

INFORME COMPLEMENTARIO DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN,
LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY
REFUNDIDOS QUE ADECUAN LA LEGISLACIÓN PENAL CHILENA A LOS
TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

BOLETINES N°S. 3345-07 Y 3959-07

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia viene en emitir un informe complementario sobre el proyecto refundido de la referencia, originado en sendas mociones siendo la primera de los Diputados señores Accorsi, Aguiló, Ascencio, Bustos, Robles, Rossi y Saffirio y de los entonces Diputados señores Navarro, Riveros y Tapia y la segunda de los Diputados señora Soto y señores Bustos y Leal.

Correspondió a esta Comisión conocer de este proyecto en virtud del acuerdo adoptado por la Corporación en su sesión 92ª, por el que mediante oficio N° 6446, de 2 de noviembre en curso, dispuso que pasaran a ella los antecedentes para los efectos de que emitiera un informe complementario al evacuado por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

Durante su estudio, la Comisión contó con la colaboración de la señora Ministra Secretaria General de la Presidencia, doña Paulina Veloso Valenzuela; del profesor de Derecho Penal de la Universidad Católica de Chile, don Enrique Cury Urzúa y del Director del Instituto Libertad y Desarrollo, don Axel Buchheister Rosas.

Asimismo, tuvo a la vista dos documentos del Instituto Libertad en que se tratan los proyectos de la referencia en relación con el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Almonacid.

EL CÓDIGO PENAL.

El Título V del Libro I del Código Penal trata de la extinción de la responsabilidad penal y al respecto su artículo 93 dispone lo siguiente:

“Artículo 93.- La responsabilidad penal se extingue:

1° Por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada.

2° Por el cumplimiento de la condena.

3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

4° Por indulto.

La gracia de indulto solo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes.

5° Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada.

6° Por la prescripción de la acción penal.

7° Por la prescripción de la pena.”

PROPOSICIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA.

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, luego de emitido su segundo informe reglamentario sobre esta iniciativa, propuso el siguiente texto:

“Artículo único.- Fíjase el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se establecen en el artículo 93 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que no será aplicable a los crímenes y simples delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y de guerra contemplados en las normas imperativas de ius cogens, el derecho consuetudinario internacional y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.”.

TRABAJO DE LA COMISIÓN.

a) Opiniones de las personas invitadas a exponer.

1.- La señora Paulina Veloso Valenzuela, Ministra Secretaria General de la Presidencia.

Inició su intervención señalando que el Gobierno apoyaba esta iniciativa por tres razones:

Primero porque por la vía de la interpretación adecuaba disposiciones del Código Penal, vigentes desde 1874, al actual ordenamiento que rige en el país.

Segundo porque la norma interpretativa que se propone va en la línea de dar cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el que condena a Chile en el caso Almonacid, fallo que se ajusta a la jurisprudencia de ese mismo tribunal iniciada en los casos Velásquez Rodríguez y Barrio Alto, de Guatemala y Perú, respectivamente, y si bien, el primero obliga al país, los otros dos deben tenerse en consideración porque constituyen la costumbre internacional.

Tercero porque la moción recoge la actual interpretación que se ha dado en los tribunales, especialmente en las Cortes de Apelaciones, a esta materia.

Agregó que correspondía la dictación de esta norma interpretativa por cuanto se daban los presupuestos para ello, como era que se hubieran producido distintas versiones en los tribunales respecto de una misma norma jurídica. Sostuvo que no correspondía mantener que esta disposición tuviera efectos retroactivos, cuestión que en materia penal resulta fundamental resolver, por cuanto los actuales criterios sobre interpretación no exigen remontarse a la época de la dictación de la norma interpretada, sino que se aplican de acuerdo a la actual concepción existente sobre el asunto a interpretar. Por ello que se afirme que una vez dictada la norma ésta se desprende de su autor. La visión antigua que establecía que la interpretación se retrotraía a la época de la dictación de la norma, no la seguiría nadie en el presente. Lo que haría esta iniciativa sería interpretar el Código actual y no el de 1874, por cuanto las disposiciones se interpretan conforme a la época en que se realiza la interpretación y no conforme a la fecha en que se dictaron. Por lo demás, no debía olvidarse que el hecho que la norma interpretativa se entienda incorporada en la interpretada y, en consecuencia, no tenga efecto retroactivo, sería solamente una ficción legal establecida por el propio legislador.

Asimismo, pensaba que el proyecto no consagraba retroactividad alguna por cuanto su dictación no daría lugar a nada distinto a lo que hoy día están fallando los tribunales, por cuanto la Corte Suprema y, especialmente, las Cortes de Apelaciones, han ido en sus fallos reflejando una tendencia que habría partido en el año 1998, pero que ya se daba con anterioridad, en el sentido de que

los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y, especialmente, inamnistiables.

Agregó que a la época de la dictación del Código Penal, el Estado chileno ya reconocía la existencia del Derecho Internacional, el que no estaba conformado solamente por tratados internacionales. El mismo don Andrés Bello habría escrito sobre Derecho Internacional y existiría jurisprudencia de la Corte Suprema de entonces en que se aplican disposiciones de derecho consuetudinario. Por ello pensaba que la interpretación que hacía el proyecto estaba acorde con la Constitución Política y con el Derecho Internacional.

En lo que se refiere al artículo único mismo, no le parecía tan propio que comprendiera todos los números del artículo 93, debiendo limitarse únicamente a tres causales de extinción de la responsabilidad penal como son la prescripción de la acción penal y de la pena y la amnistía.

Respondiendo las expresiones del señor Buchheister, admitió la posibilidad de que existieran distintas opiniones dada la complejidad del tema, pero desde el punto de vista práctico, pensaba que si se hubiera optado por no hacer nada, los tribunales resolverían los asuntos sobre la base de la doctrina que han venido aplicando, es decir, no dando lugar a la amnistía y a la prescripción y ateniéndose a normas de Derecho Internacional. En lo que respecta a la aplicación de la amnistía y su consagración en los tratados internacionales, señaló que, efectivamente, estos instrumentos no la prohibían y tampoco lo hacía el fallo de la Corte Interamericana; lo que no se aceptaba eran las auto amnistías y aquellas que cubrían delitos de lesa humanidad. La Convención de Ginebra incluso recomendaba la dictación de amnistías, pero respecto de los vencidos, no de los vencedores.

Explicó, en seguida, que el Derecho Internacional se formaba a través de las normas consuetudinarias y de las del *ius cogens*. Los tratados internacionales lo único que harían sería incorporar al derecho positivo lo que ya había sido

- aceptado. Así por ejemplo, nuestro país, sin necesidad de suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos habría podido ser sometido a la Comisión Internacional de Derechos Humanos en virtud de lo que señalan sus estatutos y por aplicación de los principios del derecho internacional, tal como sucede con muchos países que no suscriben tratados pero a los que se les aplican las normas del derecho consuetudinario y las del *ius cogens*.

Agregó que erróneamente solía citarse el artículo 5° de la Constitución como el único argumento en virtud del cual el país estaría obligado a respetar el derecho internacional, pero tal obligación existiría desde antes, tanto así que los mismos tribunales han resuelto que el derecho internacional está por sobre el derecho interno e incluso por sobre la Constitución.

En lo que se refiere a la sanción del delito de secuestro, señaló que no eran las normas del derecho internacional las que se citaban para la determinación de la condena, sino que los tribunales aplicaban el artículo 141 del Código Penal y señalaban que estos delitos eran inamnistiables conforme al derecho internacional.

En lo que se refiere a la irretroactividad de la ley penal, señaló que lo importante era que el hecho fuera delito en la época que se lo cometió y también en la que se lo sanciona. La derogación de la ley de amnistía no sería inconstitucional por cuanto la Constitución no establece que si la ley intermedia es más favorable deba por ello aplicarse.

En cuanto al hecho de que esta disposición tuviera un carácter interpretativo del artículo 93 del Código Penal y por ende debiera incidir en los indultos y amnistías a que se refiere dicha norma, lo que significaría que debería tener su origen en el Senado, dijo tener claro el mandato constitucional que establece que las leyes sobre tales materias deben tener su origen en el Senado, pero no era este el caso ya que no se derogaba la ley de amnistía ni tampoco se la anulaba. Si se diera tales alcances a este proyecto, cabría preguntarse qué pasaría si se optara por modificar todo el Código Penal, ¿debería necesariamente el proyecto correspondiente iniciarse en el Senado?.

Respondiendo a las dudas planteadas por los Diputados señores Burgos y Cardemil, en cuanto a si esta proposición sería el camino más adecuado para enfrentar el problema creado por el fallo de la Corte Interamericana, señaló que desde hacía tiempo se estudiaba el tema en procura de elaborar un proyecto que, por una parte, recogiera el parecer de la mayor cantidad de especialistas y, por la otra, pudiera producir efectos jurídicos. Las opciones analizadas no se opondrían por cuanto la nulidad y la derogación dirían relación con la vigencia de la ley de amnistía y la que trata este proyecto con el tema de la culpabilidad. Al dar preferencia a este proyecto, el Ejecutivo no estaría renunciando a la posibilidad de proponer otras iniciativas para derogar o anular dicha ley.

Precisó que lo que los tribunales han declarado no es que la ley de amnistía carezca de vigencia sino que las normas del derecho internacional se aplican en forma preferente y a esto atendería la norma interpretativa que se propone.

En lo que respecta a la reserva formulada por el país al ratificar la Convención Americana, consistente en que sus disposiciones no podrán aplicarse a hechos anteriores al mes de agosto de 1990 y en la cual el Gobierno fundó su excepción de incompetencia, explicó que la Corte no acogió dicha excepción, indicando que no se refería a acontecimientos anteriores porque no sancionaba el hecho ocurrido en 1973, sino dos hechos posteriores, como fueron el traspaso de la causa a la justicia militar en 1996 y la aplicación de la amnistía por ésta en 1998. Agregó que el artículo 2° de la Convención comprometía a los Estados a adecuar su legislación interna en la materia, obligándose el Estado no sólo a dicha adecuación sino que a respetar los derechos humanos. Por esa razón no sería aplicable la reserva.

Por último, en lo que dice relación con la cosa juzgada, existiría jurisprudencia en el sentido de que la Corte Suprema entendió que no habría tal en los casos en que se aplicó la amnistía sin procesar ni condenar. Ejemplo de ello sería el caso de la llamada caravana de la muerte.

2.- El señor Enrique Cury Urzúa, profesor de Derecho Penal de la Universidad Católica de Chile.

Hizo presente que para resolver esta materia existen cuatro posiciones: la primera, que cuenta con importantes defensores, sería no hacer nada; la segunda, dictar una ley anulatoria; la tercera, aprobar una ley derogatoria, y la cuarta, dictar una ley interpretativa.

Con respecto a la primera posición, dijo comprender a quienes opinan que lo mejor es no hacer nada porque a partir de 1998 los tribunales parecen haber dejado de aplicar la amnistía y, a veces, la prescripción, dejando, en consecuencia, a la judicatura la resolución de los problemas planteados por el fallo de la Corte Interamericana, evitando las dificultades propias de un trámite

legislativo. No obstante, no estaba seguro que esta solución fuera políticamente viable, sin perjuicio de que no parecería justo para el Poder Judicial traspasarle la solución del problema. Además de lo anterior, el traspaso podría constituir una solución precaria porque no es posible prever la forma en que se constituirán las mayorías en las Cortes.

En lo que dice relación a la posibilidad de dictar una ley anulatoria, pensaba que sería una solución impracticable por cuanto no existe norma alguna que permita al Poder Legislativo anular una ley, adoleciendo en consecuencia el intento que se concretara de inconstitucionalidad, sin posibilidad de prosperar ante el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la posible ley derogatoria, hizo, en cuanto a su eventual aplicación, un distingo de acuerdo a las opiniones del profesor Alfredo Etcheberry. Según este tratadista, habría una amnistía impropia en el caso de personas que ya han sido condenadas y que, como efecto del beneficio, no tendrían que cumplir la pena; por el contrario, la amnistía sería propia si no exige condena previa e impide iniciar el procedimiento respecto de un determinado tipo de hechos. La amnistía prevista en el artículo 93 sería impropia según se desprende de la redacción de la norma, la que señala que extingue la pena y todos sus efectos, aunque tanto la jurisprudencia como la doctrina aceptan que en nuestra legislación también cabe la amnistía propia.

Siempre de acuerdo al profesor Etcheberry, la amnistía impropia, que sería la del artículo 93, no admitiría la posibilidad de que sus efectos pudieran ser modificados con posterioridad. Las personas favorecidas con este beneficio no podrían ser privados de él porque se habría convertido para ellas en un derecho adquirido. En tanto, en el caso de las amnistías propias, no habría más que una regla procesal, la renuncia del Estado a hacer efectivo su aparato represivo, por lo que si se deroga este tipo de amnistía no podría invocarse el principio de irretroactividad de la ley penal ni el de legalidad por cuanto las leyes procesales rigen de inmediato y, en consecuencia, no habría problema alguno.

Aplicando lo anterior al decreto ley de amnistía de 1978, resulta que éste habría operado en los casos de las personas que hubieren sido condenadas, como amnistía impropia, no siendo posible su derogación, pero en los casos de quienes no fueron objeto de persecución penal, sería una amnistía propia y, por lo mismo, la derogación no presentaría problema alguno.

Por todo lo anterior, la derogación de la ley de amnistía no sería una buena solución práctica.

A su parecer, la solución dada por el proyecto sería la acertada, es decir, la dictación de una ley interpretativa, aunque ello no dejaba de generar reparos. Citando nuevamente al profesor señor Etcheberry, señaló que éste sostenía que el artículo 9° del Código Civil no era aplicable en materia penal, precisamente porque en ésta existía el principio de la irretroactividad de la ley, por lo que dar a la ley interpretativa un efecto retroactivo vulneraba ese principio fundamental. Declaró no coincidir con tal parecer, porque si lo que se hace es dar a la ley penal uno de los posibles sentidos que tenía desde antes, no veía inconvenientes en el efecto retroactivo de la interpretación. La finalidad de la irretroactividad de la ley penal pretendería impedir que se sorprendiera a una persona con el hecho de que algo perfectamente lícito en el momento de su realización, deviniera con posterioridad en ilícito. No sería ese el caso de una verdadera ley interpretativa, porque cuando esa persona realizó determinada conducta, sabía que la norma podría serle aplicada en el sentido determinado por la interpretación.

Agregó que desde 1998 la Corte Suprema no aplicaba el decreto ley de amnistía, pero no sobre la base de un pronunciamiento de fondo sino aplicando la tesis del delito de secuestro, con lo cual, en realidad, eludía el problema. Dijo haber sido partidario en esos casos de dar por acreditada, por los medios normales de prueba, la muerte de las personas y emitir, luego, un pronunciamiento de fondo sobre la vigencia de la amnistía y la prescripción.

Coincidió con la Ministra señora Veloso en cuanto a que la Corte de Apelaciones ha rechazado la aplicación de la amnistía y sus pronunciamientos al respecto han sido diversos, motivo por el que creía que el proyecto sería una verdadera ley interpretativa ya que dichos fallos han reconocido la vigencia de los principios del *ius cogens* y han acogido la inaplicabilidad de la amnistía y de la prescripción en materia de delitos contra la humanidad. Asimismo, la Corte Suprema, en sentencia de septiembre de 2005, invoca en sus considerandos principios del derecho internacional.

3.- El señor Axel Buchheister Rosas, Director del Programa Legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo.

Inició su intervención señalando que la norma que proponía el proyecto se daba en un entorno en que se discutía la posibilidad de derogar, anular o interpretar el decreto ley N° 2191, de 1978, sobre amnistía. Al respecto, para pronunciarse sobre esta materia, resultaba necesario tener presente determinadas cuestiones de principios y de naturaleza constitucional que decían relación con el tema.

1° Irretroactividad de la ley penal.

Señaló que se trataba de un principio clásico de derecho penal, de aplicación universal y que no admitía excepción alguna. Al efecto, el inciso séptimo del número 3 del artículo 19 de la Constitución consagraba este principio, señalando que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley dictada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado, es decir, de acuerdo a la Carta Política, los delitos sólo pueden sancionarse conforme a la legislación vigente al momento de su perpetración y ninguna ley dictada con posterioridad, salvo que sea más favorable al afectado, puede servir de base para castigar al presunto culpable.

2° Inderogabilidad de una ley de amnistía.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la derogación de una ley de amnistía sería contraria a la Constitución por cuanto infringiría la garantía de la irretroactividad de la ley penal. Agregó que la amnistía podía ser considerada como un perdón, pero este perdón se expresaba en un acto que borraba la antijuridicidad del hecho punible; en otras palabras, un hecho que la ley pena que es objeto de una ley de amnistía, deja de ser penado como consecuencia de la eliminación del soporte jurídico que permite castigar. Por ello, al derogarse una ley de amnistía, la base para castigar estaría en la ley derogatoria, la que es posterior a la perpetración del hecho y, en consecuencia, vulneraría la garantía constitucional citada.

Con respecto a la anulación de una ley de amnistía, señaló que era una figura inexistente y que nadie ha precisado en qué consistiría. Pensaba que, en todo caso, la declaración correspondería a los tribunales pero no parecía claro cuál sería la facultad que tendrían para ello.

3° Interpretar una ley penal con efecto retroactivo sería inconstitucional.

Señaló que la interpretación con efectos generales de una ley sólo compete al legislador, recordando que, al efecto, el artículo 9° del Código Civil establece que la ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo, indicando, como única excepción a este principio, que si se trata de leyes que se limitan a declarar el sentido de otras, se entenderán incorporadas en éstas, pero no afectarán en modo alguno los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio. Por lo tanto, debe entenderse que la norma interpretada siempre dijo lo que consagra la interpretativa, dando lugar así a una situación que puede constituir un potencial atentado en contra de la seguridad jurídica y puede prestarse a abusos. De ahí, entonces, la necesidad de restringir su uso a los casos de normas que parecen auténticamente poco claras

u obscuras. No obstante, este último principio reconoce una gran excepción en materia penal, en virtud de la garantía de la irretroactividad de la ley penal que consagra la Constitución. Por ello, si bien es posible interpretar en términos generales la ley penal por medio de otra ley, ella no puede tener efecto retroactivo porque contravendría la garantía del número 3 del artículo 19 de la Constitución, debiendo, en consecuencia, regir siempre para lo futuro.

4° La facultad de dictar leyes de amnistía y de otorgar indultos está consagrada en la Constitución y no admite restricciones impuestas por ley.

Indicó que existían dos causales de extinción de la responsabilidad penal que estaban consagradas en la Constitución. En efecto, el artículo 63, en su número 6, establece que son materias de ley las que conceden indultos generales y amnistías y las que fijan las normas generales con arreglo a las cuales el Presidente de la República puede ejercer la facultad de conceder indultos particulares. Esta misma norma, en su inciso segundo, exige quórum calificado para la aprobación de las leyes que conceden indultos generales y amnistías, quórum que se eleva a los dos tercios en el caso de los responsables de delitos terroristas. Se trataría, entonces, de una amplia facultad concedida al legislador que podría abarcar cualquier tipo de delito, sin sujeción a otras restricciones que las que la misma Constitución establece, es decir, un quórum de aprobación más elevado en atención a su excepcionalidad y la necesidad de que inicien su tramitación por el Senado.

5° El Derecho Internacional aplicable a Chile no proscribe la amnistía.

Sostuvo que era común afirmar que en el país los crímenes en tiempos de guerra y de lesa humanidad eran inamnistiables e imprescriptibles. Reconoció que ello constituía una tendencia evidente en el Derecho Internacional moderno, pero eso no significaba que fuera un principio jurídicamente vigente en Chile ni menos que lo haya estado en el año 1978, época en que se dictó el decreto ley de amnistía.

Fundamentó lo anterior en dos razones:

- la primera que si ello fuera tan claro como se pretende, no se entendería la razón para derogar la ley de amnistía ni menos, en el caso de los proyectos en análisis, la necesidad de anularla o interpretarla;

- la segunda que Chile no ha ratificado tratado alguno que señale que tales delitos son inamnistiables o imprescriptibles. Agregó que al efecto existían dos convenciones que se referían a este tipo de ilícitos en términos precisos: a) la Convención de Ginebra sobre Derecho de la Guerra que al hacer la distinción entre guerra externa e interna, prohíbe en la primera la amnistía, pero en la segunda, incluso la recomienda una vez cesadas las hostilidades. Al respecto, consideró que el período cubierto por la ley de amnistía – 1973 a 1978 – podría ser calificado, en el peor de los casos, como un período de guerra interna, y b) la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, de 1968, que no permite la prescripción en caso alguno, pero cuya aprobación aún se encuentra pendiente en el Congreso Nacional. No obstante, si llegara a aprobarse y fuera ratificado por Chile, sus disposiciones solamente podrían regir para lo futuro y no podrían comprender casos del pasado en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal.

En lo que se refiere a la afirmación acerca de la preeminencia de los tratados en materia de derechos humanos sobre la Constitución, en virtud de lo que dispone el artículo 5° de esta última, señaló que de la simple lectura del citado artículo, fluía que su intención no era fijar la vigencia de normas internacionales o darles preponderancia sobre la ley interna, sino que de efectuar una declaración de principios y consagrar la obligación genérica de los órganos del Estado de propender al respeto de los derechos esenciales de las personas. En todo caso, si se entendiera que su sentido es dar tal preeminencia o

consagrar la eficacia jurídica del derecho internacional, la misma norma exige que los tratados en referencia se encuentren ratificados, cosa que en este caso no ha sucedido y, por último, si estuvieren ratificados, tal ratificación tendría que haberse producido antes de la comisión de los delitos en virtud del principio de la irretroactividad de la ley penal.

Finalmente, en lo que respecta a la afirmación de que los delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra serían inamnistiabiles e imprescriptibles en virtud de normas imperativas de Derecho Internacional o *ius cogens*, sostiene que ello no es efectivo porque la tendencia a calificar delitos como de lesa humanidad es de reciente data – fines de la Segunda Guerra Mundial – por lo que difícilmente puede constituir una realidad consuetudinaria o de derecho imperativo, más aún si la inamnistabilidad e imprescriptibilidad han sido consagradas en tratados internacionales, los que para obligar requieren ratificación. Considera que la afirmación de que los tratados internacionales no establecen normas obligatorias para el derecho interno sino solamente un reconocimiento de dichas normas, no pasa de ser un resquicio porque si así fuera, no se entiende la necesidad de tal reconocimiento ni menos la necesidad de la celebración de un tratado o su ratificación.

De acuerdo a las consideraciones anteriores, concluye que:

1° El proyecto sería inconstitucional porque al incidir en los indultos y amnistías, debiera, de acuerdo al artículo 65 de la Constitución, iniciar su tramitación en el Senado.

2° Su disposición única sería vaga y poco consistente con el sistema del Código Penal al recurrir a nociones de contenidos no precisados como el *ius cogens* y, además, al no parecer claramente de su redacción si regirá para lo futuro o tendrá efecto retroactivo.

3° Si solamente pretendiera disponer para lo futuro, siempre incurriría en un vicio de constitucionalidad por cuanto estaría restringiendo la amplia facultad que la Carta Política acuerda al Jefe del Estado y a los legisladores para la dictación de leyes de amnistía o que concedan indultos. Para la consecución de lo anterior se requeriría una reforma constitucional, que debería aprobarse con los quórum correspondientes a tal reforma según lo previsto en el artículo 127 de la Ley Fundamental y no mediante una norma interpretativa aprobada con quórum simple.

4° Si se pretendiera darle efecto retroactivo, según parece por el carácter interpretativo de la redacción, violentaría el principio de la irretroactividad de la ley penal, incurriendo en una nueva inconstitucionalidad.

5° Estima improcedente la aplicación de la mecánica interpretativa, toda vez que llevaría al absurdo de incorporar la norma interpretativa en la interpretada a partir de su dictación, es decir, desde 1874, fecha en el que el Código se estaría refiriendo a conceptos concebidos recién casi un siglo después.

6° La alusión que se hace a las normas del *ius cogens* no guardaría la debida consistencia con la normativa constitucional, toda vez que el artículo 5° de la Carta Política se refiere a tratados ratificados y que se encuentren vigentes y el país no ha ratificado tratado alguno que prohíba amnistiar o extinguir la responsabilidad por prescripción o indulto.

7° Finalmente, entiende que lo que justifica una interpretación es la existencia de pasajes o expresiones oscuros de la ley y en el artículo 93 no hay oscuridad alguna y no necesita de ningún tipo de interpretación.

4.- El Instituto Libertad.

a) El primer documento que trata sobre el tema relativo al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Ley de Amnistía, señala que el reciente fallo sobre el caso Almonacid constituye un fuerte ataque a la transición política, la que ha sido construida por todos los chilenos y que ha alcanzado un consenso acerca del pasado. Prueba del desplazamiento de este

consenso histórico lo constituyen las recientes declaraciones del ex Presidente señor Aylwin quien, refiriéndose a la derogación de la Ley de Amnistía, sostuvo que ello no solucionaba nada porque las leyes penales no pueden operar retroactivamente, eliminó la posibilidad de anularla por ser inviable jurídicamente y restó validez a dicho fallo, señalando, a propósito de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que los tratados internacionales suscritos por Chile no operan retroactivamente. Dichas opiniones fueron reafirmadas por su ex Ministro señor Cumplido, quien sostuvo que no era posible exigir al país que anulara, por la vía administrativa, un fallo judicial, negando competencia a la Corte para conocer de hechos anteriores a 1990. Agregó el ex Ministro que el principio de la cosa juzgada debe respetarse, puesto que en caso contrario se crearía una inaceptable inestabilidad jurídica, quedando la cosa juzgada como una institución sin ninguna aplicación práctica. La cosa juzgada sería también un derecho humano y su violación o desconocimiento fue el argumento que, en su momento, se empleó para oponerse a la pretensión de la Concertación de derogar la ley de amnistía, cuestión que estimó constitucional e internacionalmente imposible. No habría derechos humanos que fueran superiores unos a otros.

Refiriéndose el documento al fallo mismo de la Corte Interamericana, lo analiza desde dos puntos de vista:

Primero: respecto a sus efectos sobre la Ley de Amnistía, recordando como idea central al respecto que la derogación de dicha ley, según palabras del ex Presidente Aylwin, no puede hacer revivir los hechos delictivos sancionados.

El fallo obliga a Chile a asegurarse que el decreto ley N° 2191 no seguirá representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones sobre el caso Almonacid ni para la investigación, juzgamiento y sanción de otras violaciones semejantes. Con respecto a la forma de dar cumplimiento a esta obligación, para lo cual deberá presentarse un informe a la Corte dentro de un año, existen tres posibilidades: anular la Ley de Amnistía, derogarla o interpretarla.

Con respecto a la derogación, debe dejarse en claro al Poder Judicial que la ley penal no puede ser retroactiva y que si se deroga la Ley de Amnistía, dicha medida solamente surtirá efectos para el futuro.

En lo que se refiere a la anulación, esta salida contraría la tesis tradicional del derecho nacional, en cuanto a que las leyes se derogan y mientras están vigentes se cumplen.

Por último, respecto a la posibilidad de una ley interpretativa, hace presente que se tramita una moción parlamentaria que con el objeto de precisar, a la luz del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, el sentido y alcance de las normas de derecho interno que dicen relación con la extinción de la responsabilidad penal, pretende hacer primar ese derecho por sobre la Ley de Amnistía. No obstante, esa moción, por razones legales, constitucionales y aún de derecho internacional es errónea, pretendiendo la aplicación retroactiva de la ley penal y regulando por ley simple, materias propias de reforma constitucional.

Segundo: en lo que se refiere a la interpretación de la limitación de la competencia de la Corte formulada por Chile mediante reserva al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos, estima que la Corte abusa del derecho al interpretar esa limitación de competencia, por cuanto desconoce una declaración soberana del país, lo que le ha permitido intervenir en una cuestión de jurisdicción interna nacional, con lo que viola el Derecho Internacional y afecta la credibilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En su resolución prescinde del texto de la declaración chilena, sus objetivos y fines y, más aún, de la intencionalidad con que se la formuló, en el sentido de que el reconocimiento de competencia no podría constituir un obstáculo para el proceso de reconciliación nacional. Asimismo, la Corte ha violado el principio

de la irretroactividad de los tratados, contemplado en la Convención de Viena de 1969.

Reconoce el documento que no pueden las partes determinar a su arbitrio las materias que se excluyen de la competencia de la Corte, pero eso no puede conducir a una interpretación arbitraria de su competencia, desligada de los principios fundamentales de interpretación de los actos jurídicos y, por ende, contraria al Derecho Internacional. Pero como los fallos deben cumplirse, se pregunta cuáles serían las condiciones del Estado para enfrentar en el futuro estas situaciones. Cree que la gravedad de la situación se origina en la pésima defensa por la que ha optado Chile, con un abogado que es casi parte del fallo, por cuanto en su considerando 92, la sentencia reproduce sus declaraciones en el sentido de que el Estado chileno no está haciendo una defensa de la Ley de Amnistía, a la que no atribuye valor ético ni jurídico alguno. Todo lo anterior, sin considerar las cuantiosas condenas en dólares que conllevan dichos fallos.

Estima el análisis que la situación es muy difícil, principalmente en sus dimensiones futuras. Cree que sería aconsejable generar un movimiento internacional para deslegitimar a la Corte por su sentencia dada con abuso de su competencia o extralimitándose en sus facultades. Igualmente, cree que para revertir estos fallos adversos debe optarse por una mejor gestión de los juicios en contra del país ante ese tribunal y, desde el punto de vista jurídico, a través de la Organización de Estados Americanos, de la cual depende la Comisión.

Por último, tras preguntarse hasta dónde se quiere llegar con esto y si existe verdadera disposición de derogar la Ley de Amnistía, plantea analizar acuciosamente la ratificación del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional, por cuanto aunque en principio se gozaría de limitaciones abstractas de la competencia de dicha Corte internacional, el fallo citado demuestra que pueden hacerse tergiversaciones extremas.

b) El segundo documento acompañado por el Instituto, luego de efectuar una reseña de ambas mociones y señalar sus fundamentos, todos los cuales se tratan en los informes de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, se pronuncia en contra de la legislación propuesta en base a los siguientes argumentos jurídicos:

1) El proyecto en análisis pretendería interpretar la facultad de otorgar amnistías y conceder indultos, materia regulada en el N° 16 del artículo 63 de la Constitución Política. En consecuencia, para su aprobación debiera exigirse el quórum constitucional correspondiente, es decir, los 3/5 de los miembros en ejercicio de cada Cámara y no el quórum simple propio de una ley común.

2) Los proyectos refundidos efectúan un largo análisis para demostrar que los delitos de lesa humanidad son inamnistiables e imprescriptibles y que ello habría sido recogido y sería plenamente aplicable en nuestro derecho, afirmación que hace incomprensible la necesidad de este proyecto.

Además de lo anterior, tampoco parece claro que la tendencia del Derecho Internacional de eliminar la amnistía y la prescripción rija en Chile y sea aplicable de acuerdo a su ley positiva.

3) Ni los crímenes de guerra ni los delitos de lesa humanidad existen en la ley chilena, por lo que siendo delitos sin contenido ni tipificación en nuestra legislación, parece muy difícil que se puedan declarar imprescriptibles.

4) La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, de 1968, que prohíbe en todo caso la prescripción en este tipo de delitos y que el proyecto invoca como uno de sus fundamentos, no ha sido ratificada por Chile, ni cuenta tampoco con muchas otras ratificaciones de otros países. En todo caso, de ser ratificada, sólo regiría para el futuro y no podría comprender situaciones del pasado en virtud del principio de la irretroactividad de la ley penal.

5) La afirmación de que en Chile es plenamente aplicable la normativa internacional, aunque existen algunos aspectos, al parecer la amnistía y la prescripción, que lo impedirían, parece, al menos, contradictorio, por cuanto las mencionadas instituciones rigen desde antiguo en nuestro país, por lo menos, desde 1874.

6) El artículo 5° de la Constitución, invocado por los autores de las mociones como uno de los fundamentos de su proposición, exige que los tratados internacionales se encuentren ratificados por Chile para que tengan aplicación en el país, ratificación que debe efectuarse antes de la comisión de los delitos para respetar el principio contenido en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, es decir, que ningún delito puede castigarse con otra pena que el que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

7) La Convención de Ginebra sobre Derecho de la Guerra, que la moción no menciona, distingue entre guerra externa e interna y, respecto de esta última, no sólo no prohíbe sino que recomienda la pronta dictación de una amnistía inmediatamente de cesadas las hostilidades.

8) Estima sorprendente la pretensión de interpretar el sentido del artículo 93 del Código Penal, en lugar de modificarlo o derogarlo, por cuanto las normas penales solamente pueden regir para lo futuro, resultando evidente la intención de asilarse en la institución de la interpretación para dar un efecto retroactivo a la ley penal, ya que en virtud de dicha institución, la norma interpretativa se entiende incorporada en la ley interpretada.

Considera que en estos casos solo cabe que los tribunales hagan la interpretación de la norma para cada caso concreto y si los autores desean establecer delitos inamnistiables e imprescriptibles, deberían proponer una modificación al Código Penal y a la Constitución en tal sentido y no pretender interpretar la norma para darle un efecto retroactivo, cuestión que la Constitución prohíbe.

Por último, agrega un argumento de carácter político para pedir a la Concertación, dada la delicadeza del problema y la difícil situación internacional creada para el país por el fallo de la Corte Interamericana, adoptar una decisión acorde con la legalidad chilena en el sentido de derogar o anular la llamada Ley de Amnistía.

b) Discusión del proyecto.

Tratándose de un informe complementario al emanado de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, la Comisión acordó pronunciarse sobre el proyecto solamente en particular, mediante el análisis directo de su artículo único.

A este respecto, el Diputado señor Bustos sostuvo que el principio de legalidad debe aplicarse dentro del ordenamiento jurídico pero en consideración al ámbito en el que se aplica; este ámbito sería el de delitos y penas, es decir, el principio de tipicidad consagrado en el artículo 18 del Código Penal, principio que puede ser graduable como lo demuestra la retroactividad de la ley penal más favorable. De aquí la necesidad de determinar el principio básico y las reglas que afectan el principio y permiten su derogación.

La amnistía, la prescripción o el indulto no constituyen el principio sino que sólo son reglas, por ello, desde el punto de vista de una política criminal, en el caso de haberse producido una conflagración, se estima conveniente, con el objeto de hacer primar la paz social, observar una determinada actitud respecto de los vencidos. Por ello la Corte Interamericana acepta la amnistía, la que siempre ha existido, pero no la autoamnistía que es lo que hubo en Chile. En todo caso, si se estimara que hubo una amnistía, ella no sería más que una regla que deberá contrastarse con el principio de legalidad y con otro principio básico como es el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Siendo una simple regla,

deberá ceder ante un principio básico como es el último mencionado, cuestión recogida por el Derecho Internacional y que procede del derecho de gentes del siglo XVII.

Agregó que tanto la amnistía, como el indulto o la prescripción no pueden contrastarse con el principio del respeto a los derechos fundamentales de las personas, como base de un sistema de derecho. Por ello tomando como punto de apoyo el sistema jurídico del país, parece legítimo plantear una norma interpretativa que esté de acuerdo con las reglas y principios de ese sistema, lo que obviamente incluye el derecho internacional y el *ius cogens*. Lo que haría el proyecto sería interpretar el artículo 93 respecto de la amnistía, la prescripción y el indulto, conforme a una interpretación que ya han hecho los tribunales de justicia y la Corte Suprema de acuerdo al Derecho Internacional. Igual interpretación han hecho los tratados internacionales como la Convención de Ginebra, la que regula la situación de guerra interna y que en su artículo 3° establece que jamás podrá dejar de sancionarse por los crímenes que señala.

Añadió que este mismo principio estaría establecido desde antes, en la Convención sobre Derechos Políticos y Civiles, de 1972, ratificada por Chile y que establece que no se puede dejar de castigar los delitos contra la humanidad. Por ello creía que este proyecto debería analizarse considerando el sistema jurídico en su conjunto.

El Diputado señor Burgos quiso saber si a juicio del Ejecutivo, éste sería el camino más adecuado para solucionar la situación creada por el fallo en el caso Almonacid. A su parecer, sería fundamental determinar el carácter interpretativo o no de la propuesta porque las cosas son lo que son y no lo que se dice que son. En todo caso, estimaba un error extender la iniciativa a todas las causales de extinción de la responsabilidad penal, porque no veía qué tenían que ver en esta materia, causales como la muerte del responsable o el cumplimiento de la condena.

El Diputado señor Cardemil hizo presente que este proyecto pretendía hacer frente al gigantesco problema político creado por el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La posición chilena en ese litigio estuvo muy mal defendida, plegándose prácticamente el abogado defensor a la pretensión del demandante, todo ello con consecuencias fuertemente onerosas para el erario nacional. Estimó que dicho fallo violenta en forma flagrante la soberanía nacional sin que ello haya producido una mayor reacción en el país. Señaló que su posición era la sustentada por el Gobierno y los legisladores del año 1990, quienes ante el planteamiento de la Concertación de derogar la ley de amnistía, hicieron ver que abrogar una legislación que había producido los efectos propios de la cosa juzgada, no sólo era inconstitucional sino que internacionalmente imposible. Fuera o no del gusto de todos, no existían derechos humanos que fueran superiores unos a otros, como lo había señalado el Ministro de Justicia de la época señor Cumplido.

Recordó que el N° 16 del artículo 63 de la Constitución declara como materias propias de ley, las que concedan indultos generales y amnistías, sin hacer distinción alguno, por lo que este proyecto incursiona en un texto legal concreto y, en realidad, más que una interpretación, consiste en una reformulación o modificación. Por ello, coincidía plenamente con la consulta del Diputado señor Burgos acerca de si efectivamente se consideraba éste como el mejor camino para la solución de este problema. En todo caso, dado que se trata de un problema político de importancia, estimaba que lo lógico hubiera sido buscar una solución que pudiera suscitar el consenso entre todos los sectores.

El Diputado señor Eluchans hizo una reseña de las posibilidades existentes frente a la situación creada por el fallo de la Corte Interamericana, mostrándose partidario de no legislar al respecto. Frente a la solución planteada por el proyecto, es decir, la de la interpretación, consideraba que

tropezaba con un obstáculo de orden legal y constitucional gravísimo como era el de la irretroactividad de la ley penal. Dijo creer que lo que correspondía era que la norma fuera interpretada por los jueces, por cuanto dicha interpretación se hacía en función de todas las demás normas y, en consecuencia, si ellos creían que debían aplicarse las normas internacionales en el país, eso sería lo que correspondería hacer aunque se discrepara de tal solución. En cambio, en el caso de la interpretación hecha por el legislador, el mecanismo consiste en recoger la opinión existente al momento en que la ley se dictó, pero hace ciento treinta años atrás, cuando se estableció el artículo 93, los problemas que se plantean en este caso no existían. Por ello estimaba que no había que engañarse porque lo que se estaba haciendo era modificar la ley y no interpretar. La norma propuesta, tal como se la planteaba, constituiría un abuso y sería inconstitucional.

Cerrado finalmente el debate, se aprobó el proyecto en los mismos términos, en tercera votación, por mayoría de votos (5 votos a favor y 4 en contra). Votaron a favor los Diputados señora Soto y señores Araya, Bustos, Ceroni y Ojeda y en contra los Diputados señora Turres y señores Cardemil, Eluchans y Ward.

Por las razones señaladas y por las que expondrá oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión recomienda aprobar el proyecto, al que solamente se le han introducido algunas correcciones de forma, de conformidad al siguiente texto:

“ PROYECTO DE LEY:

Artículo único.- Fíjase el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se establecen en el artículo 93 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y de guerra contemplados en las normas imperativas de ius cogens, en el derecho consuetudinario internacional y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.”.

Sala de la Comisión, 5 de diciembre de 2006.

Se designó Diputado Informante al señor Juan Bustos Ramírez.

Acordado en sesiones de fechas 21 de noviembre y 5 de diciembre del año en curso, con la asistencia de los Diputados señor Pedro Araya Guerrero (Presidente), señoras Laura Soto González y Marisol Turres Figueroa y señores Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Alberto Cardemil Herrera, Guillermo Ceroni Fuentes, Edmundo Eluchans Urenda, Antonio Leal Labrín, Cristián Monckeberg Bruner, Patricio Walker Prieto y Felipe Ward Edwards.

En reemplazo de los Diputados señores Jorge Burgos Varela y Nicolás Monckeberg Díaz asistieron los Diputados señores Sergio Ojeda Uribe y Mario Bertolino Rendic, respectivamente.

EUGENIO FOSTER MORENO
Abogado Secretario de la Comisión