

DERECHO PENAL

EL PERDÓN SOCIAL *

Clara Leonora Szczaranski Cerda *

Consideraciones generales previas 1

Excusas legales absolutorias

La legislación penal en Chile y en otros países, además de requerir texto previo legal para la aplicación de una pena determina, en casos especiales, pese a la concurrencia de todos los elementos del delito, incluida la culpabilidad, que para la aplicabilidad de una pena deban considerarse ciertas *condiciones de punibilidad*. Por eso, algunos autores creen necesario agregar a los elementos del hecho delictivo la "*punibilidad*", como un elemento distinto, adicional.

De las distintas condiciones de punibilidad vigentes en Chile, para los efectos de este estudio, nos interesan las excusas legales absolutorias fundadas en el perdón social, en particular la amnistía. El perdón social que se expresa en una amnistía es otorgado por el mismo poder que puede imponer una sanción: el del Estado, y se hace por ley. El indulto, por su parte, es el perdón de la autoridad del momento y opera mediante decretos.

Excusas legales absolutorias y amnistía

Las excusas legales absolutorias, y en especial la amnistía, son de aquellos tópicos respecto de los cuales no resulta para nada especulativo en lo jurídico, ni carente de interés político y social, profundizar conceptos y medir y comparar términos, pues, es una realidad del mundo del derecho el que estos institutos legales den pie a verdaderos conflictos doctrinarios y judiciales de vasta repercusión social y política. En el caso de la amnistía, en Chile en particular, aunque no se trata de un problema que nos afecte con exclusividad, es decisivo para mejorar la integración de la sociedad concordar criterios acerca de la aplicabilidad de las normas que la regulan y acerca del alcance de las mismas y, muy en especial, acerca de la oportunidad procesal de su aplicación. Son los temas que profundizaré.

Cousiño, luego de definir las excusas legales como "(...) *casos en que no obstante la existencia de un delito (hecho típico, antijurídico y culpable), la propia ley punitiva dispone la inaplicabilidad de la amenaza penal respecto de determinadas personas*"², hace presente algo muy importante para los efectos de explicarnos la confusión reinante respecto de esta institución jurídica: "*La circunstancia de que sean razones de política criminal y no de técnica jurídica las que han impulsado al legislador a excluir de pena a ciertas personas, en determinadas circunstancias, trae como corolario el que exista un notable desconcierto entre los tratadistas, no tan sólo para señalar los casos en que propiamente existen excusas legales absolutorias, sino, también, para encontrar una solución jurídica adecuada a esos mismos casos*"³. Este autor destaca también cómo, en parte, la confusión deriva de contraponer dos giros gramaticales que constituyen un concepto único, excusas legales absolutorias y causas personales de exclusión de penas, "(...) *pues su única diferencia estriba en la fuente latina o germana que se utilice*"⁴. En efecto, señala que esta materia es analizada por la ciencia penal alemana bajo el epígrafe de causas personales de exclusión de pena, pero que el origen de la denominación "excusas legales absolutorias" se encuentra en el artículo 65 del Código Penal francés, el cual reza: "*No podrá EXCUSARSE ningún crimen ni delito, ni mitigarse ninguna pena, sino en los casos y circunstancias en que la LEY DECLARA EXCUSABLE el hecho*"⁵, lo que –sigue Cousiño– hace a Garraud comentar esa norma señalando que "*LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS, llamadas también perentorias, son aquellas que, sin hacer desaparecer la infracción, tienen por efecto excluir la pena, de tal manera que, reconociéndose su existencia a favor de un reo o de un acusado, éste, aunque declarado culpable, no puede ser condenado a ninguna pena*"⁶ (las expresiones en mayúsculas corresponden al texto original del autor). Al mismo tema, de las diferentes fuentes, se refiere Novoa, citando a Beling⁷.

En la doctrina nacional, para definir las excusas en comentario, destaco la síntesis conceptual de Politoff, quien escribe: "(...) *las llamadas excusas absolutorias son causales para prescindir de la pena, aunque el delito esté íntegro en sus ingredientes de tipicidad, injusto y culpabilidad, si está presente una determinada característica personal del actor (la que, por supuesto, sólo favorece a éste y no a los demás partícipes). Tanto las condiciones objetivas de punibilidad como las excusas absolutorias tienen un fundamento*

Amnistías propias e impropias

Corroborar y complementa esos conceptos, entrando más en terreno, José Luis Guzmán Dalbora, quien sistematiza muy exactamente aspectos claves de esta clase de perdón social. Señala el autor que la amnistía no "*expulsa ilícitos*" del ordenamiento positivo, sino que, según se trate de amnistía propia o impropia, extingue la acción o la pena . Señala el autor que: "*... se pueden distinguir dos clases de amnistía. La propia tiene lugar antes de que se pronuncie sentencia firme, y es causa de extinción de la acción penal; la impropia, a su turno, interviene pasada esa fase, y extingue la pena. Que ambas, no sólo la segunda, están recogidas por el ordenamiento chileno, es un punto némine discrepante en la doctrina actual; es más, desde Novoa (...) se ha venido consolidando la opinión de que podría decretarse después del cumplimiento de la condena, porque al penado, en todo caso, le asistirá el interés de no figurar en el número de los reincidentes*" 9 . Esta opinión la confirma Guzmán al señalar que "*(...) la amnistía impropia extingue la pena principal, las accesorias – incluso la de inhabilitación para derechos políticos, sin necesidad del acuerdo especial que los artículos 42 del CP y 17 de la CPR asignan al Senado (...) y todas las inhabilidades e incapacidades dictaminadas por la condena, la cual tampoco podrá ser considerada como fundamento de ninguna especie de reincidencia*" 10 .

Por su parte, Cury escribe: "*(...) la gracia es una de las más valiosas herramientas político-criminales de que se puede disponer para efectuar los ajustes necesarios; y aunque naturalmente introduce un cierto grado de indeterminación en el derecho vigente, pudiendo prestarse incluso para abusos, es dudoso que renunciando a ella se consigan mejores resultados*" 11 . Y agrega, distinguiendo –según creemos– entre amnistías propias e impropias: "*Algunos autores vieron en ella una verdadera derogación de la ley que incriminaba el hecho punible respectivo. Este punto de vista es, sin embargo, inexacto, ya que, aparte de las situaciones alcanzadas por la amnistía, esa ley prosigue surtiendo efectos de manera regular incluso respecto de hechos que se ejecutaron simultáneamente con los amnistiados. Se trataría, pues, sólo de una derogación parcial y ficticia, difícil de concebir*" 12 , alcance con el cual estaría considerando la no extinción objetiva de la acción penal.

Oportunidad procesal para la declaración de procedencia de una amnistía impropia

Como la amnistía impropia –cuyo es el caso del Decreto Ley 2.191 de 1978– cancela responsabilidades penales (necesariamente determinadas en sentencias respecto a personas en cada caso) y no la antijuridicidad de los hechos típicos, cobra particular relevancia la observación de Guzmán, en el mismo trabajo antes citado, en cuanto a que en estos casos distintas son las "*(...) obligaciones del tribunal que compruebe o ante quien se aleguen los presupuestos de aplicación del instituto*" 13 .

En lo relativo al Decreto Ley 2.191 de 1978 podemos constatar el alcance de tal distinción al concluir que la amnistía en él contenida no se refiere a hechos, sino a personas. En efecto, su artículo 1º prescribe: "**Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de **autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos...****", de lo cual se desprende que esta disposición exige la determinación, como sujetos culpables respecto de un ilícito penal específico, en calidad de autores, cómplices o encubridores. El grado de participación culpable de un acusado en un delito sólo puede determinarse una vez agotado un proceso penal, en virtud de una sentencia ejecutoriada. A lo anterior se agrega que el Decreto Ley 2.191 sólo contiene una referencia específica a determinados hechos delictuosos para el único fin de excluirlos de la aplicación de la amnistía.

Al mismo respecto, pero determinando con particular claridad la oportunidad procesal de la amnistía, Garrido Montt señala que la amnistía es una forma "*(...) de perdón para el responsable de un delito, establecida en el art. 93 Nº 3. Según esta disposición, se extinguen la pena y todos sus efectos siempre e indudablemente que se haya pronunciado sentencia definitiva*". Advierte, a su vez, que "*los alcances que a veces se atribuyen a esta forma de perdón pueden inducir a equívocos. Debe recordarse que la amnistía está ubicada en el Título V del Libro I, 'De la extinción de la responsabilidad penal'; por consiguiente, sus consecuencias ... dicen relación con la responsabilidad exclusivamente, y no con el delito mismo, de manera que no anula el carácter delictuoso del hecho, tampoco borra el delito, y no importa una revalorización de los hechos. (...) La antijuridicidad del hecho no desaparece, y tan es así que la unanimidad de la doctrina concuerda en que puede dar origen a reparaciones civiles aunque se haya amnistiado*" 14 .

De lo anterior debe colegirse que la amnistía en Chile dice relación con delitos completos: típicos, antijurídicos y culpables, a los que sólo se resta la punición, lo que, como destaca Cousiño, "*(...) trae como inmediata consecuencia el que la impunidad no alcance a los extraños que participan, en cualquier calidad, en su perpetración*" 15 . En conexión con lo dicho afirma el autor que la exclusión de la sanción penal no excluye la responsabilidad civil, "*(...) ya que ella no se funda en la penalidad del hecho, sino en su calidad de injusto, en la culpabilidad del agente y en el daño inferido (artículos 2284 y 2314 del Código Civil). Estos corolarios tienen, en nuestro país, una solución expresa en los incisos primero y final del art. 489 del Código Penal*" 16 .

De lo dicho concluyo, en el marco de estos planteamientos conceptuales previos que, en Chile, la normativa vigente establecería la procedencia de la amnistía impropia, esto es, aquella que exime de pena al condenado, sin extinguir la acción penal. Sobre los alcances de esta precisión, de trascendentes

consecuencias, comentaré en el desarrollo del presente texto.

Principales críticas a la aplicabilidad del Decreto Ley 2.191 de 1978, amnistía

Es importante la polémica surgida sobre la aplicabilidad del específico decreto ley de amnistía dictado en Chile en las causas relativas a violaciones de los derechos humanos, perpetradas por militares durante un período de crisis de nuestro ordenamiento jurídico, entre 1973 y 1978.

Para unos la aplicación de esta amnistía es sinónimo de **impunidad** y cuestionan el origen o génesis del Decreto Ley 2.191 de 1978, negando su vigencia ante el ordenamiento jurídico interno. Se señala críticamente, además, que aplicar la amnistía decretada en 1978 es denegación de justicia; que es un arbitrio unilateral de los propios culpables, quienes se habrían autoamnistiado contraviniendo los Convenios de Ginebra. Se observa, también, que la aplicación del Decreto Ley 2.191 significa contravención de los tratados internacionales que tutelan los Derechos Humanos y que se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno vía artículo 5 de la Constitución Política del Estado.

Para otros, la no aplicación de la amnistía es violación de los derechos del imputado en cuanto se estaría desconociendo los principios de legalidad de la pena y pro reo que obligan a imponer la pena más benigna.

Me referiré, a continuación, a estas observaciones críticas:

I. Acerca de la invocada impunidad y no vigencia del Decreto Ley 2.191 ante el Derecho interno de Chile

Trataré, en este primer acápite, las críticas relativas a la impunidad pretendida con la exención de pena por quienes la dictaron y a la nulidad o, incluso para algunos, la inexistencia, de la amnistía decretada en Chile sin las debidas competencias y formalidades. En el acápite III abordaré el tema de su vigencia ante los Convenios de Ginebra y de la autoamnistía a la luz de éstos.

La eventual impunidad resultante de la aplicación de la amnistía es una voz común, no argumentada jurídicamente en forma específica, sino que relacionada o mezclada con los conceptos de "unilateralidad" de la amnistía, autoamnistía y denegación de justicia. Algo de esa impunidad se critica en lo dicho por don Manuel Guzmán Vial, ex Presidente del Consejo de Defensa del Estado en cuanto a que la amnistía decretada en Chile vino a consolidar la impunidad preexistente. Él señala: " *No resulta temerario afirmar que, en su gran mayoría, los beneficiados no son otros que el personal de seguridad militar y paramilitar, ya que gracias al régimen de impunidad que los amparaba, en su enorme mayoría no habían podido ser procesados ni menos condenados por esos delitos* " 17 .

A su vez, don Jorge Mera Figueroa, académico universitario, refiere que: " *Por su parte, la Comisión Interamericana, en dos oportunidades, ha declarado, en sendos informes (...) que las leyes dictadas en Uruguay (sobre caducidad de la pretensión punitiva del Estado) y en Argentina (leyes de obediencia debida y de punto final), similares aunque de efectos más reducidos que el decreto ley de amnistía chileno, y que **impedían u obstaculizaban la posibilidad de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos** (destacado nuestro) cometidas en esos países, violaban diversas disposiciones de la Convención. Desde luego, el artículo 11 de la misma, por ser contradictorias con el deber del Estado de respetar y garantizar dichos derechos. En opinión de la comisión las leyes referidas violan, además, el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales establecidos en los artículos 25 y 8 de la Convención*" 18 . En estas líneas subyace también la idea de impunidad, en cuanto no se investigarían ni juzgarían los crímenes.

Sin embargo, con lo dicho, parece colocarse en un mismo pie las amnistías propias y las impropias, haciéndose equivalentes las particulares amnistías decretadas en países diversos, con criterios distintos, algunas de las cuales efectivamente extinguen la acción penal por ser propias impidiendo la persecución de los delitos y provocando, por tanto, impunidad. De todos modos, es de destacar al respecto lo señalado por el Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, en cuanto a que el lapso que ésta cubre, esto es, entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978, es el período histórico en el que se produjo la mayor cantidad de violaciones a los derechos humanos (detenciones, ejecuciones ilegales, secuestros y torturas). Así, por ejemplo, de un total de 2.279 casos investigados por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1.862, esto es, más del 80 por ciento de los casos, corresponde a dicho período 19 .

Creo que el tema es complejo y requiere distinguir impunidad (cuestión de facto) de impunidad (cuestión jurídica). En el asunto es pertinente preguntarse si la justicia se identifica con castigo, si el castigo ha de ser corporal y si, ese castigo, ha de ser el encierro o un dolor equivalente al padecido por la víctima.

De entre esas posibilidades creemos que, otorgar o hacer justicia penal, es determinar en un debido proceso la responsabilidad culpable de un acusado respecto de hechos esclarecidos, y asignarle la sanción jurídica legalmente pertinente. Esto es algo completamente distinto del cumplimiento efectivo o ejecución de la pena, la que, según las distintas legislaciones nacionales, puede ser remitida, suspendida, condonada, sustituida o conmutada, entre diversas variantes de política criminal que conceden mayor o menor amplitud de selección al juez correspondiente, en oportunidades distintas, incluso después de la condena.

A este efecto es preciso anotar que Ginebra y otros instrumentos internacionales no exigen el cumplimiento efectivo de la pena, salvo excepciones que más adelante señalaremos en el acápite IV, en relación con los errores en que ha incurrido la evaluación internacional de la amnistía vigente en Chile.

En cuanto a la vigencia del Decreto Ley 2.191 de 1978 ante el derecho interno de Chile, es particularmente recurrente la crítica que se formula al **origen o génesis** de este Decreto, considerado ilegítimo.

Sin embargo, si bien la amnistía que nos ocupa surge de un poder de hecho, cabe tener presente que todo nuestro ordenamiento positivo actual presenta como vértice la Constitución Política elaborada por la misma dictadura militar y, sobre esta "institucionalidad", de muy dudosa legalidad y legitimidad, se restableció en Chile el imperio del Estado de Derecho, se eligieron los actuales poderes del Estado y se regulan, hasta hoy, diversas materias por "leyes" de idéntica génesis a la llamada de amnistía. En efecto, con igual "fuente" entraron en vigencia el Decreto Ley 2.145, publicado el 31 de marzo de 1978, que estableció la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda; el Decreto Ley 2.186, publicado el 9 de junio de 1978, que estableció el procedimiento de expropiaciones; el Decreto Ley 2.349, publicado el 28 de octubre de 1978, que estableció normas sobre contratos internacionales para el sector público; y, por cierto, entre otros, el Decreto Ley Nº 3.464, publicado el 12 de agosto de 1980, que convocó al plebiscito dispuesto por el Decreto Ley 3.464 que lo precedió y que citó a la ciudadanía a pronunciarse sobre la nueva Constitución Política que hoy nos rige. ¿Es legítimo sustraer sólo una norma de ese todo, dejando las demás "vigentes"?

Creo que el país aceptó mayoritariamente la vigencia de las normas emanadas de la dictadura militar, al punto que el programa de la coalición de gobierno tenía en proyecto derogar la ley de amnistía y, ciertamente, no es menester derogar lo que no tiene validez legal. Lo dicho sin perjuicio de que la eventual derogación no pueda surtir efectos procesales hacia el pasado por aplicación al principio pro reo, que incluye la ley intermedia más favorable al condenado, obligando a su aplicación.

Al respecto, la Corte Suprema, el 24 de agosto de 1990, en recurso de inaplicabilidad, declaró que la amnistía en Chile ya tenía reconocimiento constitucional en la Carta de 1925, la que en su artículo 45 establecía que por ley se podía conceder. Asimismo, precisó la Corte, lo hace actualmente la Constitución Política en vigor, en su artículo 60 Nº 16, haciéndose cargo expresamente de que el Decreto Ley 2.191 no es por su origen estrictamente una ley, en cuanto no emanó de los órganos legislativos ordinarios y regulares del Estado, pero que, por la situación institucional imperante en Chile a la fecha de su dictación, debe atribuírsele la misma fuerza y efectos propios de una ley en cuanto emana del organismo o autoridad que a la fecha detentaba el poder constituyente y el legislador, de acuerdo con los Decretos Leyes 126 de 1973 y 527 de 1974.

A su vez, a este propósito, relativo a la vigencia del Decreto Ley 2.191 de 1978, el profesor Mera, ya citado, informa: "*4. Y, finalmente, la amnistía cubre los delitos comprendidos en la misma cometidos por los opositores. En esta parte no presenta problema alguno de validez y se inserta dentro de la tradición de amnistiar a los responsables de delitos políticos o conexos con ellos. Esto no resulta contradictorio con excluir de la amnistía a los agentes del Estado responsables por graves violaciones de los derechos humanos, beneficiando, en cambio, a quienes se oponían al gobierno de la época. Estos últimos -particulares- cometieron delitos, pero no violaron los derechos humanos. Por lo demás, como ya se manifestó, los excesos cometidos por los agentes del Estado en el marco de auténticos enfrentamientos armados también podrían resultar favorecidos por la amnistía.*

*En suma, lo que planteo y propongo (continúa Mera) es que el Decreto Ley 2.191 debe ser interpretado en el sentido de **que, en principio, es válido**, pero deben determinarse sus límites, establecerse cuáles son las situaciones que cubre y cuáles las que quedan excluidas del mismo.*

El problema se resuelve, así, por vía de interpretación, sin necesidad de modificaciones legales que priven de sus efectos a la amnistía". Y agrega, " No se trata, tampoco, de que los tratados sobre derechos humanos estén en pugna irreconciliable con el decreto ley de amnistía y que deba, por lo tanto, prevalecer sobre él, sino de algo diferente y más simple: es el propio decreto ley citado el que no cubre las violaciones graves de los derechos humanos. No necesita, por lo tanto, ser anulado; basta con interpretarlo correctamente" 20 .

Sin compartir el fundamento ni la propuesta esbozados, concuerdo con la opinión en cuanto a la validez del Decreto Ley 2.191. En cuanto a la propuesta planteada estimo que suscita un serio problema de igualdad ante la ley y de prescindencia de los derechos humanos o garantías de los acusados y condenados.

II. ¿Hay denegación de justicia?

En cuanto a que la amnistía impediría perseguir la responsabilidad de los infractores, debe señalarse que la amnistía impropia decretada en Chile requiere para su aplicación -como ya se ha dicho- que se investiguen los hechos y se determine a los culpables, asignando a cada uno la pena correspondiente atendidas las atenuantes y agravantes que a su respecto procedan, puesto que, ésta amnistía, les exime en concreto y no en abstracto de cumplir esa precisa pena. La condena, por cierto, debe ser la resultante de un debido proceso judicial.

De lo dicho se desprende que los crímenes se deben investigar y esclarecer, y que se deben determinar las

exactas responsabilidades penales personales. De ello deriva una no desdeñable consecuencia: la convergencia de intereses del Estado, de las víctimas y de los ofensores, convergencia que no puede sino redundar en paz social y, por lo mismo, en bien común.

En efecto, por ser necesarios el debido proceso y la condena, se produce en la realidad histórica y en el análisis jurídico, una triple convergencia de intereses:

- El Estado cumplirá con su deber de otorgar justicia, de conformidad con la normativa interna y la internacional, esto es, investigando los hechos, determinando a los responsables y sancionando jurídicamente a los culpables.
- Las víctimas u ofendidos verán resguardado su derecho de acceso a la justicia ya que los necesarios procesos tendrán curso y deberán culminar con el establecimiento de la verdad procesal, determinación de los culpables y sanción jurídica de los mismos.
- Los ofensores, por su parte, serán sometidos a un proceso que establecerá, conforme a derecho y resguardadas sus garantías ciudadanas, su inocencia o participación culpable en los ilícitos, con la particularidad que, una vez dictada sentencia condenatoria, deberá otorgárseles –según sea pertinente o no al caso específico de acuerdo al articulado mismo del Decreto Ley 2.191– la amnistía impropia vigente en Chile, considerando que es la ley penal más favorable al reo. La certeza de la aplicación de este beneficio, sin duda, destrabará los procesos en curso, dando un motivo cierto a los acusados para colaborar en el pronto y total esclarecimiento de los hechos delictuosos.

De esta convergencia de intereses jurídicos, legales y legítimos a la vez, crece, para nuestra Nación, objetivamente, la posibilidad de realizar justicia humana y crecen, con ello, los fundamentos de nuestra paz, único camino de progreso.

De lo anterior, en nuestro concepto, resulta que la institución de la amnistía no podría oponerse –y no se opone– a los tratados internacionales, proclives todos a las garantías humanas de todas las personas y a la paz entre los pueblos y al interior de los mismos.

Por otra parte, los Convenios de Ginebra, en lo relativo al compromiso de los Estados de perseguir las responsabilidades de los infractores, disponen expresamente que los inculpados gozarán en toda circunstancia **de garantías de procedimiento que no podrán ser inferiores a las prescritas en los artículos respectivos del Convenio** . Lo anterior nos conduce a las siguientes reflexiones:

Que a los infractores no se les podrá privar de las garantías procesales y penales reconocidas internacionalmente, aun cuando hayan incurrido en graves infracciones a los Convenios de Ginebra u otros instrumentos internacionales. Entre tales garantías se encuentran la presunción de inocencia y la aplicación de la norma penal más favorable al reo, como lo es el Decreto Ley 2.191 de amnistía.

Que las garantías de procedimiento y penales internas no podrán ser inferiores a las que determina el marco internacional, **puediendo en cambio ser superiores** , si así lo establece el ordenamiento jurídico estatal; esto no sólo no se opone al texto ni al espíritu de los Convenios, sino que responde a lo propiciado en ellos.

En definitiva, incluso de ser procedentes al caso chileno los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales –cuestión que no comparto, como se desarrolla en el punto III (1)– ello no autoriza a desconocer la amnistía impropia decretada en Chile en cuanto es la ley más favorable para los infractores, a la cual tienen derecho en virtud del citado principio pro reo y, ciertamente, a ellos tampoco podemos denegar justicia.

Los procesados y acusados son titulares de los derechos humanos que les confieren principios universales y normas internacionales también sancionadas por el ordenamiento jurídico nacional. Recuerdo, por otra parte, que la aplicación de la pertinente amnistía impropia, en nuestro caso, sólo corresponde a los órganos jurisdiccionales, independientes, del nuevo Estado de Derecho democrático vigente.

III. Aplicabilidad de los Convenios de Ginebra al caso de Chile y definición de criterios sobre la autoamnistía

Se ha sostenido que la amnistía chilena contraviene los Convenios de Ginebra de 1949 y que el Estado de Chile, de aplicar la amnistía, incumpliría las obligaciones emanadas de éstos.

Podemos sintetizar los problemas que se plantean al respecto en dos puntos:

- Aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, lo que depende de si existió o no en Chile un conflicto armado de la naturaleza de los regulados por los Convenios de Ginebra.
- Si la amnistía chilena constituye un acto de autoexoneración de responsabilidad, más conocido como autoamnistía.

1. Respecto a lo primero, es decir, si entre 1973 y 1978 existió en Chile un conflicto de aquellos a los que debe ser aplicada la normativa de Ginebra cabe hacer presente que el tema de la verificación de una guerra

presenta, al menos, dos aspectos de relevancia jurídica: uno relativo a la culpabilidad penal, en lo atinente a la real posibilidad de opción que tuvo cada hechor de ajustar su conducta a derecho al momento de proceder a la acción criminal, y, otro, relativo a la eventual nulidad del Decreto Ley 2.191, de ser éste contrario a las disposiciones de los Convenios de Ginebra.

En cuanto al primer aspecto, esto es, realidad histórica de la vivencia de una guerra –tema que, como decíamos, incide en la culpabilidad de los hechores y que no profundizaremos por requerir de una propia y extensa explicación–, 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.

En cuanto a la existencia formal de una guerra, cuestión que incide en la validez del Decreto Ley 2.191, en comentario, puede sostenerse que tal guerra no existió en el modo en que se determina en los Convenios de Ginebra.

Los cuatro Convenios de Ginebra 21 se refieren a las guerras entre los Estados y sólo el artículo 3º, común de esos Convenios, y el Protocolo Adicional Nº II de 1977 22 (siendo este último no pertinente por su fecha con los alcances del Decreto Ley sobre amnistía) se refieren a conflictos armados dentro del territorio de “una Alta Parte Contratante”, esto es, de un Estado. El Protocolo II precisa en su artículo 1º que se aplicará a los conflictos armados que se desarrollen en el territorio de un Estado “*entre Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados, que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”. Agrega, además, que el Protocolo no es aplicable a “*tensiones internas y disturbios interiores, tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia, y otros análogos que no son conflictos armados*”.

Esta precisión del Protocolo que, como veremos, complementa e interpreta los Convenios y el referido artículo 3 común sin constituir nueva normativa, excluye los hechos sucedidos en Chile entre 1973 y 1978 de su aplicación, en cuanto ninguna fuerza con dominio de parte del territorio nacional y con mando responsable capaz de asumir por su parte las obligaciones de Ginebra se enfrentó a la ocupación del país por las Fuerzas Armadas de Chile. Los hechos de violencia se llevaron a efecto en el marco de una guerra unilateral de ocupación a la cual resistieron diversos grupos, cada uno celular o pequeño, y personas aisladas. Lo dicho, reitero, no obsta a que, por definición arbitraria del mando, los miembros de las Fuerzas Armadas debieran actuar como si estuviesen en guerra, cuestión no sólo “ordenada” por los mandos sino también apoyada por el total manejo comunicacional que tuvo el gobierno militar sobre la opinión pública del país. Además, las formas y modos de transmisión de las mismas órdenes militares y de la información hacia los subordinados generó para ellos un particular claustro contextual en el que, insertos como se encontraban, sólo pudieron concluir (y sentir) que estaban en guerra interna.

Siguiendo con los Convenios de Ginebra cabe además señalar que éstos consideran sujetos ofensores de los derechos humanos a los Estados y que ello no puede sino circunscribirse a quienes detentan el poder político con cuyo soporte se perpetran los delitos. Es por eso que, a mi juicio, el Protocolo II referido, para ampliar su cobertura protectora **aclara, en forma amplia y extensiva, por la vía interpretativa**, que la protección de los derechos humanos por los Convenios considera también como sujetos activos de los delitos contra el ser humano a los disidentes o rebeldes. Es para ese efecto, de poder ampliar la protección, que el Protocolo define el conflicto interno en razón de dos o más fuerzas organizadas que se enfrentan, incluyendo a quienes, sin ser propiamente una fuerza institucional, tienen sin embargo “un mando responsable” y ejercen “*sobre una parte de dicho territorio un control tal, que les permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar el presente Protocolo*”. De no poseer la fuerza disidente ese poder de mando interno y ese dominio territorial, mal podría por su parte respetar y hacer respetar la normativa de Ginebra.

Es decir, el Protocolo II citado, realiza una interpretación extensiva oficial de la protección a los derechos humanos, pasando a considerar ofensor de los mismos no sólo a los Estados y gobiernos sino, además, a este tipo de fuerza beligerante organizada y con algo de poder territorial.

En Chile, a la fecha de los hechos que nos preocupan, la única fuerza organizada, con mando responsable (y con control completo del territorio nacional) fue la de las instituciones armadas del Estado las que, si bien como instituciones propiamente tales no tienen responsabilidad penal, pues ésta es personalísima, albergaban en su seno personas penalmente imputables: mandos y subordinados, con distintos niveles de conocimiento de la realidad y con distinto margen de libertad, respecto de los cuales procede dilucidar judicialmente la individual participación culpable en los delitos. Dentro de ese universo de individuos imputables estimamos pertinente atribuir especial responsabilidad penal al mando, en modo directo o mediato según los casos, y a quienes, sin tener mando, realizaron sus “propios” delitos, no por cumplir órdenes sino por motivación o perversión personales, por exceso en la ejecución de lo ordenado o adhiriendo dolosamente a las órdenes criminales que les fueron dadas.

Cabe destacar que, en Chile, no existe una postura generalmente compartida sobre la existencia formal de una guerra en los términos prescritos en los Convenios de Ginebra. Al respecto llamo la atención sobre los fallos que reporto como nota al pie de página 23 .

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.

Estimo pertinente al respecto recordar que los Protocolos, como ya decíamos, al definir el tipo de conflicto al cual se aplica su normativa, tuvieron por objeto precisar y no innovar en cuanto a qué se debía entender por conflicto de carácter no internacional. Así, por ejemplo, el Protocolo I indica su misión y sentido al declarar, en su numeral 3, que "*El presente Protocolo, que **completa** los Convenios de Ginebra de 1949...*". En igual sentido se pronuncia el Protocolo II el que, en el numeral 1 de su artículo 1º, señala (también en cuanto al ámbito de aplicación) que: "*El presente Protocolo, que **desarrolla y completa** el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación...*".

En otras palabras, mediante los Protocolos se declara expresamente aquello que siempre debió entenderse, es decir, que la normativa protectora se refiere a conflictos de cierta y determinada entidad. A mayor abundamiento, cabe hacer presente que el artículo 3º Común razona sobre la base de partes en conflicto, tales, que ambas se encuentran obligadas por el referido artículo siendo ambas capaces de incurrir en las infracciones que éste prohíbe y sanciona como, por ejemplo, las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio. Es relevante al respecto el inciso final del mismo artículo 3º Común, el que dispone que: "*la aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes contendientes*". ¿Cuál era el estatuto jurídico de las partes en el caso chileno? ¿Cabe hablar de "*partes*" en los hechos que afectaron a Chile? La realidad histórica indica que el enemigo fue definido unilateral y arbitrariamente por la fuerza que ocupó totalmente el país y que, ese "enemigo" no llegó a existir como una fuerza estructurada ni a tener control sobre parte alguna del territorio nacional. Se trató sólo de actores dispersos sin capacidad real alguna de enfrentarse con el poder dominante, cuestión sustancial, puesto que el supuesto enemigo del poder gobernante jamás pudo ser considerado como *parte contendiente*, ni pudo asumir, por lo mismo, obligación alguna a la luz de las regulaciones de Ginebra, careciendo de todo estatuto propio.

Sin duda, en cuanto al sentido último del artículo 3º Común, precisado por el Protocolo II, es de destacar, como un avance en materia de protección de los derechos humanos, el que se deban entender incluidos bajo la especial tutela de Ginebra también los conflictos no internacionales de cierta magnitud equiparándolos en trascendencia a los conflictos entre Estados.

2. Pasando al punto siguiente, debe tenerse presente que se ha objetado el carácter de **autoamnistía** que revestiría el Decreto Ley 2.191, en cuanto emana de quienes detentaban el poder al tiempo de los hechos delictuosos que cubre la amnistía, situación distinta a la de las amnistías decretadas por Estados de Derecho posteriores y ajenos a los crímenes.

Lo anterior dice también relación con la especial circunstancia de contemplar el Decreto en análisis una **amnistía impropia**, esto es, excluyente de pena pero no de proceso ni de condena, y de rechazarse por ello, en nuestro país, la aplicación automática y objetiva de la amnistía, situación que, de haberse dado, habría dado lugar en mi opinión a una autoamnistía en contravención con la normativa internacional relativa a los crímenes contra los derechos humanos. En otras palabras, la amnistía decretada en Chile no es de aquellas que el hechor aplica a sí mismo excluyendo la función jurisdiccional posterior. No importa, por lo mismo, "amnesia", al no extinguir la acción penal ni cercenarla.

Cabe destacar que el primer paso consciente que da el país, distinguiendo entre amnistías que extinguen la acción penal y amnistías que extinguen la pena (aunque sin sacar de ello las debidas conclusiones en cuanto a la oportunidad procesal para la declaración del beneficio), es a partir de la doctrina del ex Presidente de Chile, Patricio Aylwin Azócar, acogida por la Corte Suprema, como es de público conocimiento, la que pasó a sostener que esta excusa legal absolutoria sólo debía proceder una vez investigados judicialmente los hechos.

Sin embargo, no basta con investigar judicialmente los hechos, sino que es menester, atendido el carácter impropio de la amnistía otorgada en Chile, que el Poder Jurisdiccional del renacido Estado de Derecho determine las responsabilidades penales personales, condene y asigne con exactitud la pena de la cual se podrá amnistiar al condenado, excusándolo de cumplirla. Prescindir de la sentencia condenatoria vulneraría las garantías de presunción de inocencia y de pena legal: la primera, en cuanto se daría por establecido que todos los acusados son condenables y, la segunda, en cuanto a que a estos "condenables" se les supondría una pena indeterminada, de la cual serían "paradójicamente" excusados.

Por lo dicho, la amnistía decretada en Chile involucra condenas impuestas por un tercero, distinto de quien dictó la amnistía y distinto de los mismos infractores: el Poder Judicial del nuevo Estado y, ello, en nuestro concepto, impide considerar como autoamnistía o autoexoneración la amnistía impropia decretada en nuestro país.

Por lo demás, el texto expreso del Decreto Ley de amnistía dictado en Chile permite su aplicación, y se aplicó, a personas de distintas ideologías, contrarias al gobierno militar. Claro está, estos beneficiados de oposición al régimen fueron los menos. A lo anterior se une que la amnistía ha sido ya aplicada por los órganos jurisdiccionales del país (oportuna o inoportunamente en lo procesal), cobrando vida y vigencia respecto de algunos ciudadanos, lo que obliga a considerar en la materia el asunto de la igualdad ante la ley garantizada por nuestra Constitución Política y la normativa internacional 24 .

En resumen, en lo atinente a este acápite III, estimo que no son aplicables al caso de Chile los Convenios de Ginebra por no coincidir los hechos históricos con la definición de los conflictos que determinan el ámbito de aplicación de los mismos. De considerarse, sin embargo, que son aplicables, debe tenerse en cuenta que el Decreto Ley 2.191 de 1978 consagra una amnistía aplicable por el Poder Jurisdiccional del vigente Estado de Derecho democrático y que, por ello, no es autoamnistía. Además, es susceptible de ser aplicado a todo sujeto activo, militar o civil en el mismo período, en sintonía con el artículo 6 Nº 5 del Protocolo II complementario de los Convenios, propiciatorio de la amnistía, a que luego nos referiremos.

IV. Artículo 5º de la Constitución

Política de Chile y el Derecho internacional

En relación con si la amnistía en cuanto tal es incompatible con la normativa internacional, creo necesario destacar especialmente que el **artículo 5º de la Constitución Política de Chile** realiza el enlace en cuya virtud nuestro Estado, como tal, y en todas sus expresiones, incluida la función jurisdiccional que ejerce a través del Poder Judicial, debe respetar los tratados internacionales ratificados por Chile en relación con **todos** los derechos esenciales del ser humano. El señalado artículo es la resultante de la modificación incorporada a la Constitución chilena por el artículo único de la Ley de Reforma Constitucional Nº 18.825, de 17 de agosto de 1989, y hace vigentes legalmente en Chile, entre otros textos internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, publicado en el mismo medio el 27 de mayo de 1989; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, a los que hemos hecho referencia en este artículo. La modificación constitucional en referencia fue producto de un acuerdo entre el Gobierno Militar, la Concertación de Partidos por la Democracia y el Partido Renovación Nacional, aprobado por la Junta de Gobierno y sometido a plebiscito 25 .

En mi opinión, el artículo 5º de la Constitución Política del Estado trae consigo la tutela de **todos** los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y, entre éstos, las garantías procesales y penales del ser humano infractor.

En cuanto a si el Decreto Ley 2.191 de 1978 es incompatible en general con los tratados internacionales cabe señalar, en primer término, que la amnistía como institución jurídica responde universalmente a razones de política criminal y es, en sí, una herramienta idónea para fines de justicia, paz social y reinserción de algunos infractores a la vida ciudadana, particularmente, como destaca toda la doctrina, en conflictos políticos y militares. Por eso, tomando en consideración aspectos importantes de la argumentación que impugna la aplicación del Decreto Ley en análisis, debemos abordar al menos las siguientes dos cuestiones:

Si la amnistía, en cuanto tal, es incompatible con la normativa internacional, y, si la amnistía implica incumplimiento de la obligación del Estado de investigar los crímenes y determinar las responsabilidades penales de los infractores, disponiendo la sanción de los mismos.

En cuanto a la supuesta **incompatibilidad** o antinomia invocada por muchos, entre la amnistía y los tratados internacionales que tutelan los derechos humanos, estimo que se trata de una antinomia aparente y que el Decreto Ley 2.191 tiene vigencia ante la normativa internacional. En efecto, la mayoría de los tratados internacionales relativos a crímenes contra los derechos humanos exigen:

- Acceso a la justicia para las víctimas.
- Debido proceso para víctimas e infractores.
- Investigación de los hechos.
- Determinación de responsables.

Además de las obligaciones que imponen, los mismos tratados internacionales propician la amnistía en determinadas circunstancias. Así por ejemplo, el Protocolo II que complementa los Convenios de Ginebra, en su artículo 6º Nº 5, dispone que a la **cesación de las hostilidades las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado** o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado. Es decir, es la misma normativa de Ginebra –antes citada– la que insta a las partes a buscar los medios de pacificación interna, entre los cuales considera expresamente la amnistía. Lo anterior significa que, los **señalados Convenios distinguen explícitamente entre amnistía y**

autoamnistía, no siendo la amnistía la que debe evitarse, sino sólo la autoamnistía o autoexoneración, y, más aún y por el contrario, promueven la amnistía como instrumento para afianzar la paz. En el mismo sentido, prescribe el artículo 4, Nº 6 del Pacto de San José de Costa Rica.

Es conveniente recordar la opinión de la Corte Suprema de Chile, al respecto, que declara la compatibilidad del Decreto Ley de amnistía chileno con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o Pacto de San José de Costa Rica, en razón, precisamente, de no estar limitada la facultad de amnistiar en los acuerdos internacionales y que el referido Pacto, por el contrario, en su artículo 6, punto 4, declara que la amnistía procederá en todos los casos 26 .

También al abordar el tema de la incompatibilidad del Decreto Ley 2.191 de 1978 con la normativa internacional se debe tener en consideración el asunto, no menor, de las garantías universalmente reconocidas a los infractores en los propios tratados internacionales, cuestión que desarrollaremos un poco más en este artículo posteriormente.

La compatibilidad o no de la amnistía con la normativa internacional es materia de creciente importancia en un mundo cada vez más integrado y respetuoso de los derechos de las personas. El problema de las interrelaciones y de la validez del derecho nacional frente al derecho internacional en la materia que nos ocupa, derechos humanos, involucra tratados internacionales y, en especial, el llamado **Jus Cogens** . Al respecto se observan dos posiciones: la tradicional, que da primacía al derecho nacional o estatal sobre el internacional; y, la más moderna y hoy generalmente aceptada, que da primacía al derecho internacional considerado como un ordenamiento jurídico superior, el de la comunidad jurídica universal. Siguiendo esta última moderna tendencia, el derecho estatal no puede ser considerado como ordenamiento total e independiente, sino como un ordenamiento parcial, perteneciente a otro superior y más extenso. Este último, manifestado en las normas y principios internacionales, sería el que contiene y proporciona la norma fundamental de validez de los respectivos ordenamientos estatales.

En Chile el punto más fuerte de debate en torno a la supremacía del derecho internacional o del derecho interno se centra, naturalmente, en torno al tema de la aplicabilidad de la ley de amnistía respecto de crímenes contra los derechos humanos. Tal problema obliga a entrar a considerar, a la vez o viceversa, los límites que el derecho internacional enfrenta ante el derecho interno, por obra de las garantías fundamentales de los procesados y condenados reconocidas por el derecho nacional. Estas garantías humanas fundamentales han sido desperfiladas, indebidamente, en la praxis del derecho internacional, en beneficio de otros derechos humanos, llegándose a olvidar en parte los derechos esenciales, y más antiguos, de los infractores.

Respecto al *Jus Cogens* , éste se asienta normativamente, fundamentalmente, en el artículo 53 de la Convención de Viena (instrumento vigente en Chile desde el 9 de mayo de 1981), el que dispone: "(...) *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa del derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (...)*" Esto es, se trata de normas imperativas de derecho internacional aceptadas y reconocidas actualmente por la comunidad internacional que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas o suprimidas por una norma de igual carácter o rango superior, vale decir, de *Jus Cogens* . Explicitando los alcances del artículo 53 de la Convención de Viena citado, el artículo 64 de la misma Convención establece : "(...) *si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma, se convertirá en nulo y terminará (...)*"

Cabe entonces, a mi juicio, preguntarse si las normas de *jus cogens* relativas a la protección de los derechos humanos conculcados por violencia política, religiosa, militar o de Estado pueden excluir, derogar o anular las garantías constitucionales y de derecho internacional de los procesados y condenados, garantías jurídicas de la misma alta jerarquía, reconocidas en distintos instrumentos internacionales, a los que nos referiremos.

En nuestro país las garantías fundamentales relativas al sujeto procesado o condenado forman parte del ordenamiento jurídico interno por una doble vía: porque se encuentran consagradas en la Constitución Política del Estado y en la legislación interna, y porque el mismo artículo 5º de la Constitución converge a la protección de todas las garantías humanas, con la fuerza de los tratados. Éstos, a su vez, como hemos visto, salvaguardan expresamente los avances y garantías logrados por el derecho interno de los Estados, declarando que los instrumentos internacionales no derogan ni rebajan los derechos fundamentales y garantías ya consagradas por la ley interna.

En cuanto al **deber del Estado de investigar y juzgar** los crímenes contra los derechos humanos, creo que, en parte, la evaluación de la amnistía decretada en Chile frente a la normativa internacional presenta errores.

Cito al efecto el informe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, el cual reporta que, según "(...) *organismos internacionales, el DL 2.191 de 1978, contraviene las normas internacionales de derechos humanos y la obligación del Estado chileno de juzgar y castigar a los autores de violaciones a los derechos humanos. Así, tanto para Naciones Unidas como para la Comisión Interamericana de Derechos*

Humanos la Ley de amnistía es incompatible con la obligación de Chile de investigar las violaciones de derechos humanos cometidos durante el gobierno militar, poner a los responsables a disposición de la Justicia y castigar a los perpetradores de estos crímenes.

*El informe de la Comisión señala que el Decreto Ley 2.191 de abril de 1978 **prohíbe el procesamiento** de individuos involucrados en ciertos actos criminales cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, período en el cual estuvo en vigor el estado de sitio, en el cual se cometieron 'graves violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos', como torturas, desapariciones y ejecuciones extrajudiciales cometidas por las fuerzas de seguridad chilenas. Agrega el informe que este DL constituyó una maniobra del gobierno militar para proteger a sus propios miembros, sin embargo se reconoce que se benefició a varios cientos de presos políticos que quedaron en libertad" 27 .*

Como podemos apreciar, la opinión de la Comisión Interamericana ha prescindido del carácter impropio de la amnistía decretada en Chile, omisión conceptual que, necesariamente, la conduce a conclusiones erradas como ésta, relativa a que la amnistía decretada en Chile se opone al procesamiento por los crímenes contra los derechos humanos.

Desde un punto de vista legal y doctrinario, la imposibilidad señalada de investigar los hechos y de procesar a los hechores o actores en Chile, no es efectiva. Más aún, en nuestro país no sólo es debido el "procesamiento" de los inculpados, sino su condena. Lo que sí es cierto –y ha creado campo propicio para tales erradas conclusiones internacionales– es que la amnistía impropia de Chile ha sido, en la práctica de nuestros tribunales (por fortuna no obligatoria), mal aplicada, confundiendo éstos muchas veces con una amnistía propia y dando en consecuencia por extinguida la acción penal en diversos casos. Con esta errada convicción algunos jueces han impedido la apertura misma de procesos, en un primer período, o los han cerrado prematuramente, en una segunda etapa de la praxis del Decreto Ley 2.191, bastándoles acreditar la sola fecha de los hechos 28 .

Agregamos a lo anterior que la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha incurrido en otras imprecisiones y contradictorias afirmaciones. Así, si bien se ha referido correctamente a sanciones y no a ejecución de penas, ha considerado erradamente que la amnistía vigente en Chile **impide identificar a los autores de los crímenes y establecer las responsabilidades y sanciones correspondientes** por lo que, concluye la Comisión, **se deniega el derecho a la justicia.**

Como puede apreciarse, estamos en presencia de una distorsión que ignora las características de la amnistía impropia decretada en Chile.

Siguiendo con el asunto relativo al deber del Estado de investigar y juzgar los crímenes contra los derechos humanos, cabe precisar uno de los grandes deberes del Estado de Derecho: la función excluyente (monopolio del poder punitivo interno) de juzgar y sancionar los delitos. Limitando el análisis a lo pertinente al tema en estudio: ¿es un deber que se cumple jurisdiccionalmente e involucra sanciones penales o, para cumplirse, reclama la efectiva ejecución de las penas impuestas?

Esta obligación, como expresión del deber de garantía propio de los Estados, tiene su fundamento en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Específicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, asegurando a toda persona un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones a los derechos humanos sean juzgados. El incumplimiento de esta obligación se traduce en denegación de justicia y en impunidad. Tal incumplimiento afecta la responsabilidad internacional del Estado y, al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que: *"Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción".*

Vale decir, se requiere de los Estados el juzgamiento de los responsables, y ello, para ser útil, implica la determinación exacta de la sanción jurídica aplicable a cada culpable. Esta obligación no sólo está regulada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino que, también, por otros instrumentos internacionales, como son la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

La obligación de juzgar se refuerza a partir de compromisos expresos existentes entre los Estados, pero encuentra su fundamento profundo en principios del Derecho internacional. A este último respecto el Comité contra la Tortura se refirió a la obligación de castigar a los responsables de actos de tortura, precisando que ella era exigible desde antes de la Convención respectiva, toda vez que *"existía una norma general de derecho internacional que obliga a los Estados a tomar medidas eficaces para castigar su práctica. Este Comité fundamentó su consideración en los 'principios del fallo del Tribunal Internacional de Nuremberg' y el derecho a no ser torturado contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" 29 .*

A propósito de lo dicho resulta necesario aclarar si el término "castigo" a que aluden algunas normas o acuerdos internacionales, como el señalado, es de naturaleza jurídico penal o si es de naturaleza fáctica, natural. En la primera hipótesis, la asignación judicial de una pena específica a un culpable en su condena es un castigo jurídico, independientemente de la eventual remisión o beneficio al que pueda, legalmente, dar lugar. En la segunda hipótesis, no sería bastante la sanción jurídica y se requeriría del cumplimiento efectivo de la pena, física y corporalmente sufrida 30 . Vale decir, el oprobio y el dolor moral de la condena y de la asignación de pena no bastarían como peso existencial ni constituiría castigo, requiriéndose el dolor físico (del moderno encierro) del infractor. Ese encierro reemplaza, en los sistemas carcelarios, a otras penas de antaño, aun más duras en lo corporal, como la ejecución pública en la plaza en modos muy violentos, como descuartizamientos, horca u hogueras.

Desde mi punto de vista, la sanción penal en el mundo occidental presente, en el que nos insertamos, es jurídica, y se produce al momento de la condena y de la determinación específica de la pena aplicable al sujeto acusado, el que deviene, así, en culpable condenado.

No obstante lo dicho, numerosas críticas se han dirigido a la amnistía vigente en Chile por destacados catedráticos chilenos y por valiosos organismos internacionales sin entrar a considerar, para nada, si la exigencia de justicia del derecho internacional dice relación con sanciones jurídicas (condenas y asignación de penas), o si dice relación, en cambio, con la ejecución de la pena, como el encierro en la cárcel.

Estimo que los que sostienen tales críticas no debieran omitir considerar resoluciones internacionales que hacen clara referencia a sanciones jurídicas (y no a cumplimiento de penas), y que formulan precisiones en orden a que no todas las amnistías son improcedentes, sino que "generalmente" lo son, dando pie a la posibilidad de analizar cada amnistía en sus particularidades. En este sentido "(...) *la Corte Interamericana señala 'lo decisivo es dilucidar si (...) el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de **imponerles las sanciones pertinentes** y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que incumplido su deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción (...)*" 31 .

También es de señalar al respecto que "*El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Comentario General Nº 20, respecto al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyó que: 'Las amnistías son **generalmente** incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible'*".

Agrega el Informe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado ya mencionado que "*El Comité de Derechos Humanos en el año 1999 consideró en sus observaciones finales a Chile, indicando:*

*'(...) 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 dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro'*" 32 .

En relación con este tema es oportuno recordar que los Convenios de Ginebra prescriben, acertadamente, que las Altas Partes contratantes se comprometan a adoptar todas las medidas legislativas para **fijar las adecuadas sanciones penales** que hayan de aplicarse a las personas que cometan o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves a los Convenios. Ciertamente fijar sanciones penales es distinto de ejecutar penas.

Reconocimiento universal de las garantías del infractor. Su Derecho a la justicia

En cuanto a las normas que las consagran debemos hacer presente que los principios de legalidad, por cierto garantías humanas, que acotan la tipicidad, la culpabilidad y la pena son la base de todo juzgamiento y sanción penal ajustada a Derecho y se resumen tradicionalmente como *nullum crimen sine lege praevia* y *nulla poena sine lege praevia*, o *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine poena legali*, y pertenecen a todo encausado judicialmente.

Las más modernas convenciones que en la actualidad tutelan el respeto a los Derechos Humanos tienen su antecedente directo en la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, luego de la experiencia de la última Guerra Mundial. Los artículos 7º a 11º de esa Declaración se refieren a las garantías procesales y penales, destacando **como nexos integradores de todos los Derechos, la igualdad**.

Casi coetáneamente, y en nuestro continente, en 1948, en Bogotá, Colombia, se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esta Declaración consagra a su vez los derechos humanos

de igualdad (Artículo 2º), libertad (Artículos 3º y 4º), debido proceso, ley previa y pena justa (Artículo 26). Agrega además en su artículo XXVIII que los "derechos (humanos) de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático", criterio social y esclarecedor que debe guiar al Estado ante la pugna de los personales intereses que siempre resultan involucrados en toda contienda penal, colocándose como es debido por sobre las partes para cumplir su misión de velar por el bien común.

Poco después, en Roma, el 4 de noviembre de 1950, se pactó el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Recogieron esa normativa –en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966– el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos vigentes en Chile desde 1989.

También en nuestra América, posteriormente, en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, se acordó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este Pacto, en relación con lo dicho, hace una importante salvaguardia en su artículo 29, relativo a Normas de Interpretación, el que prescribe: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

En lo más reciente, el moderno Estatuto de Roma cuyo texto definitivo se plasmó el 17 de julio de 1998 agrega, expresamente, que la responsabilidad penal es personal, asunto fundamental para la justicia penal fundada en la reprochabilidad de un sujeto que optó por no ajustar su conducta al derecho, en uso de su libertad. Se hace cargo del principio de legalidad en relación a predeterminación de tipos y penas y en cuanto a procedimiento debido y órgano juzgador; reconoce también en sus disposiciones 21 Nº 3, 22, 23, 24, 41, 66 y 67 garantías indiscutidas del proceso justo, como lo son: la presunción de inocencia, el derecho a defensa, el derecho a los recursos, la irretroactividad de las normas penales, el principio pro reo, el principio in dubio pro reo, la dispensa y recusación de los magistrados y otras de carácter específico señaladas en el artículo 55 del mismo Estatuto.

La mayoría de estas garantías, todavía, sólo encuentra vida práctica mediante su aplicación en los procesos normados en la legislación interna de los Estados, señalándose, por ello, una suerte de dependencia subsistente del derecho internacional frente al derecho interno o nacional.

Las normas así incorporadas al derecho estatal chileno por el artículo 5º de la Constitución Política **complementan las garantías constitucionales y legales consagradas en nuestro ordenamiento jurídico** y, en ningún caso, pueden implicar una merma en los derechos humanos de nuestros conciudadanos militares, puesto que, esos derechos, como hemos venido diciendo, se suman por los avances del Derecho Humanitario y los avances de la ciencia y el Derecho Penal. 33

Algunas garantías universales conviene, a este propósito, recordarlas más sustancialmente. El principio de irretroactividad de la ley penal no puede ser ignorado sin desconocer principios y normas internacionales y, también, de nuestro Derecho. Al respecto, la Corte Suprema de Chile en cuanto a la compatibilidad del Decreto Ley de amnistía operante en Chile con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o Pacto de San José de Costa Rica, declaró: "(...) que resulta de interés que mediante Decreto Supremo Nº 778 de 1976 del Ministerio de Relaciones se promulgó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ... (el que)... debe entenderse incorporado a la legislación interna a partir del 29 de abril del año pasado, fecha de su publicación en el Diario oficial... la disposición contenida en el artículo 15, punto 2 de este Pacto, resulta de interés para la materia en estudio en cuanto expresa que: "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". (...) "...que esta disposición que se advierte en aparente contradicción con el precepto tachado de inconstitucional (Decreto Ley de Amnistía) ,... no lo está en virtud de que **el principio de la irretroactividad de la ley penal consagrado en la propia Carta Fundamental y que contempla el artículo 18 de Código Penal**, impiden que tenga aplicación a situaciones y hechos acaecidos con anterioridad a su incorporación a la legislación interna (...) abundando sobre ello cabe señalar que la **Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados**, suscrita en 1969, ratificada por Chile el 9 de abril de 1981, vigente en nuestro país desde el 9 de mayo del mismo año (Decreto supremo 381 de 1981, publicada en el Diario Oficial el 22 de junio de 1981), en su artículo 28 establece que las disposiciones de un tratado **no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir (...)**, en este orden de cosas es útil recordar que ninguno de los acuerdos internacionales vigentes limita la facultad de amnistiar, por el contrario, el referido Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce expresamente la eficacia de esta institución cuando en su artículo 6, punto 4, aun cuando se refiere a condenados a muerte, declara que la amnistía procederá en todos los casos" 34 .

Asimismo, el principio pro reo no puede ser soslayado por acuerdos o tratados posteriores a la vigencia del Decreto Ley 2.191 de 1978, y no sólo por razones de irretroactividad. La originalmente ilegítima ley de amnistía, pero vigente desde 1978, tiene vida propia, específica, incluso más allá de una eventual derogación por normas nacionales o internacionales vigentes en Chile con posterioridad a ella. Lo dicho, atendida la ultraactividad que le confiere, como ley intermedia, el principio pro reo. Este principio es indiscutido en la ley y doctrina nacional e internacional. En efecto, las declaraciones y pactos sobre garantías humanas de los últimos siglos, mencionadas precedentemente, lo reconocen de manera explícita.

En relación con las garantías brevemente señaladas es necesario tener presente que la democracia en la actualidad se asocia al Estado de Derecho y a la libertad y garantías esenciales de cada ser humano. No siempre ha sido así. Sólo después de las revoluciones francesa y americana se consideran inseparables los derechos de libertad y la democracia y sólo después de la Segunda Guerra Mundial la protección de los Derechos Humanos llega a constituir una preocupación internacional principal y hasta condicionante de la soberanía misma de los Estados. Así, los derechos humanos universalmente reconocidos como primeros, fundantes, son aquellos que nos legaron las revoluciones francesa y americana, las que consagraron los de los procesados y condenados, a los que los más nuevos se deben agregar.

La democracia de los antiguos no era liberal, pero las modernas sociedades democráticas evolucionan hacia una civilidad cada vez más alta, con menores umbrales de aceptación de la violencia, del integrismo o de la intolerancia. Se imponen progresivamente sobre el planeta, junto a la liberalización de los mercados, la libertad social y el pluralismo cultural que obligan al respeto integral de cada ser humano en su particular diversidad. Tras las rutas del comercio y los negocios, de la mano de las tecnologías comunicacionales y de transporte, la comunidad mundial se hace cada vez más cercana y gravitante respecto de cada Estado y los distintos ordenamientos jurídicos reciben el impacto de los demás y de la creciente normativa internacional.

Los ampliados catálogos vigentes en el ámbito internacional sobre garantías fundamentales se **suman**, más allá de toda duda, a las que la historia ha venido decantando y que trazan el camino ascendente de lo humano. La crueldad, el arbitrio, la desigualdad, la indefensión y la venganza cada vez forman menos parte de nuestro horizonte de valores.

Sin embargo, no es posible dejar pasar inadvertidamente que, en ciertos casos, la creciente preocupación por los derechos humanos más modernamente asentados pareciera hacer olvidar, por momentos y para algunos, la obligatoriedad de la suma de estos derechos esenciales. En ocasiones, posturas integristas y sesgadas llegan a considerar que algunas garantías no proceden respecto a ciertos crímenes o personas, que deben restar al margen de la evolución penal; así, bajo el norte de proteger nuevos y más altos derechos humanos, se pretende extremar la reacción punitiva subyugando derechos consagrados por la historia.

A modo de ejemplo, el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.2, establece que **el principio de irretroactividad de la ley penal no se opone** " *al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*". Esta norma, que si bien se refiere en modo correcto, expresamente, a condenas y no a ejecución de penas, incurre en cambio en el inmenso error de dar por prescindibles el principio de irretroactividad de la ley penal, el principio pro reo y el principio de legalidad de las penas. Las garantías "arrasadas" por el citado artículo 15.2 son derechos humanos fundamentales, consagrados en la propia normativa internacional, valorados por los principios generales del derecho y, además, en muchas constituciones y legislaciones nacionales, incluida la nuestra.

Conclusiones de todo lo expuesto

En cuanto a las críticas a la amnistía que he venido refiriendo y comentando debo decir que las comparto en lo moral y en lo político cuando se trata de amnistías propias, y que, en todo caso, estimo jurídicamente necesario distinguir el ámbito moral y el político de la vigencia y obligatoriedad de una norma, la que, de ser inadecuada, debe ser modificada o derogada por el Poder Legislativo. Tal modificación, en lo penal, regirá sólo para lo futuro, salvo en cuanto pueda beneficiar a los procesados o condenados, atendidos el principio pro reo y demás garantías penales y procesales que limitan jurídicamente el poder sancionador del Estado. Por su parte, el Poder Jurisdiccional del Estado de Derecho, al que corresponde juzgar actualmente los crímenes, tiene la obligación de aplicar las normas vigentes y respetar el principio constitucional de igualdad jurídica, por odiosos que sean los crímenes. El poder punitivo monopolizado por el Estado que se expresa en el ámbito judicial, no debe ser afectivo ni ideológico y las opiniones políticas deben quedar reservadas a otros ámbitos de la vida nacional.

En lo jurídico, comparto las opiniones referidas de Politoff, Guzmán, Cury y Garrido Montt y, en resumen, estimo que, por razones de política criminal, en los delitos de contexto social histórico como los que nos ocupan es admisible aceptar la amnistía como exclusión de pena que, de cumplirse, lejos de obtener sus fines, tal vez, complotaría contra los mismos, disociando en "ghettos" a los sujetos que aspiramos a resocializar. Toca, claro está, al legislador definir políticas criminales especiales e integrales, en este sentido, para el futuro.

En cuanto a la justicia presente, que respecto a crímenes del pasado reciente debemos como Estado otorgar, no tenemos otra vía jurídicamente correcta que el estricto apego al ordenamiento jurídico de nuestro renaciente Estado de Derecho. Y, en cuanto Estado de Derecho democrático que somos, debemos honrar las garantías constitucionales e internacionales de todos los habitantes del país, incluidos los infractores.

Con tales premisas debe ser aplicado el Decreto Ley 2.191 de 19 de abril de 1978, como excusante de pena, esto es, como amnistía impropia, que sólo exime del cumplimiento o ejecución de la sanción penal asignada por el poder judicial en ejercicio de la función jurisdiccional y de sus propias competencias.

Por lo dicho –atendido el tenor de las normas que nos rigen–, la primera oportunidad procesal para declarar la procedencia del beneficio de la amnistía es la sentencia de condena, excusando al condenado de la pena específica y precisamente asignada.

Esta interpretación del problema satisface, a nuestro juicio, las necesidades de justicia del Estado, de las víctimas y de los infractores, como ya explicamos en páginas precedentes, haciendo converger un triple interés que no puede sino potenciar la eficacia y oportunidad de la justicia y, con ello, la paz social y el progreso cívico de nuestro país. Me remito al respecto a lo dicho en el acápite II subtítulo ¿Hay denegación de justicia?

Para afirmar lo anterior tengo en especial consideración lo siguiente:

Chile: un caso de amnistía impropia que exige debido proceso legal, condena y determinación exacta de la pena correspondiente a un culpable, cuya ejecución se excusa legalmente

Creemos que, en parte, la discusión sobre la aplicabilidad de la amnistía ha surgido y se ha fortalecido en el tiempo sobre la base de una errónea definición de conceptos que ha permitido estimar y aplicar como propia una amnistía que, jurídicamente, es de naturaleza impropia. La errónea interpretación ha dado pie a que se plantee una colisión de normas, antinomia, entre el Decreto Ley 2.191 en comentario y las normas y principios internacionales que tutelan los derechos humanos, pues esa errónea interpretación ha determinado inexactitud acerca de la oportunidad procesal en que la amnistía debe ser declarada en cada caso respecto a quienes tienen derecho a ella como beneficio de exclusión de pena.

Oportunidad procesal de la procedencia de la amnistía

Corresponde a la sentencia de condena. Como es obvio, antes de la condena nadie está sujeto a cumplir pena alguna y, a su respecto, la amnistía impropia no sólo es ociosa, sino que es violatoria del derecho del inculcado y procesado a la presunción de inocencia. Por ello, aplicarla *a priori*, también significa presumir de hecho e indebidamente la culpabilidad de todos los que aparecen, a primera vista, como protagonistas de hechos delictivos. Ello, en un análisis muy superficial podría ser ambicionado por algunos deseosos de evitar la carga del proceso, pero, visto en otra profundidad, eso sería lesivo del honor de todos los involucrados, como grupo o segmento de la sociedad.

Estimo, además, que el tema de la oportunidad procesal es decisivo para considerar si amnistiar es denegar justicia o si, correctamente aplicada, es otorgar justicia esclareciendo los hechos, determinando a los culpables, asignándoles la exacta pena debida, y otorgándoles, sólo entonces, el beneficio postcondena de no cumplir efectivamente la pena asignada.

Impunidad

De lo anterior deriva la necesidad de distinguir impunidad como exención legal del cumplimiento de la sanción penal dispuesta por el tribunal competente, de impunidad, cuestión de hecho que implica denegación de justicia y no determinación de las responsabilidades penales que, a cada autor, cómplice o encubridor legalmente corresponden.

La amnistía prevista en el Decreto Ley 2.191 tantas veces mencionado sigue disciplinadamente las directrices dogmáticas de las amnistías impropias, excusantes de pena, pero no de condena, tal vez lejos del propósito de sus autores. La única mención a hechos delictivos que el Decreto Ley efectúa dice relación con la exclusión del beneficio de la amnistía para los perpetradores de ciertos delitos taxativamente indicados en los artículos 3º y 4º del texto en referencia, cuyas acciones penales estuvieren vigentes.

Lo dicho, subraya la necesidad imperativa y copulativa en nuestro ordenamiento jurídico de determinar, junto a los culpables, con exactitud, el delito por el cual se les condena, pues, tratándose de ilícitos excluidos por el articulado del Decreto Ley, la amnistía no sería aplicable, como en el caso del robo con fuerza o del parricidio, entre otros delitos.

Necesaria rigidez en la interpretación de las leyes

El lenguaje utilizado en el decreto ley de amnistía es claro, es jurídico, y es precisamente *penal*, y nada autoriza a desatenderlo. Como se sabe, cuando el tenor de las palabras de una norma legal es claro, no es jurídicamente pertinente, en Chile, considerar el oculto propósito que pudo animar a quien la dictó y, ni siquiera, está permitido recurrir a consultar su espíritu, generalmente expresado en la historia de las leyes. La interpretación de la ley tiene sus propias reglas legales (en general contenidas en el Código Civil y válidas para todo el ordenamiento legal interno) y se rige por principios estrictos de derecho, sobre todo en materia penal, ámbito en el que no tienen cabida interpretaciones analógicas (salvo *in bonam partem*) ni extensivas. Así, por ejemplo, la voz "autor" excluye del todo la consideración en la materia del artículo 107 del CPP chileno que alude al "inculcado".

Amnistía y pena

Las excusas legales obedecen a razones de política criminal, y, el Estado, así como por una parte mediante

leyes determina sanciones, por la otra, también mediante leyes, otorga amnistías, autoriza la conmutación de penas, su remisión condicional, y otras medidas alternativas o beneficios. Todo lo anterior, con la mira puesta en la prosecución de uno de sus principales fines: administrar la heterojusticia con los parámetros de la ciencia penal y del derecho, más allá de los intereses directos y propios de las partes en conflicto, considerando la justicia como una herramienta más para el logro de la paz social y sin confundir, por cierto, la justicia con el castigo, ni la pena con el dolor compensatorio. La verdad es que no sería imaginable dolor alguno capaz de aminorar el de las víctimas y tenderíamos a homologar la pena al crimen para intentar alcanzar esa imposible compensación.

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

La consideración de las finalidades de la pena, a este respecto, alcanza enorme trascendencia. Sin pretender ahondar en el tema, lo que nos alejaría de nuestro propósito, recuerdo solamente que la pena intenta proteger y reparar el tejido social amenazado o herido por el delito, reparar jurídicamente a las víctimas y reinsertar en forma adecuada a los sujetos que han delinquido en la vida social. Se busca actualmente por razones de Política Criminal, en el Derecho Penal, una suerte de prevención especial y de individualización a la vez de la sanción, que tenga en cuenta la peligrosidad específica del delincuente referida a la posibilidad fundada de perpetrar más delitos, y se busca la vía personalmente más adecuada para su posible reinsertión social o, al menos, para su neutralización como sujeto activo de ilícitos penales. Es por ello que prosperan, en fase de ejecución de penas, en otros casos, la remisión condicional de la pena, la medida alternativa de libertad vigilada, u otras instituciones que perseveran en la búsqueda del mejor "remedio" para la sociedad dañada por un crimen y más idóneas para el "rescate" de quien delinquirió, evitando agravar su disociación.

El condenado contemporáneo sufre su condena como carga existencial, moral e histórica ante su sociedad, la que lo reconoce como culpable, reprochable por un crimen determinado. La ejecución efectiva de la pena, por su parte, pertenece a otro campo, el de la política criminal y penitenciaria vigente en cada Estado.

Límite temporal del beneficio

Debe hacerse presente que el beneficio de la amnistía cubre sólo los delitos perpetrados hasta el 19 de abril 1978, y no aquellos que, luego de esa fecha, se han seguido perpetrando pese a tener su comienzo durante la vigencia del beneficio, como sería el caso de eventuales secuestros. Tampoco beneficia la amnistía a los gobernantes y mandos que mantuvieron el poder después de esa fecha determinando ulteriores crímenes o encubriendo los pasados u obstruyendo la justicia 35 .

El tema de si los hechos que se investigan configuran efectivamente secuestros da lugar a otras reflexiones que, separadamente, hemos formulado en el artículo "¿Secuestros u Homicidios?", publicado en esta Revista del Consejo de Defensa del Estado, Sección Doctrina Procesal.

En relación con los Convenios de Ginebra, ya he señalado mi opinión al respecto en el acápite III de este artículo, en orden que no son aplicables al caso chileno, en cuanto el conflicto verificado en nuestro suelo no cumple con los requisitos establecidos en esos Convenios. Lo dicho, atendida la situación de guerra unilateral de ocupación que se verificó, sin contraparte con mando suficiente ni dominio territorial de localidad alguna del país.

Procedencia, socialmente útil, de la correcta y oportuna aplicación de la amnistía

La transición "legal" en Chile es un camino que ha mostrado que las débiles y ambiguas semillas que a partir de 1990 cultivó la nación chilena han dado fuertes frutos en juridicidad creciente, estabilidad y paz social, a los que debemos ser leales.

Viene al caso la reflexión de Bobbio 36 , quien nos recuerda que, en democracia, mesura, sinceridad, prudencia y tolerancia son elementos estructurales. Extrapolar planteamientos, ideologizar la justicia y crear categorías de ciudadanos perseguibles "per se", en modo diferente de los demás infractores penales, no se condice con el llamado de atención de Bobbio.

El perdón social siempre ha dado lugar a grandes problemas de comprensión y de percepción por las sensibilidades que toca. Por eso mismo, es un asunto propio del legislador y no de las partes en conflicto, pues será muy raro que la víctima postule la amnistía de su ofensor o que éste, por su parte, no la pretenda sin condiciones ni trámites. El perdón social sólo puede ser considerado en aras del interés común nacional, por sobre los intereses particulares en tensión, y ello corresponde al Poder Legislativo del Estado. En lo dicho subyace la necesidad de que sea el Estado –un tercero normativamente estructurado– quien monopolice la administración de la justicia, para otorgarla sin sesgos, iras ni dolores.

La aplicación de la amnistía nunca ha sido fácil, y es bueno mirar algo hacia atrás. La amnistía provoca el rechazo de los ofendidos, incluso cuando es formalmente bien dictada por un legislador libre respecto de sus "enemigos", y sobre hechos en que no le cupo responsabilidad alguna. Así ocurrió en Roma. Cicerón, dos días

después de la muerte de César, defendió la amnistía (propia) de sus enemigos, por el bien de Roma. La propuso en un discurso que se le atribuye, en el Templo de Telo, en medio de una asamblea vociferante entre partidarios de la ley y contrarios. Ambas posiciones correspondían, por una parte, a quienes asesinaron a César, y, por la otra, a quienes habían sido los aliados y privilegiados de su régimen dictatorial. Los primeros acampados en el Foro y los segundos encastillados en el Capitolio. Podemos imaginar que Cicerón habrá gritado su discurso y éste habrá sido sólo recogido en partes por las masas. De lo que se lee, el problema no difiere en mucho de lo sucedido en Chile. En efecto, Cicerón decía: " *Tal era hace poco el estado de la República, que se doblegaba al yugo de los que con las armas en mano nos dictaban nuestras decisiones, en lugar de dejarnos prescribirles lo que habían de hacer*". Agregaba Cicerón: " *Hoy han cambiado las cosas, nuestros decretos son nuestros, dictados de veras por nosotros mismos; somos libres de elegir la paz con libertad...*". Luego Cicerón invocó en su ayuda el recuerdo de la guerra intestina de Atenas y su ley de amnistía, de olvido, que esos griegos dictaron como sacrificio a la paz y a la salvación de la ciudad (amnistía propia). Cicerón también se refirió a los que sufrían por los crímenes pasados y lamentó su dolor, pero señaló que sus pretensiones de justicia eran exacerbadas por la pasión que los llevaba a reacciones inconvenientes que se oponen " *a la justicia y humanidad* " y, por sobre todo, perdían al pueblo al conducirlo a seguir inmerso en " *deplorar en vano un pasado que ya no le pertenece* ". Reflexionó también ese romano ilustre acerca de cómo el pasado debía servir " *para juzgar mejor la situación presente*".

En Chile, esquemáticamente, la correcta aplicación de la amnistía impropia decretada en tiempos apropiados, oportunos para los seres humanos involucrados como partes en conflicto y para el país, tiene las siguientes connotaciones positivas:

- No significa denegación de justicia.
- Exige un debido proceso 37 .
- Determina las exactas responsabilidades penales de cada infractor y la pena que le es aplicable en derecho.
- Resguarda las garantías humanas, constitucionales y universales de los imputados, procesados y condenados.
- Los hechos siguen siendo criminales, pues no afecta su tipicidad, antijuridicidad ni su existencia.
- Modifica sólo la ejecución de las penas determinando su exención para condenados que cumplen los requisitos legales.
- No interfiere con tratados internacionales sobre derechos humanos.
- No lesiona ningún derecho humano. Respecto a esto lo último 38 es interesante destacar que, si bien desde un punto de vista ajeno al derecho, más propio de la política contingente y de la moral puede estimarse que la amnistía lesiona el derecho a la justicia, ello no es así, salvo si se confunde e identifica la justicia con la ejecución de la pena, y ésta con el dolor. De ser el sufrimiento del ofensor el fin de la pena y la realización de la justicia, sería entonces necesario agravar las penas homologándolas, como ya dije, con la atrocidad del crimen.

En cambio, no aplicar a quienes tienen derecho a la amnistía del Decreto Ley 2.191 de 1978 significa desconocer los tratados internacionales que consagran garantías procesales y sustantivas para los acusados y condenados; significa, sin ir más lejos, derogar los principios de legalidad de la pena y pro reo y, con ello, empobrecer nuestro grado de civilización jurídica.

En lo que respecta al planteamiento de que es necesario acreditar la culpabilidad del imputado –cuestión estimada por algunos antieconómica desde el punto de vista procesal–, considero necesario insistir en que ello es un deber jurídico-penal insoslayable, atendiendo al principio universal de inocencia. Este principio es exigible en Chile por aplicación del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 8 39 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, vigente en Chile desde el 5 de enero de 1991, normas que prescriben que la determinación en derecho de la participación y de la responsabilidad penal de un individuo –condiciones *sine qua non* de la pena– requiere de un debido proceso penal.

Por último, considero circunstancialmente oportuno, además de sustancialmente justo y necesario, **otorgar certeza a la sociedad acerca de la oportunidad procesal de declarar esta especial amnistía impropia y acerca de su ineludible y jurídicamente debida aplicación.** Tales certezas permitirán la confluencia del triple interés: el del Estado, el de las víctimas y el de los imputados, referido en el acápite II.

La convergencia señalada, como antes dije, hará más posible alcanzar verdad, justicia y paz, en tiempos más breves, más oportunos, en pro de nuestro progreso como grupo humano, como sociedad y como Estado de Derecho democrático.

Anexo: Aspectos destacados de nuestra jurisprudencia*

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre la aplicabilidad de la amnistía decretada en Chile y la oportunidad procesal correspondiente para declararla en cada caso, no ha sido unívoca ni suficientemente fundada, y mientras diversos fallos le dan el trato de una amnistía propia y establecen que *"la oportunidad para declarar la amnistía, es tan pronto como se advierta que los hechos investigados revistan el carácter de delitos (...)"* 40, otros fallos, en cambio, le dan el tratamiento debido a una amnistía impropia, y reclaman la determinación de los responsables de los delitos sin explicitar, pese a ello, el momento procesal debido.

Es evidente, en todo caso, que la Corte Suprema de Justicia de Chile ha razonado sobre la base de la vigencia de la amnistía en comento. Así lo testimonian diversos fallos del Tribunal Supremo que la aplican, o bien rechazan su aplicación en atención, por ejemplo, al momento procesal en curso, sin negar la existencia ni vigencia del Decreto Ley en cuestión y sin pronunciarse necesariamente sobre el carácter impropio de esta amnistía o la oportunidad procesal para declarar su aplicación a un caso específico.

Entre los fallos relevantes destaco:

El de 19 de agosto de 1998 de la Corte Suprema de Chile que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en autos rol N° 298-96, del Segundo Juzgado Militar de Santiago. En este fallo –si bien el voto de mayoría rechaza el recurso arguyendo que la amnistía "hace perder toda eficacia a la acción penal atinente" (considerando 5º), esto es, considerándola propia– el voto disidente suscrito por los Ministros señores Chaigneau y Cury y por el Abogado Integrante señor Bullemore, se opuso a esa contradictoria 41 y errónea conclusión señalando que se debía "(...) acoger el recurso de casación en el fondo, invalidar la sentencia impugnada y dictar fallo de reemplazo, por las siguientes consideraciones:

1º Que todo nuestro ordenamiento jurídico punitivo, sustantivo y procesal está estructurado en cuanto a la investigación de hechos que revisten los caracteres de delito y aplicación de sanciones, a personas determinadas, responsables de conductas específicas que se estiman reprochables. Este mismo ordenamiento, por diversas razones, establece causales de extinción de responsabilidad penal, y así lo dispone, para los casos que indica, el artículo 93 del Código Penal.

2º Que el procedimiento penal por crimen o simple delito de acción pública, se inicia con la etapa de sumario, el cual tiene, entre otros objetos, determinar el hecho punible y la persona o personas responsables de los hechos que constituyen la infracción que le da origen, señalándose luego distintas disposiciones que tienen por objeto comprobar la existencia de los hechos denunciados y establecer la identidad del delincuente, dando normas para asegurar su comparecencia al juicio. Siempre en este mismo orden de ideas la Carta Fundamental, el Código de Procedimiento Penal, el de Justicia Militar y leyes especiales consagran diversas garantías para el inculcado o procesado, las que tienen por objeto permitir su comparecencia, puesto que tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que no es posible encaminar un juicio penal sin tener como fundamento indispensable la identificación del responsable del hecho punible.

3º Que los únicos casos en que se permite un pronunciamiento respecto de los hechos puestos en conocimiento del tribunal, en una etapa preliminar, es al analizar la denuncia o querrela al tenor de los artículos 91 y 102 del Código Procesal Penal, pero cualquier otro pronunciamiento posterior, necesariamente deberá contar con la individualización de su autor, al que se refiere el artículo 107, al señalar que se encuentra "extinguida la responsabilidad penal del inculcado", como el artículo 408 N° 5 al disponer que el sobreseimiento definitivo se decretará "cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado", a todo lo cual corresponde agregar que el artículo 403 dispone que "no podrá elevarse a plenario un proceso por crimen o simple delito sino en contra de las personas sometidas a proceso.

5º Que en lo que respecta al Decreto Ley N° 2.191, de 1978, éste, en su artículo 1º, concede "amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan participado 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", y en el artículo 2º amnistía "a todas las personas" que al entrar en vigencia el Decreto Ley "se encuentren condenadas" (por tribunales militares según el texto del Decreto Ley) por los ilícitos que menciona. El mismo legislador, en el artículo 3º, exceptúa de dicho beneficio a "las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra" por los delitos que indica; en el artículo 4º, excluye de la amnistía "a las personas que aparecen responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores" de los hechos que expresa, y, por último, el artículo 5º indica que "las personas favorecidas" por el decreto ley, que se encuentren en la situación que señala, deberán cumplir con la normativa que expresa. Todo lo anterior deja de manifiesto que el beneficio de la amnistía fue concedido a personas y no respecto de hechos ilícitos.

6º Que tal interpretación concuerda con la naturaleza de la institución de la amnistía en nuestro Código Penal, pues según aparece de la historia fidedigna de su establecimiento, en un primer momento se estimó que ella "produce el efecto de borrar el delito" (Acta de la Sesión N° 22, de la Comisión Revisora, de 30 de julio de 1870), para luego, en la Sesión N° 139, de 19 de mayo de 1873, darse estructura definitiva a la redacción del actual artículo 93 del Código Penal, donde se deja claramente establecido que la responsabilidad penal del autor, cómplice o encubridor, es decir, de las personas involucradas, se extingue: (...) 3º "Por amnistía, la cual extingue la pena y todos sus efectos".

Lo expuesto lleva a concluir que para aplicar la amnistía debe estar determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los hechos investigados” 42 .

En el marco jurisdiccional contradictorio antes referido, puesto claramente de manifiesto por el voto disidente arriba reportado, la Corte Suprema de Chile, el 8 de septiembre de 1998, en autos rol Nº 469-96 del 2º Juzgado Militar de Santiago, contra Fernando Lauriani Maturana y Osvaldo Romo Mena, rol Corte Suprema 614-97, insistió en la errónea homologación de los conceptos de “inculpado” y de “autor”. En efecto, en el considerando 8º, declara:

“Que la necesidad de agotar la investigación que emana de los artículos 279 bis y 413 del Código de Procedimiento Penal que el recurrente da por vulnerados, debe examinarse en concordancia y armonía con lo que dispone el artículo 107 del mismo estatuto y que previene: ‘Antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio” 43 .

Como se puede apreciar, en este considerando se hace equivalentes, erradamente, al “inculpado” con el “autor”, además de considerarse la amnistía en comentario como propia. En el mismo error había ya incurrido el fallo del 30 de abril de 1992, del Pleno de la Corte Suprema, entre otros fallos equivocadamente fundados en el mencionado artículo 107 del Código de procedimiento Penal 44 .

Pero el tema no quedó allí. La Corte Suprema al acoger el recurso de casación en el fondo criminal interpuesto el 9 de septiembre de 1998, en autos rol Nº 895-96, del 2º Juzgado Militar de Santiago, caratulado: detención ilegal de Pedro Poblete Córdova, declaró que, para aplicar la amnistía, debe estar determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir la pena que debiera corresponderle, reiterando los fundamentos del voto disidente de 19 de agosto de 1998 antes destacado. Particular relevancia tienen los considerandos 7º y 8º del fallo de 9 de septiembre en comentario, que a continuación transcribo:

“7º Que no es ajeno a este predicamento el texto del Decreto Ley Nº 2.191 de 1978, pues es reiterativo en utilizar el vocablo “personas” al referirse a quienes se aplicarán sus cinco únicos preceptos; y ello concuerda, además, con la naturaleza de la institución de la amnistía delineada en la historia fidedigna su establecimiento en el Nº 3 del artículo 93 del Código Penal promulgado en el año 1874, al patentizar que ella se refiere exactamente a “personas involucradas” (Sesión Nº 139 de 19 de mayo de 1873 de su Comisión Revisora);

8º Que de ello se sigue que para aplicar la amnistía debe estar igualmente determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los sucesos investigados; concluyéndose de lo razonado que al aplicar una causal de extinción de responsabilidad penal que, de acuerdo a los antecedentes expuestos no está llamada a decidir el pleito, se ha incurrido en un nuevo error de derecho por los magistrados del fondo; (...)” 45 .

En relación con delitos comunes, en cambio, la Corte Suprema ha sido mucho más clara en materia de excusas legales absolutorias y ha señalado, expresamente, la oportunidad procesal de su declaración. Así, la Corte Suprema ha declarado que una excusa legal absolutoria no puede dar lugar a un sobreseimiento definitivo en ningún caso, dado que sólo puede ser aplicada mediante sentencia que haya declarado la existencia del delito y la participación específica del autor.

En efecto, el 18 de noviembre de 1997, en autos rol 2251-97, la Corte Suprema de Chile, resolviendo de oficio casar en el fondo en causa por apropiación indebida entre parientes declaró, con gran propiedad teórica, la naturaleza, requisitos de procedencia y efectos de las excusas legales absolutorias. Al respecto, transcribo los considerandos 3º, 8º y 10º por su gran pertinencia a la materia de nuestro estudio:

“3º Que, sin entrar en el análisis de fondo acerca de si puede o no aplicarse la excusa legal absolutoria contenida en el artículo 489 del Código Penal cuando la acción penal ejerce, como en la especie, una persona en contra de su hermano pero en representación de una persona jurídica diversa que es la auténtica querellante y ofendida y a la cual tan sólo representa, lo cierto es que existe un asunto previo que dilucidar, y que dice relación con la oportunidad en que dicha disposición puede aplicarse.

8º Que, es la propia naturaleza de la excusa legal absolutoria la que permite concluir cuál es la oportunidad procesal para considerarla y aplicarla a un caso concreto. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que una excusa de esta clase es un elemento objetivo por completo ajeno a la estructura del delito. En este sentido, nada tiene que ver con la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad. Se trata de una institución que, por lo mismo que es ajena al delito, no influye en su negación o afirmación. Más

determinado aun, se tratade una institución que sólo puede operar cuando se ha determinado la existencia de un delito, dado que precisamente su efecto es que no se hará efectiva la responsabilidad penal derivada de ese delito. Una excusa legal absolutoria, pues, lejos de impedir la existencia de un delito, la supone y la exige para poder ser aplicada. En el caso que se investiga, debe primero establecerse si existe efectivamente un delito de apropiación indebida o de administración fraudulenta, y sólo en caso de que ello sea establecido, corresponderá analizar si la excusa legal absolutoria del artículo 489 es aplicable al autor de tal delito. Antes de ello, nada hay que excusar y ninguna responsabilidad penal debe ser absuelta. Siendo aún más claro, la verdad es que una excusa legal absolutoria no puede dar lugar a un sobreseimiento definitivo en ningún caso, dado que sólo puede ser aplicada cuando mediante sentencia se ha declarado la existencia del delito.

10º Que la justicia y la exactitud de las anteriores consideraciones pueden ser apreciadas con claridad si se observan dos circunstancias. En primer término, es de interés del propio querellado por un delito el que se establezca previamente si el ilícito que se la imputa efectivamente existió o no. No es lo mismo ser absuelto a priori en virtud de la excusa legal absolutoria, dejando en la oscuridad la legitimidad o ilegitimidad de sus actos, que ser absuelto en virtud de una sentencia que declara su inocencia en los hechos. En segundo lugar, como se ha señalado, la excusa legal absolutoria importa un auténtico caso excepcional en que, por razones de política criminal, no se aplica **pena** a quien ha cometido un delito, de forma tal que no se le considera responsable penal en tanto no está sujeto a sufrir pena alguna. Por lo tanto, siendo un caso en que un delito no es castigado, resulta evidente que la excusa legal absolutoria requiere, en forma previa, que se declare y establezca la existencia de ese delito en relación al cual específicamente se aplicará” 46 .

Igual criterio exhibe la Corte Suprema –y en este caso específicamente en materia de amnistía– al resolver el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en la causa por injurias promovida por Jorge Yarur contra Alberto Gamboa, director del diario El Clarín. Declara la Corte Suprema 47 , en lo pertinente a nuestro tema, que la amnistía no hace desaparecer propiamente el hecho ilícito, sino sólo la pena, conforme al art. 93 del Código Penal, según el cual la amnistía “*extingue por completo la pena y todos sus efectos*”. La ilicitud o antijuridicidad, agrega el fallo, es uno de los elementos que integran el concepto de delito, pero no es el único: se requieren la tipicidad, el dolo o la imprudencia, y una pena asignada por la ley. Luego, señala, pueden haber conductas ilícitas que estén exentas de pena por la ley, pero, si han inferido daño a otro, engendran la obligación de indemnizar, pues este deber de indemnizar, pertenece al derecho civil.

* Clara Leonora Szczeranski Cerda . Presidenta del Consejo de Defensa del Estado. Con la colaboración en el ámbito de la normativa y jurisprudencia internacionales del abogado Isaías Martínez Castillo y de la Srta. Nora Amado Gálvez, cuya dedicación y experiencia permitieron sacar a tiempo este artículo.

1 Anticipo del libro en preparación que será publicado en breve por la Editorial Fondo de Cultura Económica

2 Cousiño Mac Íver, Luis, "*Derecho Penal Chileno*", Parte General, Tomo I Editorial Jurídica de Chile, 1975, página 631.

3 Cousiño Mac Íver, Luis, *op. cit.* , página 633.

4 Cousiño Mac Íver, Luis, *op. cit.* , página 637.

5 Cousiño Mac Íver, Luis, *op. cit.* , página 632.

6 Cousiño Mac Íver, Luis, *op. cit.* , página 632.

7 Novoa Monreal, Eduardo, "*Curso de Derecho Penal Chileno*", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1960, página 606.

8 Politoff Lifschitz, Sergio, "*Derecho Penal*", Tomo I, Editorial Jurídica Conosur, 1997, página 671.

9 Guzmán Dalbora, José Luis, "*De la extinción de la responsabilidad penal. Artículo 93 a 105 del Código Penal*". Artículo incluido en la obra "*Texto y comentario del Código Penal chileno*", trabajo dirigido por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Q., Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 446 y 447.

10 *Ibíd.* , página 447.

11 Cury Urzúa, Enrique, "*Derecho Penal*", Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1997, página 420.

12 *Ibíd.* , página 421.

14 Garrido Montt, Mario, "Derecho Penal" , Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1997, página 362.

15 Cousiño Mac Íver, Luis, *op. cit.*, página 637.

16 *Ibid.* , página 637

17 Guzmán Vial, Manuel, " Decreto Ley Nº 2.191 de 1978 sobre Amnistía" , Revista Chilena de Derecho, Vol. 18 Nº 1, 1991, página 117.

18 Mera Figueroa, Jorge, "El Decreto Ley de Amnistía y los Derechos Humanos" , Cuadernos de Análisis Jurídico (30), Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1994, página 28.

19 Informe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, Nota Interna Nº 163/03 de fecha 22 de septiembre de 2003, página 19 (el documento citado hace referencia al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, T. III, página 886).

20 Mera Figueroa, Jorge, *op. cit.* , páginas 29 y 30.

21 Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 fueron ratificados por Chile mediante el Decreto Supremo Nº 752, de 5 de diciembre de 1950 y publicados sucesivamente los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951.

22 Vigente en Chile desde 1991.

23 Es útil traer a colación el fallo pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de Chile, con fecha 19 de agosto de 1998, rechazando Casación en el Fondo interpuesta en autos rol Nº 298-96 del 2º Juzgado Militar de Santiago (ya citado con distinto propósito), en que el Alto Tribunal sostiene "7º.- *Que por lo que atañe a la posible aplicación de la Convención de Ginebra de 1949, y el Protocolo II referente a conflictos armados sin carácter internacional, cumple decir, como ya lo ha sostenido repetidamente esta Corte Suprema, que ellos quedan excluidos porque el artículo 1º del D.L. Nº 5 de 1973 del que se derivaría la vigencia de aquellos, según el recurso, sólo prescribe que interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, debe entenderse que el Estado de Sitio decretado constituye Estado de Guerra 'para los efectos de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales, y en general, para todos los efectos de dicha legislación'. Se trata, por lo tanto, de una ficción legal que no es reflejo de la realidad experimentada en esa época (...)*". En igual sentido la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1998 en el proceso contra Fernando Laureani y Osvaldo Romo (causa rol Nº 469-93 del Segundo Juzgado Militar de Santiago) que en su considerando 9º señala "(...) Y respecto de la Convención de Ginebra, de 1949, efectivamente Chile se hallaba en estado de Sitio en grado de Defensa Interna, que conforme al Decreto Ley Nº 640, sobre Estados de Excepción, constituye un grado de menor entidad que el que fue materia del Decreto Ley Nº 5, de 1973, que hacía aplicable la penalidad de tiempo de guerra del Código de Justicia Militar y demás leyes penales y en general los efectos de dicha legislación al estado de sitio decretado y que como ha sostenido esta Corte, se trató de una ficción legal que no era el reflejo de la realidad experimentada en esa época en que no hubo cuerpos armados, que bajo una organización bélica se hubieran enfrentado en un clima de guerra, disponiendo cada bando de algún territorio. Al ser estas las condiciones de aplicabilidad de las normas sobre Conflictos Armados sin Carácter Internacional de la Convención de Ginebra complementadas por el Protocolo Adicional II, de 1977, cabe concluir que su omisión no ha significado transgresión de sus disposiciones, como tampoco se han dejado de observar los artículos 5º y 6º de la Carta Política. Contrario a este pronunciamiento es el fallo del Tribunal Supremo de Chile de fecha 9 de septiembre de 1998, que acoge Casación en el Fondo en autos rol Nº 895-96 del 2º Juzgado Militar de Santiago, el que, en cuanto a la existencia de la guerra en Chile y a la pertinencia de los Convenios de Ginebra a las situaciones planteadas, afirma en su considerando 9º: "Que, en el siguiente punto a considerar, ha de tenerse presente que luego del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas destituyeron el gobierno y asumieron el poder, el que expresaron mediante el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo; se dictó así por la Junta de Gobierno, a la sazón, el 12 de septiembre de 1973 el Decreto Ley Nº 5, que en su artículo 1º declaró interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmoción interna (situación que regía al 19 de julio de 1974), debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Chile y publicados 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 de internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio adrede, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima (...)" y, agrega, en su considerando 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 2.066, considerando 4º)".

24 En relación con esto viene al caso recordar lo resuelto por la Corte Suprema de Chile, el 8 de septiembre de 1998, en el caso contra Lauriani, Fernando y Romo, Osvaldo, (Causa rol N° 469-93, del Segundo Juzgado Militar de Santiago). La Corte, en su considerando 10º señaló "*Que no está de más consignar, que, por lo regular, con anterioridad a la modificación del artículo 5º de la Constitución, que recién con fecha 17 de agosto de 1989 subordinó los tratados internacionales ratificados por Chile en materia de derechos humanos, la ley chilena, se impuso el criterio de que, al menos las leyes nacionales de orden público, tienen preeminencia sobre las disposiciones de los tratados o convenciones internacionales (vr.gr. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XL, 2ª parte, sección 4ª, página 186). Y del mismo modo, que las normas del Decreto Ley N° 2.191, precisamente de orden público, han sido aplicadas hasta ahora, en multitud de casos, en provecho y beneficio de personas de distinta y antagónica ideología política*".

25 Andrade Geywitz, Carlos, "*Reforma de la Constitución Política de 1980*", Editorial Jurídica de Chile, 1991, página 243.

26 Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVII, año 1990, Segunda Parte, Sección Cuarta, página 64 y siguientes. Fallo de la Corte Suprema, de fecha 24 de agosto de 1990, en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el abogado Sergio Insunza Bascuñán, en la causa causa rol 553-78 de la Segunda Fiscalía del Juzgado Militar de Santiago, considerandos 27 y 28 (página 78).

27 Informe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, páginas 34 y 35 (ver nota 19).

28 La aplicación de la ley de amnistía en el caso del diplomático Carmelo Soria se da como ejemplo en el informe señalado como un caso claro en que Chile habría violado "el derecho a la libertad e integridad personal y a la vida" de Carmelo Soria, según lo dictaminó la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos. Esta Comisión reiteró que Chile había violado sus obligaciones internacionales al aplicar a este caso la Ley de Amnistía. Se señala en el informe que conforme al Derecho Internacional, los actos sistemáticos y generalizados de ejecución extrajudicial, desaparición y tortura que tuvieron lugar en Chile durante el gobierno militar constituyen crímenes contra la humanidad. Independientemente de encontrar o no los cadáveres de las víctimas, las autoridades chilenas tienen la obligación de investigar la suerte corrida por las personas desaparecidas, enjuiciar y castigar a los autores de estos crímenes, que al igual que los crímenes de lesa humanidad, no están sujetos a ningún tipo de prescripción y deben abstenerse de aplicar la ley de Amnistía, que es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado chileno.

29 Informe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, páginas 38 y 39 (ver nota 19).

30 Se refieren al término castigo o cumplimiento efectivo, por ejemplo, la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948 (artículo IV), publicada en Chile en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 1953; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (artículo 4 N° 2), publicada en Chile en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (artículo 6º inciso 2º), publicada en Chile en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988. Estas excepciones confirman la regla general e indican opciones de política criminal.

31 Informe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, páginas 39 y 40 (ver nota 19).

32 *Ibid.* , página 41.

3 Por ello, debe tenerse en consideración al incorporar los tratados a juzgamientos penales que aún la normativa internacional tiene carencias en relación con el principio de reserva o legalidad que rige lo penal. A modo de ejemplo, señalo la inestabilidad y apertura de los tipos penales que anticipa y afirma el Estatuto de Roma –el más avanzado en la materia–, como queda de manifiesto en el Artículo 9 del mismo cuerpo normativo internacional, antes citado, el que declara que los elementos del crimen que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto, están aún sujetos a cambio o pendientes, puesto que "*serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes*" y "*...podrán proponer enmiendas a los Elementos del crimen cualquier Estado Parte; los magistrados, por mayoría absoluta y el Fiscal*". Vale decir, tenemos tipos o figuras delictivas que, desde ya, sabemos que están en construcción y evolución y, además, pueden ser fuertemente perfiladas por la propia Corte.

34 Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVII, año 1990, Segunda Parte, Sección Cuarta, páginas 64 y siguientes. Fallo de la Corte Suprema, de fecha 24 de agosto de 1990, en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el abogado Sergio Insunza Bascuñán, en la causa causa rol 553-78 de la Segunda Fiscalía del Juzgado Militar de Santiago, considerandos 27 y 28 (página 78).

5 En lo relativo al límite temporal de la exención de pena la Corte Suprema de Justicia de Chile pronunciándose con fecha 7 de enero de 1999, en Recurso de Casación, sentó doctrina (en causa contra Fernando Gómez Segovia y otros) en relación con la situación de los detenidos desaparecidos, ya sea que el hecho se califique como secuestro (artículo 141 Código Penal) o como constitutivo de detención ilegal (artículo 148 del mismo cuerpo legal). En ninguna de las dos hipótesis, según la Corte, cabe aplicar la amnistía contemplada en el Decreto Ley 2.191, puesto que dichos ilícitos, de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina, son de carácter permanente y en tal situación debe entenderse que los mismos se continúan cometiendo con posterioridad al período comprendido por la ley de amnistía.

36 Ver en general Bobbio, Norberto, "*El futuro de la democracia*", Fondo de Cultura Económica, México. D.F. 1986.

37 La excusa legal absolutoria vigente en Chile difiere de otras, imperantes en otros países o tiempos, que se identifican con el olvido (amnesia), desincriminando hechos y sustrayéndolos al conocimiento y juzgamiento de los tribunales. Por el contrario, la amnistía que nos ocupa no excusa de condena y esta afirmación se puede incluso sostener recurriendo a la historia del decreto ley en cuestión. Si bien no existe historia de la ley (en el sentido tradicional) por no encontrarse en funciones el Congreso Nacional a la fecha de la dictación del decreto en comento. En efecto, doña Mónica Madariaga Gutiérrez, Ministro de Justicia de Chile en ejercicio a la sazón y que suscribió el decreto ley de amnistía en referencia, en un

informe en derecho elaborado por ella para los efectos de un recurso de inaplicabilidad interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de Chile, fechado el 27 de marzo de 1986, señaló: " *no puede (la amnistía) tener la virtud de borrar hechos históricos, acaecidos de la realidad misma, ni tampoco la de modificarlos*". Agrega que "(...) *siendo la amnistía una forma de extinguir la responsabilidad penal, ésta debe previamente ser atribuida a un sujeto específico, al cual se le imputa. Acertada es de este modo la conclusión que si no está justificada completamente la perpetración del delito que hubiere dado motivo a la formación del sumario, resulta conceptualmente contradictorio invocar amnistía alguna, ya que éste extingue responsabilidades penales concretas y no hipotéticas o conjeturales (...)*". (Informe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, página 3, citado en nota 19). Ver nota número 26.

En el mismo sentido, aunque en términos más escuetos, se refirió a la amnistía decretada en Chile en declaraciones públicas difundidas por la prensa nacional el 20 de diciembre de 1978 el entonces Ministro del Interior y Jefe de Gabinete Sr. Sergio Fernández Fernández, quien afirmó que la amnistía "*buscó justamente borrar los efectos penales, tanto de los delitos cometidos por quienes habían preparado fría y sistemáticamente la guerra civil como de los eventuales excesos en que hubieren incurrido quienes tuvieron la misión de conjurarla*", agregando que "*cualquiera sea la verdad concreta en cada situación, ella puede ser investigada por los tribunales de justicia*". (Informe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, páginas 6 y 7, citado en nota 19).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Chile, en fallo de Casación de 9 de septiembre de 1998, ya referido, en sus considerandos 7º y 8º, también incursiona en esa esquivada historia y corrobora lo anterior.

38 Álvarez Alarcón, Rodrigo, alumno del curso de Magíster de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004, quien en su ensayo final del curso que sobre esta materia la autora impartía, explicitó esta idea.

39 Cfr. Gallaher Hucke, Alexander, "*La presunción de inocencia y la presunción de voluntariedad*", Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1996, página 1.

* Límite este acápite a la jurisprudencia relativa a consideraciones distintas de la correspondiente a la compatibilidad del Decreto Ley 2.191 con la normativa internacional ya abordada.

40 Gaceta Jurídica Nº 135, 1991, página 91. Caratulada contra quienes resulten responsables. Víctima: Alamiro Martínez Meza. Materia: presunta desgracia. Fallo de Excma. Corte Suprema de 04/09/91. Con la misma orientación, considerando el Decreto Ley 2.191 de 1978 una amnistía propia, el fallo del pleno de la Corte Suprema referido en Revista Fallos del Mes Nº 418, 1993, página 768. Caratulada contra quienes resulten responsables. Víctima: Vicente Blanco Sarmiento. Materia: desaparición y muerte. Voto disidente de los Exmos. Ministros Bañados, Carrasco, Correa, Garrido y Navas. Asimismo, como amnistía propia, resuelve la Corte Suprema referido en Revista Fallos del Mes Nº 420, 1993, página 979. Caratulada contra quienes resulten responsables. Víctima: Kries Saavedra y otra. Materia: desaparición, secuestro y muerte. En la misma Revista, Nº 452, 1996, página 1.468, contra Zapata Reyes Basclay. Víctima: Eulogio del Carmen Fritz Monsalve, la Corte Suprema el 24 de julio de 1996 resuelve, calificando como amnistía propia el tema, que no puede deducirse acción penal alguna y que, si ya estuviere deducida, se debe sobreseer de inmediato "por carecer de todo sentido jurídico la prosecución de la investigación". Del mismo modo, Corte Suprema, 3 de diciembre de 1996 en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, segunda parte, sección cuarta, página 229, 1996.

41 En cuanto el voto de mayoría en sus considerandos 4º, 5º y 6º se refiere a autores que no sería necesario determinar en un proceso acabado, haciendo caso omiso de que no hay autores, cómplices ni encubridores en términos jurídico-penales antes de la sentencia firme que los individualiza como tales, por el principio de inocencia. Por lo demás, antes de la condena no hay penados a quienes eximir de pena.

42 Corte Suprema de Chile, 19 de agosto de 1998, en autos rol Nº 298-96, del Segundo Juzgado Militar de Santiago. Pronunciado por los Ministros señores Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U. y Orlando Álvarez H., los Abogados Integrantes señores Vivian Bullemore G. y Álvaro Rencoret S. y el señor Auditor General de Ejército, Fernando Torres S. No firma el Abogado Integrante señor Bullemore, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente, en Revista Fallos del Mes, Nº 477, agosto de 1998, páginas. 1.514 a 1.525.

43 Gaceta Jurídica Nº 219, septiembre de 1998, Editorial Conosur, página 138.

44 Ver Revista Fallos del Mes, Editorial. Fallos del Mes, Nº 401, 1992, página 186. El mismo error se repite por el pleno de la Corte Suprema el 17 de septiembre de 1993, ver Revista Fallos del Mes, Nº 418, 1993, página 768. Igualmente en un fallo relativo a desaparición, secuestro y muerte de Kries Saavedra reportado en Fallos del Mes Nº 420, 1993, página 979. Asimismo, fallo de la Corte Suprema referido en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, 1997, Segunda Parte, Sección Cuarta, página 168.

45 Gaceta Jurídica Nº 219, septiembre de 1998, Editorial Jurídica Conosur, página 121.

46 Corte Suprema, 18 noviembre de 1997, rol 2.251-97, Pronunciado por los Ministros señores Luis Correa B., Guillermo Navas B., Marcos Libedinsky T., y Abogados integrantes señores José Luis Pérez Zañartu. y Vivian Bullemore G.

47 Revista de Derecho y Jurisprudencia LXIV, año 1967, Segunda Parte, Sección Cuarta, página 243.
