

Juan Pablo Mañalich R.

**TERROR,
PENA Y AMNISTÍA**

**EL DERECHO PENAL
ANTE EL
TERRORISMO DE ESTADO**

f

flandes indiano SANTIAGO, 2010

EDITORIAL FLANDES INDIANO © 2010. REPRODUCCIÓN PROHIBIDA

AGRADECIMIENTOS

En la composición de este libro me he visto inmensamente favorecido por la compañía intelectual de muchas personas. Una versión (muy) preliminar de lo que llegarían a ser algunos de sus capítulos fue presentada y discutida en el marco de un curso sobre reconciliación y justicia transicional, dado conjuntamente con Fernando Atria entre enero y mayo de 2008 en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Quiero agradecer especialmente a los estudiantes, que hidalgamente soportaron la – a veces pesada – carga especulativa, por esa posibilidad. Una versión algo posterior fue presentada y discutida en dos seminarios sucesivos organizados por el Centro de Estudios de la Justicia, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en junio del mismo año. Estoy sumamente agradecido por la disposición siempre favorable de su directora, la profesora María Inés Horvitz.

Discutiendo formal y también informalmente acerca de varias de las cuestiones que componen el argumento del libro he tenido el privilegio de contar con la crítica generosa e inteligente de José Tomás Atria, Javier Contesse, Rocío Lorca, Francisco Saffie y Samuel Tschorne. Espero que la versión final dé cuenta de al menos algunas de sus importantes observaciones. Por algunas puntualizaciones sumamente útiles acerca de algunas cuestiones de derecho internacional, debo agradecer especialmente a Ximena Fuentes. Igualmente importantes fueron las muchas y muy pertinentes sugerencias editoriales de José Miguel Valdivia. Mi deuda para con Fernando Atria, quien leyó y comentó atentamente varios de los capítulos, formulando observaciones sumamente importantes, es especialmente gravosa.

Una versión posterior, más cercana a la definitiva, fue leída y discutida entre un generoso círculo de ayudantes y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: Sebastián Aylwin, Javier Contesse, Javier Gallego, Juan José Gatica, Diego Pardo, Ítalo Reyes, Carla Sepúlveda, Guillermo Silva y Julio Tapia. Para cada uno de ellos vale también mi más genuino agradecimiento.

Last but (certainly) not least, tengo que agradecer a Francisca Bakovic, quien con una paciencia que a veces parecía infinita, leyendo y discutiendo varios de los pasajes más arduos del texto, contribuyó decisivamente a mejorar la formulación de alguno de sus argumentos más difíciles. A ella está dedicado este libro.

ÍNDICE

I. EL TERROR: NI PERDÓN NI OLVIDO

1. La transición como normalización de la violencia 9
2. La categoría “violaciones de derechos humanos” 12
 - 2.1. Crímenes contra la humanidad 12
 - 2.2. La paradoja de los derechos humanos 15
3. El terror y el derecho 19
 - 3.1. Facticidad y validez 19
 - 3.2. La DINA como paradigma 23
4. ¿Superación del pasado a través del derecho? 29
 - 4.1. Criminalidad de excepción 29
 - 4.2. La trivialidad de lo jurídico 30
 - 4.3. El ejemplo del genocidio 32
 - 4.4. La punición como sujeción al pasado 38
5. Verdad, memoria y justicia 41
 - 5.1. La “moral de las víctimas” y la paradoja del perdón 41
 - 5.2. La memoria y el conflicto político 44
 - 5.3. Excurso: la pragmática del perdón 45
 - 5.4. ¿Justicia como medio de prevención y reparación? 48
6. Amnesia, o la ideología de la reconciliación 50

II. LA PENA

COMO FORMA JURÍDICA DE LA RETRIBUCIÓN

PARTE I. LA RETRIBUCIÓN COMO SIGNIFICADO DE LA PENA

1. El concepto de pena 53
 - 1.1. Una definición de “pena” 53
 - 1.2. Implicaciones sustantivas de la definición 56
2. La justificación prevencionista de la pena 59
 - 2.1. El problema del chivo expiatorio 59
 - 2.2. ¿Utilitarismo de la regla? 60
 - 2.3. ¿Compatibilidad entre prevención y culpabilidad? 63
 - 2.4. Un experimento mental 65
3. La punición como acto expresivo 68
 - 3.1. La función expresiva de la pena 68
 - 3.2. ¿Prevención general positiva? 70
 - 3.3. Culpabilidad como déficit de reciprocidad 72

4. **La pena retributiva como acción comunicativa** 76
 - 4.1. El reproche jurídico-penal como acto de habla ilocucionario 76
 - 4.2. La pretensión de validez subyacente al reproche 79
 - 4.3. La relación entre la irrogación del mal y la expresión de reproche 81
 - 4.4. Acción comunicativa, acción estratégica y acción instrumental 84
 - 4.5. El reproche como reconocimiento 87

PARTE 2. LA PENA COMO FORMA JURÍDICA DE LA RETRIBUCIÓN

5. **La pena como retribución** 89
 - 5.1. La punición como realización del derecho 89
 - 5.2. La pena como institucionalización del reproche de culpabilidad 91
 - 5.3. La correspondencia entre delito y pena 94
6. **La estructura de la coacción punitiva** 95
 - 6.1. Coacción de realización y coacción de aseguramiento 95
 - 6.2. La coacción punitiva como subrogación 98
7. **La pena como consecuencia jurídica del delito** 101
 - 7.1. El carácter "absoluto" de la pena retributiva 101
 - 7.2. La asimetría entre delito y hecho punible 103
 - 7.3. Derecho y deber punitivo 106

III. LA AMNISTÍA COMO FORMA JURÍDICA DE LA GRACIA

PARTE I. LA GRACIA COMO SIGNIFICADO DE LA AMNISTÍA

1. **La gracia y la justicia** 109
 - 1.1. ¿Subordinación de la gracia a la justicia? 109
 - 1.2. Misericordia y particularidad 111
 - 1.3. La irreflexividad de la adjudicación: la gracia como intromisión 115
2. **La paradoja de la gracia** 117
 - 2.1. Aquello mayor que lo cual nada puede ser pensado 117
 - 2.2. La gracia como atributo divino 124
3. **La gracia como límite de la justicia** 127
 - 3.1. La gracia como superación vía desconocimiento 127
 - 3.2. La gracia entre la teología y la política 132

PARTE 2. LA AMNISTÍA COMO FORMA JURÍDICA DE LA GRACIA

4. **La amnistía como institución de lagracia** 135
 - 4.1. La amnistía como acto de gracia 135
 - 4.2. ¿La gracia como resabio monárquico? 136
 - 4.3. La amnistía como acto de gracia con la (sola) forma de ley 141

- 5. **Dos formas de amnistía** 144
 - 5.1. Abolición versus gracia en sentido estricto 144
 - 5.2. Declaración de culpabilidad
como presupuesto de la gracia en sentido estricto 148
 - 5.3. Amnistía propia e impropia bajo el derecho chileno 150

IV. LA (IN)VALIDEZ DEL DECRETO-LEY DE AMNISTÍA

PARTE 1. LA CRÍTICA

- 1. **El “decreto-ley de amnistía”** 155
- 2. **Estrategias de elusión** 157
 - 2.1. La doctrina Aylwin 157
 - 2.2. El “secuestro permanente” 162
 - 2.3. Excurso: ¿delitos permanentes “en sentido amplio”? 167
- 3. **El decreto-ley de amnistía bajo el derecho internacional** 171
 - 3.1. ¿Invalidez de la amnistía bajo el derecho internacional? 171
 - 3.2. ¿Mandato de punición irrestricta
de violaciones de derechos humanos? 174
 - 3.3. ¿Protección de derechos humanos vía punición preventiva? 177
 - 3.4. Consecuencias 180

PARTE 2. LA PROPUESTA

- 4. **La invalidez inmanente de la auto-amnistía** 183
 - 4.1. El decreto-ley de amnistía como auto-amnistía 183
 - 4.2. Alteridad subjetiva como presupuesto
de la renuncia a la punición 185
 - 4.3. La auto-amnistía como contradicción performativa 186
 - 4.4. ¿Cosa juzgada fraudulenta? 189
- 5. **El decreto-ley de amnistía
y la validez temporal de la ley penal** 193
 - 5.1. Derogación, anulación y retroactividad 193
 - 5.2. Irretroactividad y favorabilidad 195
 - 5.3. El decreto-ley de amnistía como ley intermedia 199
 - 5.4. ¿Aplicabilidad de la ley intermedia
como exigencia de irretroactividad? 202

V. ¿PRESCRIPCIÓN TRAS LA AMNISTÍA?

1. ¿Imprescriptibilidad de las violaciones de derechos humanos? 205
2. Los presupuestos materiales de la prescripción de la acción penal 208
 - 2.1. La contingencia de la punición 208
 - 2.2. La prescripción como promesa del Estado de derecho 211
 - 2.3. La derrotabilidad de la regulación de la prescripción 214
3. La prescripción de la acción penal bajo la prohibición de retroactividad 216
 - 3.1. El problema 216
 - 3.2. Esbozo de jurisprudencia constitucional (comparada) 217
 - 3.3. Punibilidad *versus* "perseguidibilidad" 220
 - 3.4. ¿Irrelevancia frente a la validez temporal de la legislación procesal? 224
4. Prescripción, retroactividad y protección de la confianza 225
 - 4.1. El principio de irretroactividad y la seguridad jurídica 225
 - 4.2. Exigencias de culpabilidad democrática 227
 - 4.3. La protección de la confianza y el Estado de derecho 229
 - 4.4. El DL 2191 como obstáculo institucional a la punición 231
5. La inaplicabilidad de la "media prescripción" 233

BIBLIOGRAFÍA 235

INDEX

nominorum 252

legum, sententiarum tractatumque 255

EDITORIAL FLANDES INDIANO © 2010 REPRODUCCIÓN PROHIBIDA