

“Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en torno a la aplicación del Decreto Ley de Amnistía 2191 durante los años 1990-2000”

Alumno:

Rodrigo Javier Saffirio López

Profesor Guía: Claudio Troncoso

I INTRODUCCIÓN . .	1
II ¿QUÉ ES EL DECRETO-LEY DE AMNISTÍA? .	3
III ANALISIS JURISPRUDENCIAL .	5
1) Convenios de Ginebra (Derecho Humanitario) .	5
2) Pacto de Derechos Civiles y Políticos . .	16
a) Doctrina que NO reconoce la aplicación del Tratado .	16
b) Doctrina que reconoce la aplicación del Pacto .	17
3) Convención para la Prevención y Sanción de Delito de Genocidio .	18
4) Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas .	19
5) Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes . .	21
IV Resoluciones de Organismos Internacionales sobre la aplicación de la ley de amnistía en Chile. . .	23
V Conclusiones . .	27
BIBLIOGRAFÍA .	31
1. Fallos: .	31
2. Memorias y Publicaciones: .	31

I INTRODUCCIÓN

La conciencia mundial con relación al actuar de los Estados frente a los “derechos esenciales que emanan de la persona humana” no es la misma de hace 50 años.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Internacional de Nuremberg declaró que:

*“El Derecho Internacional impone deberes y responsabilidades sobre los individuos y sobre los Estados. Los individuos pueden ser castigados por violaciones del Derecho Internacional. Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, y no por entes abstractos, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometieron tales delitos puede asegurarse el cumplimiento de las disposiciones del Derecho Internacional”*¹

Las implicancias que tuvo la ley de amnistía son relevantes para ver claramente cómo se respetan o quebrantan diferentes derechos esenciales a la persona humana, en momentos donde las situaciones políticas o históricas muchas veces hacen que nos olvidemos que existen.

Este “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” significa que, no solamente hay vínculos entre el Estado y sus ciudadanos, sino también entre ese Estado y la comunidad internacional que está interesada en que aquellos derechos no sean violentados.

¹ Plumer, Marie Claude y Culagovsky, Andrés “La Amnistía Frente al Derecho Interno y el Derecho Internacional”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1993, página 37.

“Los tratados internacionales sobre derechos humanos no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientes de su nacionalidad, tanto referente a su propio Estado, como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”²

Esta monografía irá enfocada a ilustrar cómo ha ido variando el criterio de aplicación de la ley de amnistía entre 1990 y 2000 a la luz diferentes tratados internacionales ratificados por Chile.

Detrás de toda la discusión, tanto doctrinaria como jurisprudencial, acerca de cómo se aplica la ley de amnistía, hay un análisis acerca de la jerarquía normativa de los tratados internacionales frente al derecho interno. Ese análisis no sólo ha ido evolucionando hacia un sentido más “protector” sino que ha dado pie para que en Chile se adopten criterios más abiertos que puedan lograr el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

De la jurisprudencia de los Tribunales superiores de Justicia en relación a la aplicación y extensión del decreto-ley de amnistía 2191 de 1977, no queda sino darse cuenta que lo que eran meras elucubraciones teórico-jurídicas algunos años atrás, hoy son verdades latentes en fallos dictados por Cortes de Apelaciones y Corte Suprema.

Pero no hay que engañarse, esto no es pacífico. Lo que hoy pudiera parecer estable, merece para algunos, profundas deficiencias técnicas que deben ser mejoradas.

Primero haré una breve reseña de lo que es la ley de amnistía, y posteriormente se irá mostrando diferentes interpretaciones de los tribunales en torno a cómo conciliar el decreto ley 2191 y diferentes tratados internacionales ratificados por Chile, principalmente los Convenios de Ginebra, los cuales son la piedra angular del Derecho Internacional Humanitario. El tema procesal y el conflicto entre las normas que establece el Código de Procedimiento Penal sólo será tocado de manera tangencial, ya que no es el tema principal de esta monografía.

² Pacheco, Máximo “La competencia consultiva de la CIDH”. RDJ, Tomo XCVI, 1999, página 117.

II ¿QUÉ ES EL DECRETO-LEY DE AMNISTÍA?

El DL de Amnistía (2191) fue publicado el 19 de Abril de 1978 y según su preámbulo buscó *“fortalecer los vínculos que unen a la nacionalidad chilena, dejando atrás las odiosidades carentes de sentido y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos”*.

Su artículo 1° señala: “ 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.”

La palabra amnistía proviene del griego “amnesis” que significa olvidar. Por diversas razones el Estado puede optar por no ejercer su *ius Puniendi* en determinados delitos o para determinadas épocas históricas, y de esa forma dejar sin sanción a aquellos que puedan haber sido los responsables. Nuestro ordenamiento jurídico contempla, como causal de extinción de la responsabilidad penal, la institución de la amnistía en el artículo 93 N°3 del Código Penal. La Constitución Política establece en su artículo 60 N°16 que sólo en virtud de una ley se puede conceder amnistía, norma que proviene de la anterior Carta Política de 1925 en el artículo 45.

El origen de la amnistía se remonta al año 404 antes de Cristo ³ .

Según Eduardo Novoa, se trata de “una institución que nació para resolver las dificultades que surgen en los casos de profundos cambios políticos y sociales, especialmente por situaciones revolucionarias o anormales, debido a que leyes anteriores o permanentes no parecen adecuadas para regir situaciones extraordinarias.”⁴

Según Alfredo Etcheberry, aunque no haya sido desarrollada en la Constitución, ni reglamentada en la ley, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen la compatibilidad de la amnistía con la Constitución, cuando ésta se otorgue antes que recaiga sentencia firme, e incluso antes de que se inicie una investigación judicial. Este último caso es denominado por el autor como amnistía propia. Cuando la amnistía se dicta después de la condena tiene un efecto beneficioso para personas determinadas, en cambio, la amnistía antes de la condena (DL 2191) tiene un carácter netamente procesal. En este caso la amnistía se refiere sólo a los hechos. En ningún caso declara que tal o cual hecho no ocurrió, ni que es lícito, sólo es un renuncia unilateral del Estado a ejercer las acciones correspondientes.⁵

La amnistía, según lo ha señalado la misma Corte Suprema⁶, establecida en el DL 2191 no es una amnistía particular a ciertos beneficiarios, sino que es general porque cubre hechos punibles durante un período determinado de tiempo, y de esta forma, no se vulnera la garantía constitucional de la igualdad ante la ley ni se establecen diferencias arbitrarias.

Según el artículo 1º abarca el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

La ley de amnistía no hace diferenciación entre delitos políticos y delitos comunes, incluso, una de sus mayores inconsistencias, es haber amnistiado toda forma de falsificación y estafa, pero castigado los fraudes, o haber perdonado el aborto, pero seguir penando la violación o el incesto. Con esto, la aplicación de la ley de amnistía se hace más dificultosa todavía, al no enunciar claramente qué delitos están cubiertos por ella, sino que hacer enunciaciones genéricas provocando que su aplicación e interpretación se haga extensiva tanto ha delitos comunes como a aquellos que atentan contra los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Finalmente su artículo 4º excluye de la aplicación del DL 2191 a *“las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores de los hechos que se investigan en proceso ordinario N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad-hoc.”*, o sea, el homicidio del ex-canciller Orlando Letelier y Rony Moffitt ocurrido en Washington D.C el 21 de septiembre de 1976.

³ Novoa, Eduardo. “Curso de Derecho Penal”. Tomo 2, 1966, página 440.

⁴ Ob. Cit., página 441.

⁵ Etcheberry ,Alfredo “Derecho Penal”, Tomo II, página 249.

⁶ RDJ, Vol LXXXVII, Tomo 2, sec 4, página 64.

III ANALISIS JURISPRUDENCIAL

1) Convenios de Ginebra (Derecho Humanitario)

Estos Convenios fueron suscritos por el Estado Chileno el 12 de agosto de 1949, y se incorporaron a nuestra legislación a través del decreto supremo N° 752, publicado en el Diario Oficial los días 17,18,19 y 20 de abril de 1951.

Los Convenios de Ginebra constituyen lo que se conoce como el “Moderno Derecho Humanitario”, que tiende a proteger a las personas y bienes afectados por las hostilidades.

Este Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de principios y reglas destinados a ser aplicados en los conflictos armados, con el fin de humanizar las hostilidades y proteger a las víctimas de la guerra.

Entre el Derecho de la Guerra y el Derecho Internacional Humanitario existe una relación de género a especie. En efecto, mientras el primero se compone de aquel conjunto de normas que regulan el desarrollo de una guerra, tanto en lo que respecta a la limitación de los medios como en los métodos de ataque, por otra parte, el Derecho Humanitario se refiere, precisamente, a este último ámbito del derecho de la guerra en sentido estricto.⁷

De esta forma el Derecho Internacional Humanitario puede definirse como *“un cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto”*(Cristophe Swinarsky, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*)⁸

Estos Convenios son cuatro, además de los Protocolos Adicionales de 1977:

- Para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña
- Para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar
- Trato sobre prisioneros de guerra
- Protección de las personas civiles

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

Con relación a los conflictos armados que no tienen carácter internacional, es necesario que estos cumplan con determinados requisitos:

Que el conflicto tenga lugar en el territorio de un Estado

Se oponen las Fuerzas Armadas de este Estado, a Fuerzas Armadas o a grupos armados que no reconocen su autoridad

Estas fuerzas y grupos armados deben estar bajo el mando de una autoridad responsable; y

Deben ejercer un dominio sobre una parte del territorio de dicho Estado que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar las disposiciones de Derecho Humanitario del Protocolo II.

El alcance que se le dará a estos Convenios será uno de los que más cambios tendrá a lo largo de la década, producto de las variaciones que sufrirán las concepciones relativas a si estaba Chile o no en las situaciones previstas por ellos.

La situación de guerra que puede afectar a uno o varios territorios no sólo acarrea soportar los enfrentamientos y las duras consecuencias de los conflictos armados, sino que también acarrea la aplicación de toda una normativa especialmente establecida para una situación como la descrita. Esta normativa puede abarcar el aumento de las penas en determinados delitos comunes, la comisión de delitos que necesariamente requieren

⁷ Oyarzún, Bárbara. “El derecho Internacional Humanitario y su aplicación a nivel nacional”. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2001

⁸ Ob. Cit., página 36.

como presupuesto una guerra, normas sobre restricciones a determinados y específicos derechos fundamentales, y normas sobre protección de personas y bienes en momentos de hostilidades, etc.

Por esto resulta de gran importancia determinar por los tribunales superiores de justicia si algunas normativas que regulan éstos estados excepcionales tienen o no, aplicación en Chile a los casos que, en teoría, estarían cubiertos con la ley de amnistía, y si es o no, posible superponer los Convenios de Ginebra a la aplicación de este decreto para lograr la debida protección de los afectados y la necesaria sanción para los responsables.

Nuestro país vivió bajo Estado de Sitio⁹ desde el 18 de septiembre de 1973 en base a la causal de “conmoción interior”. Esta causal presenta una característica muy problemática: su carácter difuso.

Según Francisco Zúñiga es necesario buscar este concepto en el Código de Justicia Militar (CJM) y determinar de acuerdo a esa normativa cuál es su real alcance. El problema se presenta, según el autor, porque entre el 18 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de 1974, no hubo ninguna graduación del estado de sitio ya que éste comenzó recién el 11 de septiembre de 1974, con el D.L. 641, que declaró el Estado de Sitio en grado de “defensa interna”.¹⁰

La mayoría de los casos que presentaron conflictos jurídicos en materia de aplicación de la amnistía ocurrieron precisamente en ese período, bajo el imperio del DL N° 3 del 18 de septiembre de 1973 y el DL N° 5 de 22 de septiembre de 1973 que interpretó el Art. 418 del CJM, declarando Estado de Sitio por conmoción interna, y entendiendo el “estado de guerra” sólo para los efectos de las penalidades que establece para esos casos la legislación.

De esta forma, entre el 18 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de 1974 hubo una situación de guerra interna caracterizada por la acción de grupos organizados que perseguían el control político del país. En otras palabras, habían fuerzas rebeldes organizadas y se aplicó el “Derecho de Guerra” para combatir la disidencia.¹¹

Este último punto será uno de los grandes debates presentes en tribunales ya que la determinación de su alcance es la que posibilita o no la aplicación del DL 2191

Doctrina de la NO aplicación de los Convenios:

Corte Suprema , 24 de agosto de 1990¹²

⁹ Según el artículo 40 de la Constitución Política de 1980, el Presidente de la República podrá, con acuerdo del Congreso, en caso de guerra interna o conmoción interior, declarar todo o parte del territorio en estado de sitio. En virtud de esta declaración el Presidente de la República podrá trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni en otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y restringir las libertades de locomoción, de información y de opinión. (artículo 41).

¹⁰ Zúñiga, Francisco “Amnistía ante la Jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 2, número 2, 1997, pp. 167-213.

¹¹ Ob. Cit., página 197.

En este fallo, la Corte Suprema llegó a una interpretación que se mantuvo por mucho tiempo, manifestándose en una negativa tajante a cualquier posible aplicación de los Convenios.

A través de un recurso de inaplicabilidad se buscó declarar la inconstitucionalidad del Art. 1 del DL 2191, sobre amnistía, pues vulneraría los artículos 5, 19 N°s 1,2,7,23 y 24 de la Carta Fundamental.

Se perseguía no hacer aplicable el referido artículo a los hechos constitutivos de la detención y el secuestro agravado de setenta personas, ocurrido entre septiembre de 1973 y 1977.

La Corte Suprema en una larga resolución, luego de declarar que los Convenios de Ginebra se consideran comprendidos en el artículo 5 de la Constitución y que es deber del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, señaló:

“...en conformidad a los artículos 2º y 3º que son comunes a los cuatro Convenios promulgados, resulta de manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos, que surjan dentro del territorio de algunas de las Altas Partes Contratantes, y dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligarán sus disposiciones...”

De esta forma *“...no encuentran aplicación a los hechos delictuosos investigados en la causa, por cuanto si bien están comprendidos dentro del período de la situación de Estado de Sitio que cubre la Amnistía, no parece que sean la consecuencia o hayan resultado de un estado de conflicto interno, de las características anteriores”*.

Con esta conclusión se desechaba muy rápidamente cualquier intención por parte de los abogados recurrentes a lograr hacer primar el Derecho Internacional Humanitario por sobre la aplicación del DL 2191, y no se deja ninguna opción para tratar de hacerlos aplicables a las situaciones anteriormente descritas.

Así, conforme a los artículos 197 y 408 N°5 del Código de Procedimiento Penal, los jueces deben declarar de pleno derecho la aplicación de la amnistía, sin que tenga obligatoria aplicación el artículo 413 del Código de procedimiento Penal (C.P.P), que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación destinada a comprobar el delito y determinar la persona del delincuente. El Considerando 15 afianza la doctrina jurisprudencial que la amnistía “impide y paraliza” la acción penal.¹³

Corte Marcial, Fuerza Aérea, Carabineros en 1994 (Rol n°965-92)

Si bien tampoco se le dio aplicación a los Convenios de Ginebra la Corte Marcial tomó en cuenta otros antecedentes:

“El Decreto Ley número 5 de 1973, no hace declaración alguna de guerra interna y

¹² RDJ, Vol LXXXVII, Tomo 2, sección 4, página 64.

¹³ Ob. Cit., página 201.

su propósito fue de carácter jurisdiccional a fin de entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a los tribunales militares, atendida la situación de subversión existente, limitándose a expresar que el estado de tiempo de guerra es para el sólo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo y así lo expresa claramente en su artículo primero en que declara interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar y explica que el Estado de Sitio decretado por conmoción interna, debe entenderse estado o tiempo de guerra para el sólo efecto de la penalidad de ese tiempo”.

Con lo anteriormente descrito se le da solamente un carácter procesal-penal al Decreto Ley número 5, y no permite establecer características más de fondo que permitan hacer que los hechos se encuadren en una situación que permita establecer que sí es procedente la aplicación de los Convenios de Ginebra.

Corte Suprema, 26 de octubre de 1995 ¹⁴

Conociendo de un recurso de queja, la Corte Suprema señaló que más que no hacer aplicables los Convenios de Ginebra, lo que ella hace es darle su exacta aplicación a la realidad fáctica que vivía el país.

Se establece que las autoridades de la época concentraban tanto las potestades constituyentes como legislativas y, cómo la realidad de la época así lo ameritaba, se buscó una especial rigurosidad para poder sancionar y castigar los delitos contra la seguridad interior del país.

De esta forma se procedió a declarar el estado de sitio por la específica causal de guerra interna, para así poder hacer que los tribunales militares de tiempos de guerra conocieran de las causas relativas a su jurisdicción.

Por eso, según la Corte, no se puede estimar que a la fecha en que se cometió el delito en cuestión existiere en Chile un conflicto de las características a que se refieren los convenios de ginebra.

Con esto, se adopta el mismo criterio utilizado por los tribunales militares y se restringe el alcance del decreto - ley número 5 a un ámbito procesal-penal.

Doctrina de la aplicación de los Convenios:

Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de septiembre de 1994 ¹⁵

En esta fecha se dictó un fallo que *“despertó la polémica entre los expertos sostenedores de distintas corrientes de interpretación jurídica, al sentar precedente en el sentido de dar primacía a los tratados internacionales por sobre la ley interna, en este caso, el DL 2191 de 1978”* ¹⁶.

Esta resolución fue redactada por el Abogado Integrante Humberto Nogueira, y posteriormente revocado por la Corte Suprema. No obstante esta revocación, el fallo se

¹⁴ “Gaceta Jurídica”, año 1995, N°185, página 120.

¹⁵ Gaceta Jurídica, año 1994, N°171, página 126.

¹⁶ Véase, “En torno al Debate sobre la aplicación del DI 2191 desde 1994 en adelante”. Biblioteca del Congreso Nacional. Estudio año IX, N°224.

hace cargo de los planteamientos expuestos en la doctrina que negaba la aplicación de los Convenios.

Los hechos que dieron lugar a este fallo fueron que el 10 de Julio de 1974 se secuestró y torturó a Bárbara Uribe Tambley y Edwin Van Jurick Altamirano.

Según lo establece la Corte de Apelaciones nunca se acreditó la muerte de los respectivos ofendidos y, por tanto, corresponde determinar si al procesado Osvaldo Romo Mena, le es aplicable o no el Decreto Ley de Amnistía de 1978.

El punto esencial a determinar por todos los Tribunales que se han abocado al tema de la aplicación o no de los Convenios de Ginebra, dice relación con establecer clara y fehacientemente si en Chile hubo o no algún tipo de guerra o conflicto armado sin carácter internacional que permita hacer aplicables tales tratados.

En este caso la Corte de Apelaciones da un paso fuerte hacia una doctrina muy fértil, que poco a poco irá ganando más adeptos, hasta ser adoptada por la Corte Suprema.

Junto con determinar lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago hace un rico análisis no sólo de las Convenciones antes citadas, sino también de la jerarquía normativa que tienen los tratados internacionales en general. Así – señala la Corte de Apelaciones- la Comisión de Estudios de la Constitución en su sesión del 20 de junio de 1974 estableció que los tratados internacionales están posicionados jerárquicamente en un lugar superior a la ley, porque el Estado quiere que *“sus órganos cumplan los tratados mientras no exista voluntad de denunciarlos”*, no obstante eso, no existe una norma expresa que determine cabalmente la jerarquía normativa de los tratados en la Constitución.

Continúa señalando que *“las leyes valen en la medida que respeten y garanticen los derechos humanos, lo que se deduce del principio de vinculación de los órganos del Estado a los derechos fundamentales que se extrae del artículo 5 inciso 2 de la Constitución en relación con el artículo 1 y 19 nº26 de la misma”*

La Corte establece que la Constitución Política de la República no fundamenta la validez de una norma de Derecho Internacional Público, sino sólo su aplicabilidad. Al ser incorporada una convención al derecho interno, es la propia convención la que decide cómo se aplican sus normas, debiendo considerarse preferentemente el tratado, o inaplicarse las leyes que se ocupan de la misma materia que el tratado incorporado.

Por lo tanto, ante una contradicción entre ley y tratado - señala la Corte- el problema no se plantea en el ámbito de la validez de tales normas sino que se plantea en el terreno de la aplicabilidad, ámbito dentro del cual debe decidir el juez ordinario, aplicando preferentemente el tratado.

Junto con lo anterior, en este fallo la Corte alude a los principios contenidos en el artículo 27 de la Convención de Viena y el principio *“pacta sunt servanda”* (cumple lo pactado). De esta forma, los tratados deben ser cumplidos por los Estados Parte de buena fe, mientras no se demuestre internacionalmente su inaplicabilidad.

Con relación a la aplicación específica de los Convenios de Ginebra la Corte señala que:

“c)...entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de septiembre de 1974 rigió el Estado de Sitio, ello significa que hubo conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas que operaban en forma abierta o clandestina y durante todo el período rigieron los tribunales, los procedimientos y las penalidades de tiempo de guerra, como asimismo, había una acción militar al mando de un jefe especialmente nombrado al efecto, con atribuciones para dictar bandos.

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

Siguiendo esa línea, los ministros Correa Bulo y Pérez Zañartu en un voto disidente plantearon lo mismo el 20 de agosto de 1998 en un fallo de la Corte Suprema.

Por lo contundente de sus argumentos me permito citar más extensamente lo expuesto por ellos:

“Por otra parte, la Junta de Gobierno, mediante el decreto ley 3, de 11 de septiembre de 1973, declaró en Estado de Sitio todo el territorio nacional en atención a “la situación de conmoción interior” que en su concepto vivía el país, asumiendo ella la calidad de General en Jefe de las Fuerzas que operarían en la emergencia. Dicho estado de excepción constitucional se complementa en cuanto a sus efectos jurídicos por el artículo 1 del decreto ley 5 de 12 de septiembre de 1973, el que declara “interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar”, en el sentido que “el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse estado o tiempo de guerra para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes especiales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”. Entre esta última legislación aplicable en un estado o tiempo de guerra, e incluso en conflictos armados sin carácter internacional, se encuentran los Convenios de Ginebra de 1949. Además, en lo relativo a la Convención de Ginebra debe tenerse presente que fue ratificada por Chile y es ley de la República, la cual debe ser considerada por los tribunales al resolver un caso concreto. Por lo tanto, se impone al Estado de Chile la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados al interior de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tiendan 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. Asimismo, como este Convenio Internacional tiene por objeto garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, quedando establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado. Así, si los tribunales aplican la amnistía que concede el decreto 2.191 de 1978, a lo menos, deben establecerse las circunstancias en que ocurrieron los hechos y determinar la persona del responsable, con el fin de no burlar el espíritu de la Convención Internacional antes referida”.

Cabe recordar que “la noción de conflicto armado sin carácter internacional, introducida por el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949¹⁷, ha llegado a ocupar un lugar central en el derecho contemporáneo. En el proyecto originado del Protocolo II sobre conflictos internos, un grupo de expertos elaboró para el Comité Internacional de la Cruz Roja un concepto amplio de conflicto armado interno a: *Toda situación en la que hostilidades de carácter colectivo enfrenten en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes a fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable*. Este artículo 3º ha sido llamado una convención en miniatura, dada su importancia y la gama amplia de materias que abarca.¹⁸

Corte Suprema, 9 de septiembre de 1998¹⁹

Finalmente, la segunda sala de la Corte Suprema, con los votos de los Ministros Navas, Cury y Pérez, y los abogados integrantes Montes y Castro, acogiendo los planteamientos ya enunciados cuatro años antes por la Corte de Apelaciones, sostuvo que no es posible aplicar el decreto ley de amnistía, ya que ciertos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, particularmente los Convenios de Ginebra, vigentes en Chile lo prohíben.

La Corte Suprema en este caso acoge un recurso de casación en el fondo y establece la improcedencia de decretar sobreseimiento definitivo por aplicación del N°5 del artículo 408 del C.P.P., y declara la vigencia de los Convenios de Ginebra en 1974.

En este caso, los hechos dicen relación con que el día 19 de Julio de 1974 don Pedro Poblete Córdova salió de su casa con dirección a su trabajo sin llegar nunca a su lugar de destino.

Posteriormente, el 28 de agosto de 1974 le avisaron a la familia que el Sr. Córdova había sido detenido y trasladado hasta el campo de detención Cuatro Alamos, no conociéndose aún su paradero.

El Tribunal de 1º Instancia señaló que la amnistía constituía una institución objetiva, por lo tanto, borra el delito y se retrotrae al momento mismo en que el delito fue cometido, por lo que, dictada una ley de amnistía y establecido el hecho, debe sobreseerse definitivamente.

La Corte Marcial señaló que, en relación a los Convenios de Ginebra, éstos presuponen la existencia de un conflicto armado de carácter internacional, o si no llega a tener esa calidad, de tal magnitud que signifique una lucha entre bandos militares y operaciones propias de una situación bélica auténtica. Declara la Corte, además, que el mismo Convenio dispone que no regirá respecto a situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, tales como motines o actos esporádicos.

¹⁷ El Art. 3 señala que caso que surja en el territorio de alguna de las partes contratantes un conflicto armado sin carácter internacional, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar ciertos principios humanitarios que enumera.

¹⁸ Véase Plumer, Marie Claude y Culagovsk, Andrés. “La Amnistía ante al derecho interno y el derecho internacional”. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.

¹⁹ Gaceta Jurídica, año 1998, N°219, página 114.

La Corte Suprema en un fallo que revirtió todas las anteriores interpretaciones dejó en claro y con argumentos muy contundentes la absoluta vigencia de los Convenios de Ginebra en 1974.

Por la relevancia del fallo transcribiré textualmente los, a mi juicio, considerandos más relevantes en este tema:

9)...*"Se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Chile y publicado en el Diario Oficial del 17 al 20 de abril de 1951, que en su artículo 3º (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio , al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales , y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio adrede, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;*

10º *Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores , teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente , puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido "Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (Fallos del Mes N°446, sección criminal, página 2066, considerando 4ª).*

En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso (se refiere a un recurso de casación en el fondo), en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de

buena fe por los Estados; de lo que se colige que el Derecho Interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos;” (Corte Suprema, 9 de septiembre de 1998, Rol 469 -98).

Si bien este fallo causó la alegría en muchos abogados que han dedicado toda su vida al tema de los Derechos Humanos, causó suspicacias y recelos por parte de otros autores que no comparten en absoluto los criterios de la Corte Suprema, con razonamientos que, desde su punto de vista, pueden llegar a ser perfectamente válidos.

Así, se dice que pretender que los Convenios de Ginebra sean aplicables en el período que se inicia el 11 de septiembre de 1973, no hace sino, instaurar en Chile desde esa fecha un estado o tiempo de guerra.

En este mismo fallo el Auditor General del Ejército, señor Fernando Torres Silva, afirma en su voto disidente que, el DL N° 5 lo único que hizo fue entender el tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad que establece el C.J.M y para los demás efectos presentes en la legislación, es decir, se continúa con el criterio más restrictivo que se instauró en la interpretación de los tribunales militares.

El artículo 418 del C.J.M señala:

“Para los efectos de este Código, se 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 de la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial.”

Continúa Torres Silva señalando que, tampoco se cumplen los artículos 3 y 4 de lo convenios, comunes a los cuatro tratados, que establecen que regirán cuando surjan conflictos armados internos dentro del territorio de alguna de las partes contratantes, porque, debe ser un efectivo conflicto bélico, bajo la dirección de un mando responsable, que ejerzan un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Otros argumentos que abogan por la negativa a la aplicación de los Convenios van encaminados también a demostrar que los tratados internacionales *“deben regirse por su texto y luego por su contexto, dentro del cual deben considerarse las Conferencias Internacionales anteriores a la adopción del texto y las Actas de estas mismas conferencias. No consta en ninguna de estas últimas la pretendida aplicación del derecho Internacional Humanitario a los casos de tensión interna que no lleguen a configurar un conflicto jurídico no internacional, como los descritos”*.²⁰

En otro sentido, según el abogado Hernán Montealegre *“...para que pueda hablarse de un cambio sustancial en la jurisprudencia de la Corte Suprema en estas materias, la Corte debe reafirmar su resolución del 9 de septiembre de 1998 y negar la aplicación de la ley de amnistía. Mientras esto no ocurra, no cabe hablar aún de un cambio decisivo en la jurisprudencia para que se ajuste a las obligaciones jurídicas internacionales de Chile.*

²⁰ Oyarzún, Bárbara. “El Derecho Internacional Humanitario y su aplicación a nivel nacional”.. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.2001, página 200.

La resolución del 9 de septiembre demuestra que la Corte puede y debe hacerlo...”²¹

Según, Eduardo Contreras, abogado querellante en el caso que permitió el desafuero del General Pinochet “uno de los errores -que permitió el desafuero- viene del 11 de septiembre de 1973, cuando dictó el DL N° 5 que lo amarra a respetar los Convenios de Ginebra. Sobre este punto, el fallo que desautorizó al general (r) establece que no cabe sino aceptar que a la fecha de los homicidios y/o secuestros, de que se trata, el país se encontraba jurídicamente en estado o tiempo de guerra. Entonces, según la Corte Suprema, debió respetarse los “Convenios de Ginebra”, que establecen el trato humano con los detenidos y los que hayan quedado fuera de combate, y prohíben “los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios (...) y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”,²²

Para concluir con el tema de los Convenios de Ginebra, me gustaría exponer la opinión de tres importantes autores nacionales en relación a los cambios jurisprudenciales que se han desarrollado en los tribunales superiores de justicia:

Enrique Zurita (Senador Institucional y Ex – Ministro de la Corte Suprema)

“Yo creo que respecto de los convenios internacionales se está cometiendo un tremendo error, dándole incluso un valor retroactivo y modificando la Constitución. Es la forma más fácil de modificarla. La Constitución se reforma con quórum calificado. No podemos aceptar que convenios internacionales nos declaren delitos imprescriptibles e inamnistiables, porque eso es ir contra toda la institucionalidad que tenemos. Nosotros tendríamos que dictar una ley en ese sentido y, a partir de entonces, no serían amnistiables ni prescriptibles. Las leyes internacionales no debieran primar sobre las leyes locales.

Máximo Pacheco (Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

“No es posible aplicar la Ley de Amnistía, ya que el problema no se resuelve por un perdono, sino sobre la verdad y la justicia. No cabe duda que hay que investigar. Aplicar los convenios internacionales, sí, porque de acuerdo con la última modificación de la Constitución Política, esos convenios entran a formar parte del ordenamiento jurídico chileno. En consecuencia, son tan válidos como la Constitución y las leyes chilenas y hay que aplicarlos.

Humberto Nogueira (Ex – abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Stgo)

“El Estado de Chile como tal incorporó a su ordenamiento jurídico interno en 1951 los convenios de Ginebra de derecho humanitario internacional. Por lo tanto, esos convenios estaban vigentes, eran válidos en el Derecho chileno antes de la dictación del decreto ley de amnistía. Al mismo tiempo, los tratados internacionales tienen una fuerza pasiva, resistente a las normas legales internas.”²³

²¹ Diario “La Tercera”, 30 de septiembre de 1999, opinión editorial.

²² Revista “Qué Pasa”, 13 de agosto de 2000.

2) Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Este Tratado fue aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, a través de la resolución 2200 A (XXI), pero incorporado a la legislación interna sólo el 29 de abril de 1989, fecha de su publicación en el Diario Oficial.²⁴

a) Doctrina que NO reconoce la aplicación del Tratado

Para la Corte Suprema en el fallo dictado el 24 de agosto de 1990, anteriormente ya citado, la discusión radica en el artículo 15 punto 2 del referido Tratado que señala:

“Nada 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”.

Según los recurrentes este artículo está en manifiesta contradicción con el decreto-ley de Amnistía ya que el efecto de éste último es precisamente evitar las responsabilidades provenientes de delitos reconocidos internacionalmente. La Corte en su considerando 28 se refiere a esto:

“No existe contradicción, en virtud de que el principio de la irretroactividad de la ley penal consagrado en la propia Carta Fundamental y que contempla el propio artículo 18 del Código Penal, impiden que tenga aplicación a situaciones y hechos acaecidos con anterioridad a su incorporación a la legislación interna, es decir, al 29 de Abril de 1989”

Corte Suprema, 4 de junio de 1996²⁵

Se señaló que cuando se aplica la ley de amnistía no se vulnera ningún tratado internacional sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana porque la vigencia de tales tratados es posterior al decreto ley 2191 y porque *“éste no ha impedido que se realice la más exhaustiva investigación posible sobre los hechos que culminaron con la muerte del señor Soria”.*

Así, el artículo 5º de la Constitución Política de la República no tiene jamás efecto retroactivo porque no hay ninguna norma que así lo establezca.

En virtud de esta interpretación la causa es sobreseída total y definitivamente.

Corte Suprema, 11 de marzo de 1998²⁶

Aquí la Corte recurre a argumentos como los de afirmar que las normas del decreto

²³ Estas tres opiniones fueron recogidas por la “Semana Jurídica” en su edición del 29 de enero al 4 de febrero de 2001.

²⁴ Por decreto supremo N°41 (RREE), 7 de enero de 1991, D.O. 24 de octubre de 1991, se reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.41).

²⁵ RDJ, Vol XCIII, Tomo 2, sección 4, página 119.

ley de amnistía tienen el carácter de orden público y ha sido aplicada no sólo beneficiando a quienes estaban en el poder sino también a personas con distinta ideología política.

En cuanto a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, según la Corte “*sus normas sólo son aplicables en nuestro derecho desde el 5 de Enero de 1991, fecha de su publicación en el Diario Oficial, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo rige desde el 29 de Abril de 1989; en tales circunstancias esos estatutos no afectan a los amparados por la presente amnistía y con relación al arresto ilegal de personas, por oponerse a ello el principio de irretroactividad de la ley penal, consagrado en la Constitución Política de la República y ratificado en el artículo 18 del Código Penal. Por estas razones debe entenderse que los jueces al pronunciar el sobreseimiento definitivo dieron cabal aplicación a los artículos 5 y 6 de la Constitución Política de la República, 93 del Código Penal y 408 número 5 del de Procedimiento Penal.*”

Además de recordar la aplicación del artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados agrega que:

“ninguno de los acuerdos internacionales vigentes limita la facultad de amnistiar, por el contrario el referido Pacto, reconoce expresamente la eficacia de esta institución en su artículo 6 punto 4, aun cuando se refiere a los condenados a muerte, declara que la amnistía procederá en todos los casos”.

El 8 de septiembre de 1998, conociendo de una casación en el fondo, la Corte Suprema mantiene este firme criterio señalando, igualmente, que el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos rigen solamente desde el 5 de enero de 1991 y 29 de abril de 1989 respectivamente, por lo cual, no pueden ser obstáculo para la aplicación de la ley de amnistía. Ni tampoco pueden serlo en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal.

b) Doctrina que reconoce la aplicación del Pacto

Al igual que lo ocurrido con las Convenciones de Ginebra, en el fallo del 30 de septiembre de 1994, la Corte de Apelaciones de Santiago también se pronuncia sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos dándoles, eso sí, plena aplicación:

“Duodécimo: Que si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce la amnistía, ésta la circunscribe sólo al ámbito de quienes fueron condenados a muerte, con el objeto de preservar el bien jurídico de mayor valor que es la vida humana. De acuerdo a este razonamiento, no puede ser invocada la amnistía para impedir la sanción de individuos o agentes del Estado que, debiendo proteger y garantizar la vida y la integridad física y psíquica de las personas, hubieren actuado violentando tales derechos. A ello debemos agregar el principio de que las normas jurídicas deben ser interpretadas en la manera que mejor favorezca a la protección de los derechos, por tanto, las excepciones deben ser consideradas en sentido restrictivo.

²⁶ RDJ, Vol XCV, Tomo 1, sección 4, página 9.

Haciendo suyo este mismo criterio la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, señaló que al declarar válida una ley de amnistía se violó la obligación establecida en el artículo 1° de la Convención y, de esta forma, se transformaría a las leyes nacionales en verdaderos obstáculos al cumplimiento de la Convención Americana.

3) Convención para la Prevención y Sanción de Delito de Genocidio

Esta Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. La entrada en vigor internacional para Chile fue el 1 de septiembre de 1953, a través del decreto promulgatorio N° 316 de 5 de junio de 1953. Su publicación en el Diario Oficial fue el 11 de diciembre de 1953.

En su artículo I la mencionada Convención establece que: *“Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.”* Y, precisa *stricto sensu* qué debe entenderse por genocidio.

“La característica fundamental de este delito es su objeto, ya que debe estar dirigido hacia la destrucción de un grupo. Si bien estos grupos se componen de individuos, éstos no son importantes per se sino sólo como miembros del grupo al cual pertenecen.”²⁷

La Corte Internacional de Justicia en una opinión consultiva señaló que en esta convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones.

La Corte Suprema, en el ya conocido fallo del 24 de agosto de 1990, apoyándose en la doctrina del profesor Alfredo Etcheberry, señaló que: *“Las disposiciones de esa Convención no tienen actual aplicación por cuanto no se han establecido en la legislación nacional sanciones específicas para castigar esa figura penal”*.

En este pronunciamiento la Corte Suprema no hace ningún análisis doctrinario que permita asimilar los delitos contemplados en la Convención a alguno existente en la legislación chilena, sólo se limita a constatar un hecho: la no dictación de una ley que adecue los tipos penales.

Esta convención constituye un caso paradigmático de normas *non-self-executing*, es

²⁷ Ortiz, Adrián. “El derecho a la vida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos”. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2000, página 144.

decir, que sólo pueden aplicarse luego de haber sido objeto de desarrollo por parte de los órganos legislativos o ejecutivos, según el caso.

Con esto, se desecha por parte de casi la unanimidad de la doctrina, la posibilidad de invocar la referida Convención por violentar el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, es decir, no hay delito ni pena sin ley que la contemple, y en Chile aún no se habría dictado una ley que sancione y tipifique este delito.

La única vía que existiría para poder aplicar la referida convención es la de tratar de asimilar los tipos penales establecidos en ella a algunos delitos ya existentes en la legislación chilena, pero eso sería una materia bastante más ardua y mucho más incierta.

Lo que sí está claro es que el principio de legalidad no sólo está presente en la legislación chilena sino que también en tratados internacionales, el Art. 9 de la Convención Americana señala que “*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable*”.

Lamentablemente con esta interpretación llegamos a un consenso en que, no obstante, se cumpliría con la normativa chilena, se incurriría en responsabilidad internacional ya que nuestro país estaría dejando de cumplir con sus obligaciones hacia otros Estados, lo que va obviamente en contra de lo establecido en el Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, donde se consagra el hecho que un Estado no puede invocar su derecho interno como justificación al incumplimiento de un Tratado.²⁸

4) Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas

Esta Convención fue aprobada el 14 de septiembre de 1973, La entrada en vigor internacional para Chile fue el 20 de febrero de 1977. Su publicación en el Diario Oficial fue el 29 de marzo de 1977.

La Corte Suprema tiene una interpretación restringida de este Tratado, la que plasma en un fallo del 4 de junio de 1996. Este caso se refiere al homicidio de Carmelo Soria Espinosa, quien era ciudadano español, que también poseía la nacionalidad chilena y que trabajaba en Chile como jefe del Departamento editorial del centro Latinoamericano de Demografía, organismo que pertenecía a la CEPAL.

La Corte Suprema deja claro que no es suficiente con ser oficial o agente de una organización intergubernamental para ser “persona internacionalmente protegida”, además se requeriría tener derecho según el Ordenamiento Internacional a una

²⁸ En esta misma línea, Valencia Evelyn y Tapia, Francisco. “El Delito de Genocidio en el Derecho Internacional y en la Legislación Chilena”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 1999.

protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad.

Según la Corte, en el presente caso, no hay invocada ninguna norma de derecho internacional que le otorgue esa protección. Incluso señala que invocar el Convenio entre Chile y la CEPAL del 29 de octubre de 1954 no dice relación con el caso porque en ese convenio se exige ser “funcionario de la CEPAL”, definido en la letra h), sección 1 del artículo 1 de ese acuerdo, y esa calidad no la tenía el señor Soria.

Lo interesante de este caso es la opinión que emitió el Sr. Fiscal de la Corte Suprema Don Enrique Paillas, quién señaló con contundentes argumentos la aplicabilidad no sólo de este tratado sino de otros más.

Señala el Fiscal que en virtud del artículo 3 de la “Convención sobre castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas” el Estado debe instituir jurisdicción para castigar delitos como homicidio, secuestro u otros atentados contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida.

Luego de hacer un análisis en relación a las funciones que ejecutaba el Sr. Soria en la CEPAL, el Fiscal concluye que *“por la certificación de aquellas personas de alta distinción, el señor Soria tuvo calidad de funcionario internacional superior de planta y gozaba, en consecuencia, de protección especial contra su persona.”*

A mi entender los argumentos más fuertes y sólidos dicen relación con el análisis efectuado al artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política. Señala el Fiscal que ese artículo le impone a todos los órganos del Estado un deber que prima sobre cualquier otro establecido en la legislación, y que consiste en garantizar y hacer respetar los derechos que emanen de cualquier tratado internacional que Chile hay ratificado y que esté vigente. Establece además que el referido artículo 5 inciso 2 dio un especial realce a la Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, y también al Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra, de 12 de agosto de 1949, suscrito y ratificado por Chile, que dispone que las Altas Partes Contratantes se comprometan a tomar medidas legislativas para fijar las sanciones penales adecuadas a las personas que cometiesen o diesen orden de cometer homicidios, torturas u otros delitos.

Continúa el Fiscal, luego de citar los artículos 18, 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, diciendo que la Convención sobre Sanción y Prevención contra Delitos a Personas Internacionalmente Protegidas y los Convenios de Ginebra son ley de la República desde 1977 y 1949 respectivamente, es decir, anteriores al decreto ley de amnistía de 1978. De esa forma se incorporaron a la legislación nacional con un carácter de preferente a la ley interna porque son compromisos internacionalmente contraídos.

Señala, además, el Fiscal que el artículo 5 inciso 2 hizo constar lo anterior expresamente por lo que se ha ratificado el valor de los tratados anteriormente suscritos por Chile, por lo que no existe efecto retroactivo que lesione ningún principio porque es una norma de derecho público que no quebranta ningún derecho adquirido.²⁹

²⁹ RDJ, Tomo 2, Vol XCIII, año 1996.

5) Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes

Esta Convención fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, quedando a disposición de los Estados para su firma y ratificación el 4 de febrero de 1985. La entrada en vigor internacional para Chile fue a través del Decreto promulgatorio N° 808, 7 de octubre de 1988. Su publicación en el Diario Oficial fue el 26 de noviembre de 1988.

Al momento de ratificar, y quizás por las futuras consecuencias jurídicas que podrían traerle al Gobierno Militar, se formularon reservas a normas y mecanismos bastante importantes de la Convención, entre otros:

El Gobierno no se someterá a arbitraje o a la Corte en caso de divergencias sobre la interpretación o aplicación de la convención.

En virtud de que el párrafo 3 del artículo 2 modifica el principio de obediencia reflexiva, Chile aplicará lo dispuesto en la Convención al personal sujeto al CJM, respecto a los subalternos, siempre que la orden, notoriamente tendiente a la perpetración de los actos indicados en el art. 1, no sea insistida por el superior ante la representación del subalterno.³⁰

Finalmente en 1990 se retiraron éstas reservas y actualmente se reconoce jurisdicción obligatoria a la Corte Internacional.

Al igual que en la mayoría de las Convenciones, en el artículo 1 se fija su campo de aplicación al definir qué se considerará tortura y que no:

“Se entenderá por Tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en el ya citado fallo del 30 de septiembre de 1994, reconoce que ésta convención es plenamente aplicable por estar aprobada por el Congreso Nacional, y publicada en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988.

Señala categóricamente que, en virtud de los artículos 4, 5 y 12 de la Convención no

³⁰ Giancaspero, Paola. “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el problema de la jurisdicción internacional”. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2001, página 175.

cabe la prescripción de la acción penal ni la amnistía sobre los delitos de tortura, ya que existe la obligación impuesta por el Tratado, que tiene un valor superior a la ley, que obliga a los órganos del Estado, y especialmente a los tribunales de Justicia de respetar y promover los derechos y obligaciones contenidas en el Tratado.

Por último, la Corte señala que el Estado de Chile no puede dejar de investigar ni de ejercer jurisdicción sobre los delitos de tortura que se hayan determinado y en los cuales existen personas individualizadas como autores, cómplices o encubridores.

IV Resoluciones de Organismos Internacionales sobre la aplicación de la ley de amnistía en Chile.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene, como una de sus atribuciones, emitir recomendaciones para todos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos. Estas recomendaciones son la etapa final de un procedimiento que se inicia con comunicaciones o peticiones presentadas a la Comisión.

“El Estado Parte tiene el deber jurídico de reparar adecuadamente las violaciones de los derechos por él cometidos, ya sea por responsabilidad de actos de gobierno o de decisiones jurisdiccionales de los tribunales. El Estado que no cumple las recomendaciones dictadas por la Comisión, vulnera los artículos 50.3 y 51.2, no solamente en virtud de las normas imperativas generales de derecho internacional *Pacta Sunt Servanda* y *Bonna Fide* del artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1968, sino, además, porque viola las normas convencionales *per se*.”

31

Garay Hermosilla et al.v.Chile, Caso 10843, Informe No.36/96, Inter.-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II95 Doc.7rev.en156(1997) .

³¹ Nogueira, Humberto en “Las Constituciones y Tratados en Materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 6, número 2, 2000., pp 245-279.

El 27 de marzo de 1991 se efectuó una denuncia contra el Estado de Chile por “*violación del derecho a la justicia y por la situación de impunidad en que quedó la detención y desaparición de una serie de personas*”. Esta denuncia fue en base a la dictación por parte de la Corte Suprema del ya mencionado fallo del 24 de agosto de 1990.

En el caso, se expuso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado de Chile y los afectados, lo siguiente:

“Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y, especialmente, el hecho que la Corte Suprema ha denegado a 70 chilenos acceso a la justicia en violación a lo establecido en la Convención Americana, actualmente vigente en Chile, y en vista de que es perfectamente previsible que la actual Corte Suprema mantenga su criterio, los denunciantes solicitan a la Comisión que declare que el Estado de Chile ha violado el artículo 25 en relación con el 1.1 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, y que el DL 2191 es incompatible con las obligaciones de Chile”.

Luego de pronunciarse sobre los requisitos de admisibilidad y dejar establecido que se trató de llegar a una solución amistosa, el informe presenta los alegatos hechos por el Estado de Chile.

Llama la atención la falta de fundamentos jurídicos presentados por Chile, siendo encaminada la defensa en demostrar factores políticos, y desconocer principios esenciales como la continuidad de los Estados y las obligaciones internacionales anteriormente contraídas.

Chile señaló que el decreto-ley 2191 no se dictó por el gobierno democrático chileno, sino por el gobierno de facto y que el nuevo gobierno tuvo que acoger las reglas impuestas por el régimen militar, las que no se podían modificar ya que sólo pueden tener origen en el Senado, donde carece de mayoría debido al número de personas no designadas por votación popular.

Se hicieron valer argumentos bastante dudosos como, por ejemplo, que el gobierno había exhortado a la Corte Suprema para que declare que la amnistía vigente no puede ser obstáculo para que se investigue y sancione a los responsables, y otros argumentos de orden reparativo, como que a través de la ley 19123 se concedió a los familiares de las víctimas: pensión vitalicia; procedimiento especial de declaración de muerte presunta; atención especializada por parte del Estado en materia de salud; educación y vivienda, etc.

Con todo lo anterior Chile pidió que se rechacen los cargos formulados contra él.

Finalmente la Comisión llega a las siguientes conclusiones:

- El Decreto-ley de Amnistía es absolutamente incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Que la sentencia dictada el 28 de agosto de 1990 viola abiertamente lo dispuesto en los artículos 1.1 y 2.

Termina señalando la comisión, que la responsabilidad por las violaciones causadas por el DL 2191 de facto, promulgado por el régimen militar que detentó el poder en forma

antijurídica y arbitraria, no derogado por el poder legislativo actual, y aplicada por el órgano jurisdiccional, recae en el Estado de Chile, con prescindencia del régimen que la sancionó o del Poder del Estado que la aplicó o hizo posible su aplicación.

b) El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló en marzo de 1999 en su Exámen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto que “.. el decreto-ley de amnistía, en virtud del cual se concede amnistía a las personas que cometieron delitos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, impide que el Estado parte cumpla sus obligaciones, con arreglo al párrafo 3 del artículo 2, de garantizar la reparación efectiva a cualquier persona cuyos derechos y libertades previstos en el Pacto hayan sido violados. El Comité reitera la opinión expresada en su Observación General 20, de que las leyes de amnistía respecto de las violaciones de los derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado parte de investigar esas violaciones, garantizar que las personas no se vean sometidas a dichas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro”.

V Conclusiones

Luego de este breve paso por la forma en que los tribunales han interpretado el decreto ley de amnistía, cabe la duda de qué pasa internacionalmente frente a los reiteradas negativas por dar cumplimiento a las obligaciones internacionales de Chile.

La jerarquía normativa de los tratados internacionales se ha vuelto con el tiempo en una cuestión muy importante de dilucidar, ya que muchas de las interrogantes que se plantearon en su momento decían, precisamente, relación con la forma en que estaba estructurado el artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, donde se encontraba radicado el problema.

A pesar que la historia fidedigna de la redacción de ese artículo, producto de la reforma constitucional de 1989, es casi nula, algunos autores como José Luis Cea, postulan que esta disposición fue concebida y redactada con la intención que los tratados sobre derechos humanos tuvieran una jerarquía formal y sustancial material de Constitución. Esto se puede ver corroborado, según el autor, en el art. 2 y 29 del Pacto de San José de Costa Rica, o el 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

Otros profesores como Lautaro Ríos, afirman que la reforma introducida por la ley 18825 de 1989, lo que hace es “restaurar el deber de promoción de los derechos fundamentales, atribuyendo este deber a todos los órganos del Estado a través de los cuales se ejerce la soberanía y especificando que tales derechos no son solamente los garantizados por la Constitución, sino también los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”³²

Lamentablemente, la misma naturaleza del Derecho Internacional hace muy dificultoso establecer claramente cuál es el régimen de responsabilidad que surge para un Estado luego de infringir los mandatos internacionales.

Cuando nos referimos a temas económicos o de libre comercio los Estados adoptan sistemas que pueden prevenir e, incluso, sancionar a aquellos que infringen sus normas. De esta forma, las sanciones de carácter económico hacen a los países infractores replantearse la posibilidad de transgredirlas.

En materia de derechos humanos las sanciones no van solamente por el carácter económico, sino que requieren fuertes medidas coercitivas, que terminan diluyéndose por la falta de un poder central que monopolice el uso de la fuerza.

El principio de responsabilidad no sólo incluye a los particulares u órganos públicos dentro de un Estado determinado, sino que también a esos mismos Estados inmersos en la comunidad internacional por sus acciones u omisiones. Este principio de la responsabilidad está claramente establecido en la doctrina y jurisprudencia internacional y consiste en que: *“toda obligación internacional trae consigo la obligación de reparar”*³³

La Corte Interamericana entiende que la responsabilidad internacional puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Se configuran claramente todos los requisitos para hacer que Chile sea internacionalmente responsable tanto por los actos del poder ejecutivo, al dictar el DI 2191 como por las actuaciones violatorias de Derechos Humanos, y también el Poder Judicial al rechazar constante y sistemáticamente los recursos de amparo o apelaciones a sentencias condenatorias protegiéndose y aplicando íntegramente la ley de amnistía.

Estamos frente a una acción u omisión imputable al Estado de Chile y violatoria de compromisos internacionales, los que configuran claramente requisitos esenciales para la responsabilidad internacional.

Recientemente hemos sido testigos de la demora por parte de Chile de un fallo de la Corte Interamericana que ordenó la exhibición de la película “La última tentación de Cristo” y, lamentablemente, no queda sino esperar que la comunidad internacional reaccione y vea que tipo de sanciones podría aplicar a Chile.

Obviamente la no exhibición de una película no se compara en nada a lo que ocurrió en Chile desde 1973, pero, sin duda, es un reflejo de la debilidad del sistema internacional frente al incumplimiento de tratados voluntariamente suscritos por países miembros y cuyas infracciones darán lugar a represalias más morales que efectivas.

Nuevamente el fallo del 30 de septiembre de 1994 tocó este tema y , precisó que la Corte de Apelaciones, se encuentra vinculada positivamente a la Constitución, no

³² Ambas opiniones en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 2, número 2, 1997, pp 81-91 y 101-112 respectivamente.

³³ Serie A, N°17, página 29. Citado por Benadava, Santiago. “Derecho Internacional Público”, página 181.

pudiendo sustraerse de las obligaciones impuestas en orden a promover y respetar los derechos humanos, sin incurrir en “notable abandono de deberes” y exponer la seguridad y el honor del Estado de Chile en el campo internacional.

Ojalá que este criterio de la Corte de Apelaciones se haga extensivo a todo el quehacer del Estado, y no tengamos nunca más que analizar las posibles consecuencias de las infracciones de Chile a sus compromisos internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

1. Fallos:

Corte Suprema, 24 agosto 1990, RDJ, Vol LXXXVII, Tomo 2, sección 4, página 64.

Corte Suprema, 26 octubre 1995, Gaceta Jurídica, año 1995, N°185, página 120.

Corte Apelaciones de Santiago, 30 de septiembre 1994, Gaceta Jurídica, año 1994, N° 171, página 126.

Corte Suprema, 9 de septiembre 1998, Gaceta Jurídica, año 1998, N°219, página 114.

Corte Suprema, 4 de junio 1996, RDJ, Vol XCIII, Tomo 2, sección 4 página 119.

Corte Suprema, 11 de marzo 1998, RDJ, Vol XCV, Tomo 1, sección 4, página 9.

2. Memorias y Publicaciones:

“La amnistía frente al derecho interno y el derecho internacional”. Marie Claude Plumer

- y Andrés Culagovsky. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1993.
- “El derecho internacional humanitario y su aplicación a nivel nacional”. Bárbara Oyarzún. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2001.
- “El derecho a la vida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos”. Adrián Ortiz. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2000.
- Evelyn Valencia y Francisco Tapia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1999.
- “La amnistía y el decreto Ley 2191 de 1978”. Armando Palominos. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1989
- “Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el problema de la jurisdicción internacional”. Paola Giancaspero. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2001.
- “La competencia consultiva de la CIDH”. Máximo Pacheco. RDJ. 1999. Tomo XCVI, página 117.
- “Ius et Praxis”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2, N°2. 1997, y año 6, N°2. 2000
- “En torno al debate sobre la aplicación del DL 2191 desde 1994 en adelante”. Estudio año IX, N°224. Biblioteca del Congreso Nacional.
- “Constitución Política de la República de Chile”. Emilio Pfeffer Urquiaga. Editorial ConoSur 1999, página 23 a 31.
- “Informe N°36-96, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10843, 15 de octubre de 1996.
- “Derecho Penal, Parte General”, Enrique Cury, Tomo II, pág 4.
- “Derecho Internacional Público”, Santiago Benadava, 4º edición.
- “Curso de Derecho Penal”, Eduardo Novoa, Tomo 2, 1966.
- “Derecho penal”, Alfredo Etcheberry, Tomo II.
- Diario “La Tercera”, 30 de septiembre de 1999. Opinión Editorial. (obtenida de su página de internet www.latercera.cl)
- Revista “Qué Pasa”, 13 de agosto de 2000. (obtenida de su página de internet)
- “La Semana Jurídica”. Edición del 29 de enero al 4 de febrero de 2001 (obtenida de la página www.lexisnexis.cl)