. “La Prescripción Penal”. Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, 2005, págs. 47 y ss.

imprescriptibles delitos de lesa humanidad, importaría que los cometidos en un tiempo pretérito pero aún no juzgados no podrían ser objeto de prescripción. Desde mi punto de vista, parece más adecuado sostener que la prescripción es un instituto fundado en el derecho penal sustantivo, tal como lo sostiene CURY quien afirma: “lo que ocurre... es que, luego de transcurrido un período de tiempo más o menos prolongado la exigencia de retribución fundada en la culpabilidad por el injusto y la necesidad de imponer o ejecutar la pena para servir a la prevención general se atenúa hasta desaparecer casi completamente. A causa de esto mismo, la necesidad social de castigar se reduce hasta ser inferior a la también apremiante –y en estas circunstancias prevalente- necesidad social de preservar la paz mediante la consolidación de la situación jurídica¹⁶⁵”. En este sentido es posible sostener que, precisamente tratándose de delitos de lesa humanidad, el reproche social que producen es tan elevado que su necesidad de castigo permanece en el tiempo y mientras no se juzguen y existan condenas a su respecto, la sociedad no estará en paz, lo que la sociedad chilena ha podido coprobar empíricamente dado que aún después de 29 años de recuperada la democracia, aún se siguen haciendo intentos para expulsar el Decreto Ley 2.191/1978 de nuestro ordenamiento jurídico, para así intentar con éxito el juzgamiento y penalización de los autores de todos delitos de este tipo cometidos bajo la dictadura encabezada por el general Augusto Pinochet. Sin embargo, concebir la prescripción como una institución fundada en el derecho penal material tiene consecuencias, como se verá a continuación.

En efecto, hay que tener presente que las normas relativas a la prescripción en nuestro código se encuentran vigentes desde el año 1874, fecha de su publicación en el diario oficial y al considerarlas como derecho penal sustantivo, se rigen por el principio pro reo en su interpretación, es decir, una reforma al nuestro Código Penal o incluso a la Carta Fundamental que diga que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, regiría *in actum* y se aplicaría respecto de ellos el principio constitucional que prohíbe aplicar retroactivamente la ley penal desfavorable al imputado, por lo que al derogar o

¹⁶⁵ CURY, Enrique. Ob. Cit. pág. 798.

expulsar de nuestro ordenamiento jurídico el D.L. 2.191/1978, en principio, debiese concluirse forzosamente que habría que aplicar las normas relativas a la prescripción respecto de los delitos de lesa humanidad amparados por el decreto ley antes señalado, pues la normativa que declara expresamente la imprescriptibilidad de tales delitos es posterior a la comisión de los mismos. Así la Ley 20.357, que declara imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, entró en vigencia 2009 y el estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma, que también establece que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, entró en vigor internacionalmente el año 2002 siendo promulgado como ley de la República de Chile en Julio de 2009.

No obstante lo anterior, se han levantado dos tesis que plantean que no es aplicable la prescripción a los delitos de lesa humanidad cometidos bajo el régimen del general Pinochet. La primera ha sido sostenida por la Corte Suprema a partir de la sentencia conocida como fallo Molko¹⁶⁶ que de alguna manera recoge y perfecciona lo sostenido por la corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Almonacid Arellano v/s Chile. En dicha sentencia, la Corte Suprema sostuvo, en resumidas cuentas, que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad se puede sostener, en primer lugar, a partir de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, específicamente del artículo 148 del IV Convenio de Ginebra, estableciendo la Corte que a la fecha de ocurrencia de los hechos el país estaba en un estado o tiempo de guerra, haciendo aplicable el decreto ley número 5, de 12 de Septiembre de 1973 en relación con el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 de 18.09.1.973, debía entenderse como estado o tiempo de guerra para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo, contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación, como fuese tratado anteriormente en el presente trabajo y por lo tanto, al estar el país en estado de guerra debían aplicarse los Convenios de Ginebra respecto de los prisioneros partidarios del régimen de la Unidad Popular existiendo a su respecto el

¹⁶⁶ SCS Rol 559-2004.

deber de otorgar un trato humanitario a las personas involucradas, lo que importaba la prohibición, en cualquier tiempo y lugar, entre otros atentar contra su vida e integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, además de la tortura o tratos inhumanos¹⁶⁷. En segundo lugar, para fundar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Chile, la Corte razona en base a la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los 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, sosteniendo que si bien la norma convencional citada no se encuentra ni se encontraba vigente en Chile a la época de los hechos susceptibles de ser amnistiados, ella igualmente obliga al Estado en razón de ser una norma de derecho consuetudinario, es decir, sólo se limita a declarar la vigencia de una norma consuetudinaria preexistente sobre la materia, que es independiente de la entrada en vigor en el ámbito interno del tratado que la recoge y que vincula aun a los Estados que, como el nuestro, no forman parte del tratado, por tener su misma fuerza obligatoria¹⁶⁸. “Para ello la Corte reconoce en este principio una norma o regla de derecho internacional consuetudinario, al reunir los elementos, material de prácticas de los Estados y espiritual de *“opinio juris seu necessitatis”* internacional. La sentencia consigna la práctica de los Estados y el hecho que el Estado de Chile no ha sido “objeto persistente” del “principio de imprescriptibilidad”¹⁶⁹, es decir, en cuanto al elemento consistente en la práctica de los estados, la Corte comienza fundando su concurrencia en que el Estado de Chile no se ha opuesto, por actos positivos e inequívocos, al nacimiento de la costumbre internacional, pero sí a su vinculación con esa norma. Como segundo argumento en este sentido, la Corte sostiene a la fecha de la comisión de los ilícitos objeto de la sentencia casada, se había impuesto la “universalidad” del principio de

¹⁶⁷ SCS Rol 559-2004, considerandos 6 a 11.

¹⁶⁸ SCS Rol 559-2004, considerando 27.

¹⁶⁹ ZUÑIGA, Francisco. “Comentario a la sentencia en el “caso Molco” de la Excm. Corte Suprema, de 13 de diciembre de 2006”. En Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007, páginas 525 a 531.

imprescriptibilidad, quedando plasmada en el Preámbulo de la Convención del año 1968, no limitándose a sólo enunciar esta regla, sino que a afirmarla, mediante su positivación, ya que ella se encontraba operativa a la fecha como derecho consuetudinario internacional. De esta forma, según afirma la Corte, dicho principio evidentemente formaba parte, en aquel tiempo, del acervo cultural del mundo civilizado, lo que quedó demostrado por el grado de conciencia adquirido en esa época por la Asamblea General de Naciones Unidas acerca de la vital importancia asignada por la comunidad internacional al tema de la represión efectiva de estos hechos tan brutales y de la necesidad de “prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos” (consideración 5ª del Preámbulo) asegurando la “aplicación universal” del principio de imprescriptibilidad (consideración 7ª)¹⁷⁰. La Corte Suprema también fundamenta la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe la prescripción de los delitos de lesa humanidad en cuanto práctica generalizada de los estados, señalando que la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad tiene eficacia declarativa, por cuanto se limita a ser la expresión formal de una norma consuetudinaria preexistente sobre la materia, limitándose su rol a la constatación de la existencia de dicha norma y a la fijación de su contenido y, en consecuencia, en virtud de esta eficacia declarativa, la mentada Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad representa una costumbre internacional vinculante, aplicada ya desde casi 30 años antes de los sucesos pesquisados en el juicio en comento, específicamente en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, lo que confiere a dicha fuente del derecho internacional la duración que le proporciona sustento como elemento material suficiente de la misma¹⁷¹. Finalmente, en este sentido la Corte sostiene que hacer lugar a la prescripción tratándose de los delitos objeto de la sentencia en comento, contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita por Chile el 22 de Noviembre de 1969, cuyo texto fue aprobado por decreto supremo N° 873 de 23 de

¹⁷⁰ SCS Rol 559-2004, considerandos 15 y 16.

¹⁷¹ SCS Rol 559-2004, considerando 17.

Agosto de 1990 y publicado en el Diario Oficial de 5 de Enero de 1991. Ello por cuanto el artículo 1° de dicho instrumento internacional obliga a los Estados Partes no sólo a respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, sino también a los derechos ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, anteriores a su vigencia, según refiere su artículo 2°. Además, el status de imprescriptibilidad del ilícito motivo de esta causa ya se encontraba consagrado con anterioridad al Pacto, específicamente en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por lo cual su desconocimiento implica también vulneración de esta última. Agrega la Corte que la circunstancia de haber dejado el Gobierno de Chile constancia de que el reconocimiento de competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere “en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1.990 (Declaración signada iii), sólo importa una limitación temporal de la competencia “*ratione temporis*” de los órganos integrantes de la jurisdicción internacional y, ciertamente, no incide en la jurisdicción de los tribunales nacionales que, *a contrario sensu*, sí podrían conocer de esas situaciones, anteriores a la data especificada, toda vez que tal “declaración”, no es constitutiva de “reserva”¹⁷².

En cuanto al elemento sicológico o espiritual de la costumbre internacional, esto es, la “*opinio iuris*” la Corte funda la práctica duradera que se haya realizado con el convencimiento de conformarse a una obligación jurídica, además de informes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en numerosos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tales como los recaídos en los casos Velásquez Rodríguez, de fecha 29 de Julio de 1988; Godínez Cruz, de fecha 20 de Enero de 1989; Blake de fecha 24 de Enero de 1988; y muy especialmente, en los casos “Almonacid Arellano y otros versus Chile”, de fecha 26 de Septiembre de 2006, donde explícitamente se califica el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de don Luis Alfredo Almonacid Arellano, como un crimen de lesa humanidad,

¹⁷² SCS Rol 559-2004, considerando 28.

agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos “es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general”, según lo expuesto en el Considerando 99° del fallo; y además de la sentencia de 14 de Marzo de 2001 dictada en el llamado Caso Barrios Altos v/s Perú¹⁷³.

El fallo de la Corte Suprema que he venido comentando ha sido criticado por cierta doctrina con fundamento primero en el voto disidente del Ministro Rubén Ballesteros, quien cuestiona los argumentos vertidos en la sentencia por la mayoría de los miembros del tribunal, crítica consistente en sostener, en primer término, que si bien los Convenios de Ginebra, en sus artículos 3° común y 146, 147 y 148 del IV Convenio, contienen la prohibición para el Estado de autoexonerarse por las responsabilidades en que pueda haber incurrido respecto de graves infracciones, incluido el homicidio intencional, cometidas durante un conflicto bélico, con o sin carácter internacional, prohibición que alcanzaría a las causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal, normativa que se encontraba vigente a la fecha de los hechos investigados en la causa, a juicio de quien emitió el voto disidente y por los motivos que en él expresa, 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 estudio¹⁷⁴.

El voto disidente también sostiene que, con todo, aunque se lograra establecer que los delitos acaecidos en el contexto de la represión de los partidarios del gobierno de la Unidad Popular posterior al 11 de septiembre de 1973, es imposible fundar la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa

¹⁷³ SCS Rol 559-2004, considerandos 18, 19 y 20.

¹⁷⁴ SCS Rol 559-2004, considerandos 6 a 9 del voto disidente.

Humanidad, pues si bien ella fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de Noviembre de 1968, encontrándose en vigor desde el 11 de Noviembre de 1970, ella 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. Lo mismo argumenta respecto del Estatuto de Roma, sin embargo, respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966 siendo depositado el instrumento de ratificación correspondiente el 10 de febrero de 1972 y mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, a la fecha de comisión de los hechos investigados aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en 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.

Agrega el Ministro Ballesteros en su voto disidente que pretender que se apliquen los mencionados pacto para que, en virtud de ellos, sea posible la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por agentes del Estado en contra de partidarios del gobierno de la Unidad Popular con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, importaría 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 figurar 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 tipicidad¹⁷⁵ y ello por cuanto se pretende sancionar como delitos de lesa humanidad conductas que, a la fecha

¹⁷⁵ SCS Rol 559-2004, considerando 14 del voto disidente.

de ocurrencia de los hechos juzgados no lo eran, sino que estaban penados sólo como delitos comunes.

Otra crítica a la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema a partir del fallo Molko es la que ha sostenido MAÑALICH, diciendo que resulta argumentativamente débil la existencia de un principio general de imprescriptibilidad de los hechos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos, recurriendo a doctrina nacional que trata el tema y en especial a Gonzalo Aguilar, señalando que “la práctica de los Estados, que podría fundamentar el carácter de norma de *ius cogens* de tal principio de imprescriptibilidad aplicable a hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad...no satisface las condiciones de persistencia y consistencia que ello requeriría”¹⁷⁶ y ello pues, para que una norma tenga el carácter de internacional con base consuetudinaria, debe ser una práctica más o menos extendida de los estados y el principio en comento no lo es, pues muy pocas naciones habían ratificado dicha convención hasta el fallo Molko y Chile no estaba entre ellas y aun cuando obviásemos este punto de objeción e igualmente fuese posible invocar tal principio como uno constitutivo de *ius cogens*, ello no basta para instituirlo como un principio judicialmente operativo capaz de dejar sin efecto reglas vigentes en derecho doméstico, pues del establecimiento de dicho principio sólo se sigue que el Estado tiene un deber de adecuar su legislación interna a él a fin de garantizar su cumplimiento, pero no autoriza al adjudicador, en la especie la Corte Suprema, a resolver la antinomia en razón del diseño constitucional de un sistema diferenciado de distribución de competencias y en tal sentido, según MAÑALICH, sólo toca al legislador la tarea de adecuar la ley a los principios de derecho internacional.

Respecto de lo anteriormente dicho, efectivamente es posible sostener, de buenas a primeras, cierta debilidad del argumento acerca de la existencia de las condiciones de persistencia y consistencia para configurar el carácter de norma de *ius cogens* del

¹⁷⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. Ob. Cit. pág. 206.

principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, pues aquello debe ponderarse no a la fecha del fallo Molko ni con los instrumentos internacionales vigentes a esa fecha, pues a esas alturas estaba ya muy claro en la legislación interna chilena la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tal como lo establece el artículo 40 de la Ley 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, vigente como ley interna desde el 18 de Julio de 2009 y el artículo 29 del Estatuto de Roma, que fue ratificado por Chile el 18 de junio de 2009, sino que, de cara al principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, el tema radica en si a la época de ocurridos los hechos susceptibles de amnistía, este principio podía exigirse como *ius cogens* y en tal sentido debemos volver a la norma de los Convenios de Ginebra y en especial a los artículos 3º, 146, 147 y 149 de la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra que contienen la prohibición para el Estado de autoexonerarse por las responsabilidades en que pueda haber incurrido respecto de crímenes de guerra o de lesa humanidad y claramente la prescripción es una autoexoneración, pues sólo radica en el Estado el mantenerla o renunciar a ella y entonces, considerando que a la época de ocurrencia de los hechos cubiertos por el D.L. 2.191/1978 ya existía suficiente normativa internacional como para poder considerar que la prescripción y amnistía de los crímenes de lesa humanidad no eran permitidas por la comunidad internacional, lo que es posible deducir, tal como lo sostiene el Preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 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; de 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 de 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 y también de 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, todas declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad en las que no se ha previsto limitación en el tiempo para dicho enjuiciamiento y castigo, y si a eso le sumamos la propia Convención, que es del año 1968 es claro que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad estaba elevada a principio general del derecho reconocido por la comunidad internacional.

Sin embargo, otra cosa es si le es posible al adjudicador, más allá de lo que ordene la CIDH, no aplicar una norma nacional vigente al momento de cometerse los hechos, en razón de principios de derecho internacional consuetudinario que consagran la imprescriptibilidad de los ilícitos de lesa humanidad. La respuesta a esta interrogante da origen a dos escenarios a este respecto.

En efecto, si se sostiene que las normas de *ius cogens* son obligatorias como ley nacional vigente, tal como lo sostiene la CIDH en el fallo Almonacid Arellano y otros v/s Chile, lo que ya fue tratado con anterioridad en este trabajo, entonces y como también ya se argumentó, al momento de cometerse los hechos constitutivos de delitos de lesa humanidad dichas normas consuetudinarias ya estaban vigentes en Chile por lo que huelgan otro tipo de argumentos respecto de su aplicación al ordenamiento jurídico interno por lo que no se podría alegar su prescripción, y si bien podría sostenerse que las normas sobre prescripción son anteriores a los pactos y prácticas internacionales constitutivas de *ius cogens*, ellas son anteriores a los hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad a objeto del presente análisis por lo que podría sostenerse que sobre las normas de prescripción vigente operaría una suerte de derogación tácita.

Ahora bien, de sostenerse que las prácticas internacionales a las que se recurre para configurar los elementos de persistencia y consistencia no tenían, a la fecha en que acaecieron los hechos susceptibles de ser amnistiados, la fuerza necesaria para que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se hubiese alzado como una norma de *ius cogens*, entonces no podrá sostenerse su imprescriptibilidad, pues la normativa nacional que así lo establece es posterior a los hechos punibles y en consecuencia, regiría a este respecto la prohibición de aplicar retroactivamente una norma más desfavorable al imputado, como sería una que consagrara la imprescriptibilidad de ciertos delitos, pues el Estado pone límite a su atribución de perseguir penalmente a quien comete delito y el Estado puede renunciar a ella sin duda alguna, pero si lo hace después de cometido el delito claramente sería una ley penal desfavorable al imputado que no puede aplicarse en forma retroactiva, como ya vimos, y en tanto garantía fundamental colisionaría con la imprescriptibilidad.

Respecto de lo anterior, se ha dicho¹⁷⁷ que la inaplicabilidad de la norma de prescripción, que existe desde que se dictó el Código Penal Chileno en 1874, no afectaría al principio pro reo o mejor dicho, al de irretroactividad de la ley penal más desfavorable al imputado, pues debe considerarse que la legislación penal se establece siempre en base a lo general y ordinario y la perpetración de crímenes de lesa humanidad en el período cubierto por la llamada Ley de Amnistía es un tema excepcional que se produce sólo en circunstancias extraordinarias a partir de las cuales cae todo el sistema jurídico comenzando por la Carta Fundamental, por lo que se ven afectadas todas las instituciones jurídicas y entre ellas la prescripción y el principio pro reo, además del bien común. Así, la imprescriptibilidad de este tipo de delitos es la forma de impedir que el Estado avale acciones que constituyan “un atentado jurídico,

¹⁷⁷ En este sentido BERNALES ROJAS, Gerardo. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. *Ius et Praxis* [online]. 2007, vol.13, n.1 [citado 2015-07-01], pp. 245-265 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100009>.

ético y moral¹⁷⁸” a lo esencial del derecho penal, “pues no [se] buscaría ni el debido proceso ni la justa sanción, sino que lo contrario, falta de proceso y de justicia”¹⁷⁹. En contrario cabe decir que no es posible sostener, desde la lógica de los derechos humanos, que para imponer el respeto de una garantía fundamental, la del acceso a la justicia, se deba pasar por sobre otra garantía fundamental, la de la irretroactividad de la ley penal desfavorable al imputado, sobre todo considerando que en la especie no se trata de derogar una ley de amnistía que impediría el acceso a la justicia, sino que se trata de justamente lo contrario, hacer justicia lo que no necesariamente importa una condena para el encartado, es decir, se accede a la justicia pero existe a favor del imputado una causal de exoneración de responsabilidad criminal establecida con mucha anterioridad a la perpetración de los hechos y que se materializa por la inacción del Estado en orden a perseguir al hechor, por lo que la solución a esta antinomia pareciera ser que, en esta tesis, se pudiese encontrar no en la declaración de imprescriptibilidad a posteriori de los hechos constitutivos de delito de lesa humanidad, sino que en el tiempo en que dicho plazo de prescripción comienza a correr, como se verá a continuación.

En efecto, una segunda posibilidad de salvar el escollo de la prescripción de los delitos de lesa humanidad, entre nosotros es posible levantarla desde la concepción del delito de impunidad¹⁸⁰ que la doctrina ha señalado que son aquellos delitos que se perpetran contando con la garantía de la impunidad, pues se cuenta con la seguridad de que no se iniciará por parte del Estado y sus agentes la persecución penal de dichos ilícitos, ya que no existe intencionalidad de su parte de cumplir su deber en tal sentido y en consecuencia, correría el plazo para que el delito prescribiese sin que existiese un verdadero interés de quien detenta el monopolio de la acción penal, de hacerla efectiva. Así las cosas, “sólo cabría entender terminado un delito de impunidad (y, por tanto,

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ En este sentido ver HORVITZ LENNON, María Inés. “Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile”. En Anuario de Derechos Humanos 2006, Edit. Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2006, págs. 217 – 225.

“cometido”) cuando cesa la situación de impunidad: sólo entonces podría empezar a correr el plazo de prescripción de la acción penal”¹⁸¹ y el punto a resolver será, entonces, cual es el momento que marca la consumación del delito de impunidad.

Hasta ahora cabe determinar cuál es el hito que, entre nosotros, marca el fin de la situación de impunidad y a este respecto resulta casi natural sostener, en teoría, que dicho momento coincidiría con la recuperación de la democracia en Chile, pues el instituto de la prescripción “...presupone, sin embargo, que la punición ha sido contingente por algún espacio de tiempo [...] dado que un delito cubierto por una amnistía es uno respecto del cual la persecución penal deviene en imposible por su inhibición, en este evento a través del Decreto Ley N° 2.191 de mil novecientos setenta y ocho, lo que provocó, por ende, que respecto de estos importantes sucesos, el cómputo del período de prescripción no comenzará a correr, sino una vez que la supresión institucional de la contingencia de la punición, a raíz de la ruptura del orden constitucional, acabara y la constitución de un gobierno que otorgue las debidas garantías a quienes sentían lesionados o atropellados en sus derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna”¹⁸². Cabe observar, en consecuencia, que con lo recién razonado todos los delitos de lesa humanidad cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978 y respecto de los que no se haya iniciado procedimiento alguno en Tribunales, estarían ya prescritos. Sin embargo, los hechos indican otra cosa, pues el Decreto Ley de Amnistía de 1978 no fue derogado al 10 de marzo de 1990, fecha en que se normalizó la nuestra institucionalidad ni tampoco en los años posteriores (de hecho aún dicho decreto ley no es derogado), sumado al hecho que el proceso de normalización democrática estuvo, en un comienzo, tutelado por los militares que dejaban el poder pero instalaban a la cabeza del gobierno autoritario saliente, a saber el general Augusto Pinochet, por siete años como comandante en jefe del Ejército, lo que unido a “las arbitrariedades del sistema electoral impuesto por la

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² S.C.S. Rol N° 3452-06 de 10 de Mayo de 2007, considerando 74.

dictadura en la que la minoría de derecha pudo tener el mismo número de diputados y senadores que la mayoría expresada en la alianza gobernante y presencia de instituciones autoritarias y poderes fácticos que limitaban y reducían severamente la expresión popular¹⁸³”, impedían que se modificara la institucionalidad heredada de la dictadura y se avanzara en justicia respecto de los crímenes de lesa humanidad cometidos en dictadura, hicieron que se mantuviese la condición de impunidad más allá del 10 de marzo de 1990¹⁸⁴, por lo que es posible sostener entonces que la prescripción de dichos ilícitos no comenzó a correr en dicha fecha.

Siguiendo con el razonamiento anterior, ¿es posible sostener que hay un momento en la transición chilena en que la institucionalidad política creó las condiciones para poder poner fin a la impunidad respecto de los delitos de lesa humanidad cometidos bajo la dictadura militar?. Tal vez dicho momento pudiese estar dado por la reforma constitucional del año 2005, que eliminó los Senadores Designados y vitalicios del parlamento chileno, lo que ocurrió el 11 de marzo de 2006, pudiendo afirmar entonces que en dicho momento el parlamento fue efectivamente soberano para poder legislar derogando el Decreto Ley de Amnistía y dando una señal en el sentido de juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos bajo el régimen militar. Sin embargo, el criterio antes señalado puede sostenerse infinitamente invocando la falta de representatividad del parlamento chileno en razón del sistema electoral binominal y otros factores. Creo más serio sostener que el fin de la impunidad en Chile para juzgar delitos de lesa humanidad cometidos bajo la el régimen dictatorial, en especial en el período cubierto por la llamada Ley de Amnistía, está dado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano v/s Chile de fecha 26 de Septiembre de 2006 que deroga tácitamente el D.L. 2.191/1978, lo que queda claro al revisar la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en esta materia hasta dicha

¹⁸³ GARRETÓN, Manuel Antonio. “Del Postpinochetismo a la Sociedad Democrática”. Edit. Random House Mondadori S.A., Santiago de Chile, 2007, págs. 78 y 79.

¹⁸⁴ En este sentido ver MOULIAN, Tomás. “Chile Actual; Anatomía de un Mito”. Lom Ediciones, Santiago, 1997, págs.. 66 y ss.

fecha. En efecto, La Corte Suprema hasta entonces sólo había juzgado aquellos casos consistentes en secuestros calificados en razón de su carácter de delito permanente, sin embargo, a partir del fallo internacional mencionado, cambia su doctrina jurisprudencial lo que se ve reflejado por primera vez en la sentencia del llamado Caso Molco, de fecha 13 de diciembre de 2006.

2.4.2. Prescripción gradual

Un tema relacionado a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es el de la prescripción gradual o también llamada media prescripción, que ha sido recogida por alguna jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

En efecto, existen algunas sentencias de nuestro máximo tribunal que han aplicado este instituto, regulado en el artículo 103 de nuestro Código Penal que, no obstante declarar que en razón de los convenios de Ginebra es imposible declarar prescritos delitos de lesa humanidad, nada impide que respecto de ellos se pueda aplicar la prescripción gradual de la acción penal. En particular la Corte Suprema ha señalado “[q]ue, el instituto penal reconocido en el artículo 103 anteriormente citado, constituye una minorante calificada de responsabilidad penal, cuyos efectos incidirán en la determinación del quantum de la sanción, de manera que la prohibición de aplicación de la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad penal, derivada de la normativa internacional, no la alcanza, toda vez que se trata de una institución independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diversas. En efecto, la prescripción se funda en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho. Por su parte, la atenuante - que también se explica en razón de la normativa humanitaria - encuentra su fundamento en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser reprimidos, resultando de su

reconocimiento una pena menor”¹⁸⁵ es decir, la Corte Suprema estimó, en las resoluciones citadas, que la prescripción gradual es una institución diferente de la prescripción, de diferente naturaleza jurídica y fundamento, sin embargo la doctrina ha opinado lo contrario. En efecto, al respecto se ha sostenido que “la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es raro [...] hincsa su fundamento en las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica [de la prescripción] y se hace cargo de que a la realización de esas aspiraciones no se llega con un golpe fulminante, sino al cabo de un proceso gradual”^{186 187}. En este mismo sentido el Ministro de la Corte Suprema, señor Nivaldo Segura, razonó al emitir su prevención en fallo Rol N° 3587-2005 señalando que “no resulta posible considerar las circunstancias temporales como fundamento para la aplicación de la media prescripción, en desprecio del reconocimiento de la prescripción plena, teniendo presente para ello que la una y la otra aparecen tratadas conjuntamente en el Título V del Libro I del Código Penal, encontrándose en ambos casos el transcurso del tiempo sujeto a la misma reglamentación, iniciándose en el mismo momento, de modo que la existencia de la media prescripción lo es en razón de la existencia de la prescripción, de manera que para el evento que en que el legislador haya negado la procedencia de la prescripción, no puede tener cabida la prescripción gradual, en razón de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal”¹⁸⁸, postura que desde mi punto de vista, es la correcta.

¹⁸⁵ S.C.S. Rol N° 3808-2006 de 30 de Julio de 2007, considerando 18°. En el mismo sentido ver S.C.S. Rol N° 6525-2006 de 5 de Septiembre de 2007, Considerando 2°; S.C.S. Rol N° 6188-2006 de 13 de Noviembre de 2007, Considerando 30°; y S.C.S. Rol N° 3587-2005 de 27 de Diciembre de 2007, considerandos 18°, 19°, 25° y 26°.

¹⁸⁶ POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.); MATUS, Jean Pierre (coord.). “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pág. 483).

¹⁸⁷ En el mismo sentido ver YUSEFF, Gonzalo. Ob. Cit. pág. 161.

¹⁸⁸ S.C.S. Rol N° 3587-2005 de 27 de Diciembre de 2007, prevención 2° párrafo.

CONCLUSIONES

El presente trabajo fue un intento de mostrar las distintas elaboraciones que se han propuesto, desde la doctrina y la jurisprudencia, para poner fin al Decreto Ley de Amnistía de 1978 y su evolución a través el tiempo, en el convencimiento de que la verdad y la justicia en materia de las violaciones a los derechos humanos son necesarias para lograr la paz social tan anhelada por nuestra sociedad. Sin embargo, y como creo haber demostrado, estos intentos en ciertos casos han sido construcciones artificiales, como fue la tesis del delito permanente cuando se trataba de detenidos desaparecidos, que si bien fue permitió abrir una brecha en lo que hasta ese momento era una total negativa a juzgar los delitos de lesa humanidad acaecidos durante el gobierno militar, además de ser una ficción sólo permitió hacerse cargo de un grupo específico de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el período abarcado por la llamada Ley de Amnistía del año 1978, pues dicha doctrina jurisprudencial dejaba sin posibilidad de juzgamiento a los delitos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes y ejecuciones sumarias. En efecto, según consta en los informes de la Comisión de Verdad y Reconciliación (Informe Rettig) y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Informe Valech), al menos unas 35.000 personas fueron víctimas directas de violaciones de los derechos humanos en Chile bajo el gobierno dictatorial, de ellos unos 28.000 fueron torturados, 2.279 ejecutados sumariamente y unos 1.248 continúan como detenidos desaparecidos. Respecto de estas víctimas, se han iniciado sólo 1.300 causas en tribunales de justicia y el 75% de ellas corresponde a desapariciones forzadas¹⁸⁹, es decir, la gran mayoría de los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile durante el período del régimen militar permanecen aún sin ser juzgados.

¹⁸⁹ Fuente: Boletín informativo N° 21 – diciembre 2012, enero y febrero 2013. Observatorio de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

De otra parte, se intentó fundar la posibilidad de hacer justicia en las causas de delitos de lesa humanidad en instrumentos internacionales de derechos humanos no vigentes aún a la época de la comisión de los hechos, lo que jurídicamente no parece adecuado de cara a lo feble de los fundamentos, ocurriendo lo propio con los proyectos de ley que han buscado anular o derogar el D.L. 2.191/978 que, como se argumentó, son de muy débil fundamentación. En efecto, si bien políticamente, y de cara a los compromisos internacionales contraídos por Chile y en especial de cara al respeto hacia el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Almonacid Arellano v/s Chile*, es evidente la necesidad de dar una señal en el sentido de dejar sin efecto el D.L. 2.191/1978, para que ello cumpla su real propósito debe encontrarse una fundamentación legal para poder expulsarlo definitivamente del ordenamiento jurídico, haciéndose cargo de las eventuales consecuencias jurídicas que ello podría tener de cara al instituto de la prescripción lo que, como se dijo en el desarrollo del presente trabajo, parece una tarea imposible dadas las trabas que, irónicamente, colocan las garantías fundamentales frente a una posible aplicación retroactiva de una ley desfavorable al imputado. Así las cosas, pareciera ser que los únicos llamados a dejar sin efecto el Decreto Ley de Amnistía de 1978 produciendo el efecto de poder sancionar efectivamente los crímenes de lesa humanidad cometidos en el período cubierto por dicha norma, son los tribunales ordinarios de justicia a través de la interpretación jurisprudencial de la normativa legal, constitucional e internacional vigente a la época, como lo han venido haciendo hasta ahora y más aun a partir del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Almonacid Arellano v/s Chile*, siendo aquella la fórmula más eficaz encontrada hasta hoy para asegurar el esclarecimiento de los hechos y la aplicación de justicia exigida por la Corte al Estado de Chile en dicho fallo. Sin embargo, esta solución no tiene efecto general pues, en tanto fallos de tribunales ordinarios de justicia sólo producen efectos en las causas que actualmente se pronunciaren.

La única opción real de expulsar el D.L. 2.191/1978 de nuestro ordenamiento jurídico con efectos erga homines y con efecto retroactivo salvo tratándose de “derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas” es a través de una sentencia del Tribunal Constitucional que así lo declare, considerando eso sí, que todo proceso que se encuentre sobrepasado por aplicación de la ley de amnistía o bien en tramitación, no se contemplan dentro de las excepciones ya señaladas, y si bien podría pensarse que con la actual forma de generación del Tribunal Constitucional y su composición sería muy difícil lograr un fallo como el propuesto, en rigor el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es tan taxativo que pareciera que el Tribunal Constitucional no tendría una alternativa distinta a la señalada.

En otras palabras, la única forma de que el Estado de Chile honre sus compromisos internacionales y cumpla con lo que le ordenó la CIDH en el fallo Almonacid es la fórmula antes mencionada. Cualquier otra solución importaría mantener la vigencia, en la práctica, del D.L. 2.191/1978 o bien entregar soluciones jurisprudenciales para casos particulares, que no es precisamente lo que buscó la CIDH en el pronunciamiento señalado. Expulsar el Decreto Ley de Amnistía de 1978 de nuestro ordenamiento jurídico, mediante el procedimiento que establece la Constitución Política de la República es la única fórmula eficaz que podrá hacer posible el juzgamiento de todos los casos de derechos humanos que aún se encuentran pendientes, que han sido amnistiados o bien que aún no han sido iniciados, sobre todo en materia de torturas que constituyen el grueso de los casos y sin duda prácticas horribles que la sociedad quiere que jamás se vuelvan a repetir en nuestra patria, para lo que es necesario que se comprenda que este tipo de crímenes contra la humanidad, no importa el tiempo que pase, serán juzgados y sus hechos castigados y de esta forma lograr el efecto disuasivo necesario sobre los hechos, a modo de efecto de prevención general.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. ALDUNATE, Eduardo. “Derechos Fundamentales”. Edit. Legal Publishing, Santiago, 2008.
2. BORDA, Alejandro. “La Teoría de los Actos Propios” Editorial Abeledo- Perrot S.A.E e I. Buenos Aires, 2000.
3. BUERGUENTHAL, Thomas. y CANÇADO TRINDADE, Antonio. (comps.), Estudios especializados de derechos humanos, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
4. BUSTOS, Juan. “Obras Completas”. Tomo I, Derecho Penal, Parte General, 2ª Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2007.
5. CARBONELL, Miguel. (Coord.), “Neoconstitucionalismo(s)” Edit. Trotta, Madrid, 2003.
6. CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002.
7. CHINCHILLA HERRERA, Tulio. “¿Qué Son y Cuales Son Los Derechos Fundamentales?”. Edit. Temis S.A. Bogota, Colombia, 1999.
8. CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Séptima Edición. Santiago, 2005.
9. DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo, Editores. “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales” Editorial Trotta S.A. Madrid, 2007, Tercera Edición.
10. DUCCI CLARO, Carlos, “Interpretación jurídica”, pág. 46, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 1989.
11. ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal”. Tercera edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
12. FERRAJOLI, Luigi. “Democracia y Garantismo”. Editorial Trotta, Madrid, 2008.
13. FERRAJOLI, Luigi., “Derechos y Garantías”, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1997.
14. GARRETÓN, Manuel Antonio. “Del Postpinochetismo a la Sociedad Democrática”. Edit. Random House Mondadoi S.A., Santiago de Chile, 2007.

15. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001.
16. GUZMÁN DALBORA, citado por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ. Ob. Cit.ç
17. JAKOBS, Günther. “Derecho Penal. Parte General”. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2ª Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1991.
18. MALJAR, Daniel. “El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales”. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.
19. MAÑALICH, Juan Pablo. “Terror, Pena y Amnistía”. Editorial Flandes Indiano, Santiago 2010.
20. MOULIAN, Tomás. “Chile Actual; Anatomía de un Mito”. Lom Ediciones, Santiago, 1997.
21. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal. Parte General”. Edit. Tirant lo Blanch. Tercera Edición. Valencia, 1998.
22. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”. Edit. Librotecnia, Santiago, 2007, Tomo I.
23. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos”. Edit. Librotecnia, Santiago, 2006.
24. NOGUEIRA, Humberto (Coord), “La Constitución Reformada de 2005”. Editado por Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Librotecnia. Santiago, 2005.
25. PECES-BARBA, Gregorio. “Las Funciones de los Derechos Fundamentales.”. Edit. Universidad Carlos II de Madrid, Madrid, 1999.
26. POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.); MATUS, Jean Pierre (coord.). “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
27. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004.
28. QUINZIO, Jorge. Tratado de Derecho Constitucional. Edit. Lexis Nexis Chile, Santiago, 2003, Tomo II.
29. ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. 2ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

30. VELOSO, Paulina (coord.) “Justicia, Derechos Humanos y el Decreto de Amnistía”. Edit. PNUD. Santiago, 2008.
31. YUSEFF, Gonzalo. “La Prescripción Penal”. Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, 2005.
32. ZUÑIGA, Francisco (coord.) “Reforma Constitucional”. Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005.

Publicaciones en Revistas

1. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006. Fundación Konrad Adenauer, Berlin, 2006, Año 12, Tomo II.
2. Anuario de Derechos Humanos 2006, Editado por Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. Santiago, 2006.
3. BASCUÑÁN, Antonio. “Ley Penal”. En Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 2, Año 2005, Editorial Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2005.
4. Boletín informativo N° 21 – diciembre 2012, enero y febrero 2013. Observatorio de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.
5. FUENTES TORRIJO, Ximena. “Derecho Público”, en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 2, año 2005, págs. 1193 a 1220.
6. MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. “Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos”. Documentos Oficiales, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1, Diciembre de 2003.
7. MERA, Jorge. “El Decreto Ley de Amnistía y los Derechos Humanos”. En Estudios de derecho penal, Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Seminarios, Año 1994, N° 30, págs. 25 a 30. Edit. Universidad Diego Portales.
8. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia”. Revista Ius et Praxis, 2003, vol.9, no.1, p.403-466.
9. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N°s 2 y 3. Edit. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1996, Tomo I.
10. PEÑA TORRES, Marisol. “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno”. En: Revista Estudios

Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 205-222, ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

11. PRECHT, Jorge. “Vigencia de la Ley de Amnistía”. En Revista Estudios Constitucionales. Edit. Universidad de Talca, Año 1 N° 1 ISSN0718-0195, Santiago, Chile, 2003, págs. 255 a 262.
12. RODRIGUEZ, Ángel. “La Llamada Aplicación Retroactiva de la Ley Penal Favorable”. En Revista Derecho Penal Contemporáneo, N° 29, Octubre – Diciembre 2009. Legis Editores S.A. Bogotá.
13. SZCZARANSKI CERDA, Clara. “¿Secuestros u Homicidios? Una Lectura del Código de Procedimiento Penal Chileno”. En Revista de Derecho N° 10, Diciembre de 2003. Edit. Consejo de Defensa del Estado.
14. SZCZARANSKI, Clara. “El Perdón Social”. En Revista de Derecho N° 10, Diciembre de 2003. Edit. Consejo de Defensa del Estado.
15. ZÚÑIGA, Francisco. “Comentario a la sentencia en el “caso Molco” de la Excma. Corte Suprema, de 13 de diciembre de 2006”. En Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007.

Publicaciones en Sitios web

1. BERNALES ROJAS, Gerardo. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. Ius et Praxis [online]. 2007, vol.13, n.1 [citado 2015-07-01], pp. 245-265. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100009>.
2. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1989 AL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN: SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. Ius et Praxis [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 23 DE Julio de 2011], pp. 365-374. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100018&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122003000100018.
3. DÍAZ TOLOZA, Regina. “Aplicación de los Convenios de Ginebra por los Tribunales de Justicia Chilenos.”. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 33 N° 2, Año 2006. Págs. 305 a 327. <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n2/art06.pdf>. Última consulta: 02-11-2014.

4. HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam. “Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el Método de Casos.”. Estudios constitucionales [online]. 2008, vol.6, n.2 [citado 2011-07-22], pp. 73-119 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. doi: 10.4067/S0718-52002008000100004.
5. NASH, Claudio “La Incorporación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en el Ámbito Nacional: La Experiencia Chilena” [fecha de consulta: 22 de agosto de 2011] Disponible en: http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/Derechos_Humanos-Unicef.pdf, pág. 5.
6. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 y su Armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 2005, vol.18, no.2 [citado 19 Septiembre 2008], p.107-130. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.
7. NOGUEIRA, Humberto. “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno” En: Revista Ius et Praxis [en línea] 1997, 2 [fecha de consulta: 26 de julio de 2011] Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19720203>> ISSN 0717-2877, pág. 19.
8. PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos Y Su Ubicación En El Orden Normativo Interno”. Ius et Praxis [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2011-08-29], pp. 467-484 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100021&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122003000100021.
9. RIOS A., Lautaro. “El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile”. . Ius et Praxis. [online]. 2002, vol.8, no.1 [citado 25 Julio 2006], p.389-418. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100021&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.
10. ROLLA, Giancarlo. “La Concepción de los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo Latinoamericano”. <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf>. Consultado el 16 de Junio de 2011.